

STUDIA PRAWNICZE

ROZPRAWY I MATERIAŁY

pod redakcją
Izabeli Lewandowskiej-Malec

Kraków 2011

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

Projekt okładki: Joanna Sroka

Korekta: zespół

ISSN: 1689-8052

Copyright© by Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego,
Kraków 2011

Na zlecenie:

Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
www.ka.edu.pl

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

Wydawca:

Krakowskie Towarzystwo Edukacyjne sp. z o.o.
Oficyna Wydawnicza AFM
Kraków 2011

Sprzedaż detaliczną, hurtową i wysyłkową 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

DTP:

Joanna Sroka

Druk i oprawa:

Krakowskie Towarzystwo Edukacyjne sp. z o.o.

SPIIS TREŚCI

Katarzyna Banasik Kradzież w zamiarze ewentualnym (umyślność w austriackim prawie karnym).....	7
Andrzej Buczek Konstytucyjne determinanty tworzenia norm prawa finansowego – kwestie dyskusyjne	35
Jo Carby-Hall Employers' Liability – from Physical to Psychiatric Illnesses.....	49
Irena Czaja-Hliniak Wpływ dyrektyw UE na podatki i opłaty związane z transportem drogowym	59
Wojciech Fill „Nowa hipoteka” jako instrument poprawy społeczno-gospodarczej efektywności zabezpieczania wierzytelności.....	83
Izabela Lewandowska-Malec Skutek prawny referendum lokalnego	99
Ryszard Szostak O potrzebie usprawnienia odpowiedzialności organizatora przetargu za szkody wyrządzone konkurentom ubiegającym się o zamówienie publiczne	115
VARIA Dziekan Wydziału Prawa i Administracji zaprasza	135
Noty o autorach	137

Katarzyna Banasik

Kradzież w zamiarze ewentualnym (umyślność w austriackim prawie karnym)

Wprowadzenie

Prima facie tytuł może wydawać się absurdalny. Wydaje się wszak oczywiste, że nie jest możliwa kradzież w zamiarze ewentualnym. Takie ukształtowanie przestępstwa kradzieży jawi się wprost jako niewyobrażalne. Teza ta przyjmowana jest niemalże jak dogmat, nawet bez odwoływania się do brzmienia ustawy. Normatywny opis kradzieży w polskim kodeksie karnym potwierdza, że zaistnienie u sprawcy jedynie zamiaru ewentualnego wyklucza przyjęcie realizacji znamion typu kradzieży. Na gruncie polskiego prawa kradzież może zostać popełniona jedynie z zamiarem bezpośrednim, i to o szczególnym zabarwieniu. Złodziejowi musi towarzyszyć *dolus directus coloratus*, na co wskazuje brzmienie art. 278 § 1 k.k., a dokładnie znamię „w celu przywłaszczenia”. *Dolus directus coloratus* odnosi się wprawdzie jedynie do znamienia „zabiera”, jednak zamiarem bezpośrednim musi być objęta całość znamion przedmiotowych czynu¹.

¹ Por. np. P. Kardas, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 3: *Komentarz do art. 278–363*, wyd. 3, Warszawa 2008, s. 54–55; B. Michalski, [w:] A. Wąsek (red.), R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny*.

Tymczasem odmienne, niekiedy nawet zaskakujące, rozwiązania można spotkać w prawie karnym innych państw, należących nie tylko do systemu prawa pisanego, tradycyjnie odróżnianego od systemu *common law*, ale również do tego samego obszaru prawnego, czyli Unii Europejskiej. Przykładem takiego odmiennego rozwiązania jest ustawowe ukształtowanie przestępstwa kradzieży (*Diebstahl*) w prawie karnym Austrii. Podstawowy typ kradzieży określony jest w § 127 StGB² (*Strafgesetzbuch* – kodeks karny). Zgodnie z tym przepisem, kto zabiera komuś innemu cudzą rzecz ruchomą z zamiarem bezprawnego wzbogacenia siebie lub kogoś trzeciego poprzez jej przywłaszczenie, podlega karze pozbawienia wolności aż do sześciu miesięcy albo karze grzywny aż do 360 stawek dziennych („*Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen mit dem Vorsatz wegnimmt, sich oder einen Dritten durch deren Zueignung unrechtmäßig zu bereichern, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagesätzen zu bestrafen*”). Opis typu czynu zabronionego polegającego na kradzieży nie wskazuje wprost na formę zamiaru, z jakim sprawca ma działać. *Prima vista*, z uwagi na dosłowne brzmienie znamion z przedmiotowego przepisu uprawniona wydaje się teza, że sprawca kradzieży może działać w zamiarze ewentualnym. Potwierdzenie tej tezy wymaga uprzedniego zbadania problematyki zamiaru w austriackim prawie karnym.

Umyślność w austriackim prawie karnym

1. Usystematyzowanie zamiaru

W austriackiej nauce prawa karnego przez kilka ostatnich dziesięcioleci trwała dyskusja na temat, czy zamiar jest formą winy, czy subiektyw-

Część szczególna, t. 2: Komentarz do artykułów 222–316, wyd. 4, Warszawa 2010, s. 923; M. Kulik, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006, s. 541; T. Bojarski [w:] *idem* (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2011, s. 684.

² *Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen*, BGBl 1974/60.

nym znamieniem czynu zabronionego. Wykształciły się w tej materii trzy ujęcia³.

Zgodnie z ujęciem klasycznym (*klassischer Verbrechensbegriff*), propagowanym w szczególności przez Theodora Rittlera, u podstaw przestępstwa leży obiektywna nauka o bezprawiu, wedle której wszystkie obiektywne elementy należą do bezprawia, a wszystkie subiektywne elementy wyłącznie do winy. Nie było znane pojęcie subiektywnych znamion czynu zabronionego. Zamiar popełnienia czynu zabronionego traktowany był jako forma winy⁴.

Neoklasyczne ujęcie przestępstwa (*neoklassischer Verbrechensbegriff*) bazowało na ujęciu klasycznym. Rozwój i modyfikacje ujęcia klasycznego doprowadziły do uznania subiektywnych znamion czynu zabronionego. W szczególności przy usiłowaniu włączano zamiar do typu czynu zabronionego. Poza tym pozostał on jednak centralnym elementem winy⁵.

Osobowe (podmiotowe) pojęcie przestępstwa (*personaler Verbrechensbegriff*) bazuje na wzmocnionej personalizacji, to jest subiektywizacji nauki o bezprawiu. Różni się ono od ujęcia neoklasycznego tym, że zamiar popełnienia czynu nie jest formą winy, lecz podmiotowym elementem bezprawia (*personales Unrechtselement*) i jako taki należy do typu czynu zabronionego. Adherenci tego ujęcia uznają, że bezprawie czynu jest wyciśnięte nie tylko przez skutek oraz zewnętrzny rodzaj i sposób zachowania, ale jest ono decydująco współokreślane przez „podmiotowe części składowe” zachowania⁶.

Spośród współczesnych wybitnych przedstawicieli austriackiej doktryny prawa karnego zamiar traktowany jest nadal jako forma winy jedynie przez Diethelma Kienapfela⁷. Powszechnie przyjęte jest osobowe

³ Zob. D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, wyd. 13, Wien 2009, s. 97–98; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch. Kurzkommentar*, wyd. 10, Wien 2010, s. 43; O. Triffterer, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, wyd. 2, Springer-Verlag Wien 1984 i 1995, s. 90–91.

⁴ D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 97.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*, s. 97–98.

⁷ *Ibidem*, s. 93. W dawnej nauce pogląd taki reprezentował m.in. F. Nowakowski, [w:] E. Foregger (Hrsg.), F. Nowakowski (Hrsg.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 20. Lieferung*, Wien 1984, Kommentar zu § 5, s. 84.

pojęcie przestępstwa⁸. Występuje jednak zgoda co do tego, że uplasowanie zamiaru jest kwestią czysto systemową i nie ma żadnego wpływu na rozstrzygnięcie we właściwych kwestiach merytorycznych, takich jak treść, rodzaje i granice zamiaru⁹. Oba ujęcia obowiązują jako równorzędne¹⁰.

Judykatura pozostawia otwartą kwestię dogmatycznego przyporządkowania zamiaru i mówi najczęściej o subiektywnej (*subjektive Tatseite*) lub wewnętrznej stronie czynu (*innere Tatseite*)¹¹. Austriacki Sąd Najwyższy (*Oberster Gerichtshof*) nie prezentuje jednolitego stanowiska. W jednych orzeczeniach potraktował zamiar jako formę winy (*Schuldform*)¹², w innych jako subiektywne znamię typu czynu zabronionego¹³. Ostatecznie wywiódł, że oba ujęcia są równorzędne¹⁴.

Budowa zamiaru

Samo pojęcie i budowa zamiaru popełnienia czynu zabronionego (*Tatvorsatz*) postrzegane są w nauce austriackiej tak samo jak w polskiej. Istota zamiaru (*Vorsatz*) polega na wiedzy (*Wissen*) i woli (*Wollen*) obiektywnych znamion, należących do ustawowego typu czynu (*Tatbild*)¹⁵. Krótko mówi się, że „zamiar jest to wiedza i wola urzeczywistnienia typu czynu zabronionego” (*„Vorsatz ist das Wissen und*

⁸ Tak m.in.: E. Steininger, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Eine Einführung. Band I: Grundlagen – Das vollendete vorsätzliche Erfolgsdelikt*, Wien 2008, s. 129; E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch. System und Praxis*, Band 1, 3. Lieferung, Kommentar zu § 5, s. 11; O. Triffterer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 90; A. Michel, W. Wessely, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Wien 1999, s. 25; S. Seiler, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlagen und Lehre von der Straftat*, Wien 2007, s. 60.

⁹ D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 98. Podobnie E. Foregger, G. Kodek, *Strafgesetzbuch. Kurzkommentar*, wyd. 6, Wien 1997, s. 38; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 43.

¹⁰ D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 98.

¹¹ Zob. np. EvBl (Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen der ÖJZ) 1997/43.

¹² Zob. np. EvBl 1976/97; EvBl 1982/88; EvBl 1987/183.

¹³ Zob. np. EvBl 1988/121; EvBl 1998/80; EvBl 2003/140.

¹⁴ Zob. SSt (Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Strafsachen) 2006/20 = RZ (Österreichische Richterzeitung) 2007/3.

¹⁵ E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 42; E. Foregger, G. Kodek, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 37.

Wollen der Tatbildverwirklichung)¹⁶ albo „chcenie niesione przez wiedzę” („*das vom Wissen getragene Wollen*”)¹⁷. To ostatnie określenie akcentuje, że nie chodzi tu o dwa równowartościowe, psychologicznie możliwe do rozdzielenia komponenty. Przeciwwstawienie wiedzy i woli jest jedynie natury pojęciowej. Oba te elementy są ze sobą bardzo ściśle związane. Z powołaniem na dorobek nauki niemieckiej mówi się, że zamiar to „chcenie opanowane przez wiedzę” („*vom Wissen beherrschtes Wollen*”)¹⁸. W literaturze pojawiła się też krótka formuła definicyjna, wedle której zamiar oznacza „urzeczywistnienie planu” („*Planverwirklichung*”)¹⁹. Zamiar składa się zatem z dwóch komponentów²⁰. Wiedza jest intelektualnym elementem zamiaru (*intellektuelles Vorsatzelement*), a wola elementem woluntatywnym (*voluntatives Vorsatzelement*²¹), zwanym także elementem emocjonalnym (*emotionales Element*)²². Oba te komponenty mają zróżnicowaną intensywność, w zależności od rodzaju zamiaru²³. Wiedza i wola realizacji czynu zabronionego są zatem stopniowalne²⁴. Przepis § 5 ust. 1 półzdanie 1. StGB wymienia wyraźnie tylko komponent wolicjonalny. W literaturze podkreśla się, że komponent intelektualny jest w nim nieroz-

¹⁶ O. Leukauf, H. Steininger, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, wyd. 3, Eisenstadt 1992, s. 97; H. Fuchs, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, wyd. 7, Springer, Wien–NewYork 2008, s. 116; A. Michel, W. Wessely, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 25.

¹⁷ H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 116.

¹⁸ Tak K. Schmoller, *Das voluntative Vorsatzelement*, *ÖJZ* (Österreichische Juristenzeitung) 1982, s. 261.

¹⁹ Tak: E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 129.

²⁰ S. Seiler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 61; D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 93; E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 129; S. Reindl, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 58. Lieferung, Wien 2005, Komentarz zu § 5, s. 4.

²¹ Szerzej na temat elementu woluntatywnego zob. K. Schmoller, *Das voluntative...*, *op. cit.*, s. 259 i n.

²² H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 116; E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 129; S. Seiler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 61; O. Leukauf, H. Steininger, *Kommentar...*, *op. cit.*, s. 97; S. Reindl, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 4–5; A. Michel, W. Wessely, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 25–26; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 42.

²³ Zob. np. E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 129; H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 116.

²⁴ O. Leukauf, H. Steininger, *Kommentar...*, *op. cit.*, s. 98.

łącznie zawarty, ponieważ „to, co jest chciane, musi zawsze być wyobrażone” („*Was gewollt ist, muss immer vorgestellt sein*”)²⁵. Każde utworzenie woli jest nierozdzielnie połączone z odpowiednią wiedzą. Nie istnieje zatem „nieświadome chcenie”²⁶. Komponent intelektualny dotyczy wyobrażenia zdarzenia (*Vorstellung vom Geschehen*). Element intelektualny obejmuje znajomość wszystkich okoliczności czynu, które uzasadniają we wszystkich elementach „zewnętrzny” typ czynu. „Zewnętrzny” i „wewnętrzny” typ czynu muszą sobie o tyle odpowiadać²⁷. Komponent intelektualny jest fundamentem i punktem wyjścia dla komponentu woluntatywnego²⁸.

W przypadku laików nie jest wymagane, aby rozpoznawali normatywne znamiona czynu. W orzecznictwie i w piśmiennictwie zaznacza się, że w sferze laików wystarczy ocena równoległa (*Parallelwertung in der Laiensphäre*), to znaczy oszacowanie równe ocenie ustawodawcy²⁹. Zdolność do zawinienia (*Schuldfähigkeit*) nie jest przesłanką powstania zamiaru³⁰. Bezsporne jest, że zamiar musi rozciągać się na wszystkie obiektywne znamiona typu czynu zabronionego³¹. Zamiar jest subiektywnym odbiciem, to znaczy „obrazem lustrzanym” („*Spiegelbild*”) wszystkich obiektywnych znamion typu czynu zabronionego³². Oczywiście jest, że zamiar musi zawsze występować w czasie czynu³³. Inny mi słowy, zamiar jako „podstawa urzeczywistnienia planu” musi pod

²⁵ E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 42; O. Leukauf, H. Steininger, *Kommentar...*, *op. cit.*, s. 97; E. Foregger, G. Kodek, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 38; D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 93.

²⁶ E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 129.

²⁷ H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 116.

²⁸ E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 129.

²⁹ EvBl 1988/104; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 43; E. Foregger, G. Kodek, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 38; S. Seiler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 70–71; D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 93; A. Michel, W. Wessely, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 26.

³⁰ S. Reindl, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 5.

³¹ Zob. np. D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 93; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 42.

³² O. Triffterer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 94. Por. E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 131–132; E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger...*, *op. cit.*, s. 13.

³³ Zob. np. S. Seiler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 60; E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger...*, *op. cit.*, s. 27; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 42.

względem temporalnym wystąpić przy wykonaniu czynu³⁴. W tym sensie mówi się, że „zamiar niesie czynność”³⁵. Ergo, *dolus antecedens* (zamiar uprzedni; zamiar wcześniejszy; zamiar powstały wcześniej, ale w czasie czynu już nie istniejący)³⁶ i *dolus superveniens* (zamiar następczy; zamiar późniejszy; zamiar powstały już po dokonaniu czynu, zwany również *dolus subsequens*³⁷)³⁸ są prawnie irrelevantne³⁹.

3. Rodzaje zamiaru

a) Ustawowe formy zamiaru

Legalna definicja umyślnego działania zawarta jest w § 5 StGB. Zgodnie z § 5 ust. 1 StGB, umyślnie działa ten, kto chce urzeczywistnić pewien stan faktyczny, który odpowiada ustawowemu typowi czynu zabronionego; wystarczy przy tym, że sprawca to urzeczywistnienie poważnie traktuje za możliwe i godzi się z tym („*Vorsätzlich handelt*,

³⁴ Tak E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 139.

³⁵ *Ibidem*, s. 140.

³⁶ Przykład: Y jest zasadniczo zdecydowany utopić swoją żonę w czasie urlopu. Jeszcze przed wyjazdem, podczas czyszczenia broni przez nieuwagę oddał strzał, który spowodował śmierć żony. Y dopuścił się nieumyślnego spowodowania śmierci. S. Reindl, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 9.

³⁷ Znana łacińska formuła głosi: „*Dolus subsequens non nocet*”. Zgodnie z inną systematyką *dolus subsequens* to zamiar powstały później, a *dolus superveniens* to – tak samo jak *dolus antecedens* – zamiar w czasie czynu już nie istniejący. Zob. E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger...*, *op. cit.*, s. 27.

³⁸ Przykład: Y wcale nie chce zabić swojej żony, ale podczas czyszczenia broni przypadkowo oddaje strzał i przez to powoduje śmierć małżonki. Już po czynie Y jest zadowolony z tego, co się stało. Później powzięty zamiar nie może uzasadniać odpowiedzialności karnej. S. Reindl, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 9.

³⁹ Por. F. Nowakowski, [w:] E. Foregger (Hrsg.), F. Nowakowski (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 99; H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 122–123; E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 140; Ch. Mayerhofer, *Das österreichische Strafrecht. Erster Teil. Strafgesetzbuch*, wyd. 6, Wien 2009, s. 67; E. Foregger, G. Kodek, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 38; S. Reindl, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 9; S. Seiler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 60; E. Fabrizio, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 42; O. Triffterer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 160.

wer einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht; dazu genügt es, daß der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet”). Dla przyjęcia umyślności wystarczy zatem zaistnienie zamiaru ewentualnego, chyba że ustawa bliżej precyzuje wymagany rodzaj zamiaru⁴⁰. W większości tych przypadków szczególna forma zamiaru wymagana jest nie dla wszystkich znamion typu czynu, lecz tylko dla niektórych, a odnośnie do tych pozostałych znamion wystarczy zamiar ewentualny⁴¹.

We współczesnej doktrynie austriackiej zdecydowanie dominuje stanowisko wyróżniające trzy formy zamiaru, to jest: zamiar ewentualny, zamiar bezpośredni i zamiar specjalny⁴². Powszechnie odrzuca się ujęcie propagujące jeszcze jedną formę, to jest zamiar normalny, bezwarunkowy (*der normale, unbedingte Vorsatz*), mający polegać na zwykłej wiedzy i woli realizacji czynu zabronionego, a według stopnia intensywności sytuowany pomiędzy zamiarem ewentualnym i zamiarem bezpośrednim (określonym w tym ujęciu jako *Wissentlichkeit*). Zakorzeniony w tradycyjnej nauce *unbedingter Vorsatz* określany bywa również jako *direkter Vorsatz, einfacher Vorsatz* lub *dolus directus* i we współczesnej nauce prawa karnego wchodzi on w zakres zamiaru bezpośredniego⁴³.

Warto wspomnieć, że na gruncie dawnej austriackiej ustawy karnej istniał również *dolus indirectus* (zamiar pośredni), będący formą winy. Obok niego stał *dolus directus*. Obecny austriacki kodeks karny nie zna zamiaru pośredniego. W tym sensie wszystkie rodzaje zamia-

⁴⁰ H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 127; S. Seiler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 65.

⁴¹ Tak H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 117.

⁴² Zob. np. E. Foregger, G. Kodek, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 38–40; A. Michel, W. Wessely, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 27; D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 93; S. Seiler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 64 i n.; S. Reindl, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 10. Dawniej tak m.in.: F. Nowakowski, [w:] E. Foregger (Hrsg.), F. Nowakowski (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 87; O. Leukauf, H. Steininger, *Kommentar...*, *op. cit.*, s. 98.

⁴³ Szerzej zob. E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 144–145; E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger...*, *op. cit.*, s. 32–33 (autor stwierdził jednak, że rozszerzenie katalogu o zamiar bezwarunkowy jest sensowne). i s. 50–52. Cztery formy zamiaru przyjął O. Triffterer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 171–176.

ru są przypadkami *dolus directus*⁴⁴. Takie wypowiedzi można spotkać również w najnowszej literaturze⁴⁵. W niniejszym sensie termin „*dolus directus*” jest pojęciem ogólnym (zbiorczym, nadrzędnym), mającym historyczne uzasadnienie⁴⁶. Dla uzyskania przejrzystości terminologicznej i jasności wyводу trzeba zaznaczyć, że aktualnie – wedle zdecydowanie dominującego ujęcia – termin ten oznacza tylko jeden rodzaj zamiaru, odpowiadający pojęciu „*Wissentlichkeit*”. W takim znaczeniu termin ten będzie stosowany w niniejszym tekście.

b) *Dolus eventualis*

Zamiar ewentualny (*Eventualvorsatz, dolus eventualis*) rozumiany jest identycznie jak na gruncie polskiego kodeksu karnego. Wyraża on najmniejszy stopień ciężkości zamiaru, zarówno pod względem intelektualnym, jak i wolicjonalnym⁴⁷. Zgodnie z definicją ustawową, zawartą w § 5 ust. 1 półzdanie 2. StGB, z zamiarem ewentualnym działa ten, kto poważnie przyjmuje za możliwe, że urzeczywistnia on stan faktyczny, który odpowiada ustawowemu typowi czynu zabronionego, i godzi się z tym („*dazu genügt es, daß der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet*”). Przesłanką zaistnienia elementu wolicjonalnego jest element intelektualny, który musi zostać sprawdzony zawsze jako pierwszy⁴⁸.

Komponent intelektualny polega na „poważnym traktowaniu za możliwe”, co oznacza, że sprawca na gruncie konkretnych okoliczności poważnie liczy się z możliwością urzeczywistnienia znamion typu czynu zabronionego, a nie traktuje tej możliwości tylko jako dalece oddaloną⁴⁹. Sprawca musi rozpoznawać bezpośrednią czasową rele-

⁴⁴ O. Leukauf, H. Steininger, *Kommentar...*, *op. cit.*, s. 103.

⁴⁵ Zob. E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 128.

⁴⁶ O. Leukauf, H. Steininger, *Kommentar...*, *op. cit.*, s. 103.

⁴⁷ E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 150; D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 94.

⁴⁸ S. Seiler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 65.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 64.

wantność niebezpieczeństwa naruszenia dobra prawnego, a zatem kwalifikować niebezpieczeństwo jako ostre lub konkretnie grożące. Znamię „poważnie” („*ernstlich*”) dotyczy prawdopodobieństwa urzeczywistnienia znamion typu. Chodzi tutaj o „stopień możliwości, jaki działający ma przed oczyma” („*Grad der Möglichkeit, den der Handelnde vor Augen hat*”). Ustawa nie określa wyznaczników stopnia prawdopodobieństwa. Nie da się go sformułować również matematycznie. Z pewnością wymagany jest tu wyraźnie wyższy stopień prawdopodobieństwa niż przy świadomej nieumyślności⁵⁰.

Komponent woluntatywny polega na „godzeniu się” (*das „Sich – Abfinden*”) ⁵¹. Pojęcie to interpretuje się najczęściej poprzez odwołanie do znanych w polskiej nauce prawa karnego koncepcji, to jest teorii ryzyka, teorii prawdopodobieństwa bądź teorii obojętności woli. Zamiar ewentualny występuje, gdy sprawca nie jest pewien, czy zrealizuje pewne znamię czynu, ale rozpoznaje i tak wysoko ocenia ryzyko, że możliwość urzeczywistnienia typu czynu widzi jako „blisko leżącą”, a mimo to decyduje się na czyn⁵². Godzenie się wymaga zaistnienia u sprawcy pewnej pozytywnej decyzji woli⁵³. Godzenie się jest wykluczone, gdy sprawca ma nadzieję, że określone znamię typu czynu nie zostanie zrealizowane, a więc zakłada on pewien emocjonalny „akt przeciwny” („*Gegenakt*”) ⁵⁴. Godzenie się oznacza, że sprawca wprawdzie nie dąży do nastąpienia skutku, ale myśli, że jeżeli on nastąpi, to „nie da się nic zrobić”. Świadoma obojętność (*bewusste Gleichgültigkeit*⁵⁵) sprawcy jest wskazówką dla przyjęcia godzenia się. Ponadto musi jeszcze dojść do „emocjonalnego przyjęcia” skutku, co nie oznacza jednak, że sprawca jednocześnie pochwała ten skutek⁵⁶. Sprawca

⁵⁰ E. Steining, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 150–151.

⁵¹ *Ibidem*, s. 151.

⁵² E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 44–45; E. Steining, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 150; Ch. Mayerhofer, *Das österreichische...*, *op. cit.*, s. 64; O. Leukauf, H. Steining, *Kommentar...*, *op. cit.*, s. 100.

⁵³ Por. E. Steining, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 150 i 153; E. Steining, [w:] O. Triffierer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger...*, *op. cit.*, s. 46.

⁵⁴ H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 129; A. Michel, W. Wessely, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 27.

⁵⁵ W literaturze akcentuje się, że termin ten nie jest szczęśliwy, gdyż wyłącza rozstrzygającą decyzję woli (E. Steining, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 153).

⁵⁶ S. Seiler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 65.

działający w zamiarze ewentualnym kalkuluje możliwość realizacji czynu zabronionego i mimo to działa, ostatecznie dlatego, ponieważ chce skutku, jeżeli już on nastąpi. Dlatego też zachodzi relacja woli pomiędzy jego zachowaniem a urzeczywistnieniem typu czynu zabronionego. Należy przyjąć, że ten, kto nie działa w zaufaniu, że „będzie dobry koniec; jakoś się ułoży”, godzi się na nastąpienie skutku⁵⁷.

W literaturze austriackiej, tak samo jak i w niemieckiej, dla określenia zamiaru ewentualnego tradycyjnie przyjęła się i jest powszechnie stosowana również nazwa „zamiar warunkowy” (*bedingter Vorsatz*)⁵⁸. Niektórzy akcentują jednak, że nie jest ona do końca prawidłowa, gdyż nie wystarczy warunkowa decyzja o podjęciu działania („*bedingter Handlungsentschluss*”)⁵⁹. Stosując tę nazwę, należy więc mieć na uwadze właściwą treść normatywną tego zamiaru.

c) *Dolus principalis*

Zamiar bezpośredni (*Wissentlichkeit, direkter Vorsatz, dolus directus*⁶⁰, *dolus principalis*⁶¹) stanowi średni stopień ciężkości zamiaru⁶². Jest on typowym rodzajem zamiaru (*Normalfall*)⁶³. Na jego określenie używana jest, tak jak w Polsce, łacińska nazwa „*dolus directus*”, aczkolwiek w literaturze zaznacza się niekiedy, że jest to nazwa stosowana w języ-

⁵⁷ Tak E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 151–152.

⁵⁸ Tak m.in.: F. Nowakowski, [w:] E. Foregger (Hrsg.), F. Nowakowski (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 90; E. Foregger, G. Kodek, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 39; S. Seiler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 64; A. Michel, W. Wessely, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 27; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 44; D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 94; O. Triffterer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 176; E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger...*, *op. cit.*, s. 32.

⁵⁹ Tak H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 128. Podobnie E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 150.

⁶⁰ W literaturze wyrażono również pogląd, że terminem „*dolus directus*” określane są dwie formy zamiaru: *Absichtlichkeit* i *Wissentlichkeit*; tak S. Reindl, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 10.

⁶¹ Nazwa użyta m.in. w: Ch. Mayerhofer, *Das österreichische...*, *op. cit.*, s. 64; D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 95; E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 148; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 44.

⁶² Zob. np. D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 95.

⁶³ S. Seiler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 64.

ku niemieckim, podczas gdy w języku austriackim odpowiada temu zamiarowi termin „*dolus principalis*”⁶⁴. Legalna definicja tego zamiaru znajduje się w § 5 ust. 3 StGB. Zgodnie z tym przepisem, sprawca działa z zamiarem bezpośrednim, jeżeli okoliczność lub skutek, dla której lub którego ustawa zakłada zamiar bezpośredni, uważa nie tylko za możliwe, lecz jej lub jego występowanie albo nastąpienie uważa za pewne („*Der Täter handelt wissentlich, wenn er den Umstand oder Erfolg, für den das Gesetz Wissentlichkeit voraussetzt, nich bloß für möglich hält, sondern sein Vorliegen oder Eintreten für gewiß hält*”).

W zamiarze bezpośrednim dominuje czynnik (element, faktor) intelektualny⁶⁵. Komponent intelektualny oznacza tutaj wiedzę, że przez konkretną czynność nastąpi skutek. Ta forma zamiaru zakłada więcej niż tylko „znajomość” lub „wiedzę”⁶⁶. W odniesieniu do występujących już okoliczności czynu konieczna jest „pewna wiedza”. Co do przyszłych okoliczności czynu niezbędna jest „subiektywna pewność”⁶⁷. Komponent woluntatywny tego zamiaru skierowany jest na spowodowanie skutku. Sprawcy działającemu z zamiarem bezpośrednim niekoniecznie chodzi o urzeczywistnienie bezprawia zgodnego z typem czynu albo okoliczności, względem której ustawa wymaga zamiaru bezpośredniego. Sprawca liczy się natomiast z pewnością z nastąpieniem tego skutku lub występowaniem tej okoliczności, nawet jeżeli chce on osiągnąć inny, być może nawet legalny cel⁶⁸. *Dolus principalis* występuje zatem wtedy, gdy sprawca wprawdzie nie ma na celu ani nie pożąda, ani nie dąży do „przestępczego zła”, jest ono jednak świadomym mu następstwem, nierozzerwalnie powiązany z jego czynnością⁶⁹.

⁶⁴ Zob. D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 95.

⁶⁵ Zob. m.in.: E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 44; D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 95; E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger...*, *op. cit.*, s. 37; E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 148.

⁶⁶ D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 95.

⁶⁷ *Ibidem*; A. Michel, W. Wessely, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 28.

⁶⁸ E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 44.

⁶⁹ Tak Ch. Mayerhofer, *Das österreichische...*, *op. cit.*, s. 64.

d) *Dolus specialis*

Najcięższą formą zamiaru jest zamiar specjalny (*Absicht = Absichtlichkeit, dolus specialis, dolus directus specialis*⁷⁰), określane niekiedy jako specjalna forma zamiaru bezpośredniego⁷¹ lub szczególnie kwalifikowana forma zamiaru bezpośredniego⁷². Zawartością normatywną odpowiada on znanemu w Polsce *dolus directus coloratus*. Ten łaciński termin nie jest w Austrii stosowany. Według definicji z § 5 ust. 2 StGB sprawca działa z zamiarem specjalnym, jeśli chodzi mu o to, aby zrealizować okoliczność lub skutek, dla której lub którego ustawa zakłada działanie w zamiarze specjalnym („*Der Täter handelt absichtlich, wenn es ihm darauf ankommt, den Umstand oder Erfolg zu verwirklichen, für den das Gesetz absichtliches Handeln voraussetzt*”).

Zamiar ten występuje, gdy określony cel jest na tyle głównym motywem działania sprawcy, że chodzi mu właśnie o urzeczywistnienie tego celu⁷³. Zamiar specjalny występuje zatem wtedy, gdy sprawca dąży do celu, jakim jest urzeczywistnienie bezprawia odpowiadającego typowi czynu zabronionego, nawet jeżeli miałyby to być jedynie środek do urzeczywistnienia innego celu⁷⁴. Działanie w zamiarze specjalnym bywa określane jako „chcenie ukierunkowane na cel” („*zielgerichtetes Wollen*”)⁷⁵. W zamiarze specjalnym na pierwszy plan wysuwa się czynnik wolicjonalny⁷⁶. Jest on maksymalnie wzmocniony⁷⁷. Obojętne jest, czy sprawca nastąpienie oczekiwanego skutku uważa za pewne, czy tylko za możliwe. Zamiar specjalny nie jest wykluczony również przez

⁷⁰ Nazwa użyta m.in. [w:] Ch. Mayerhofer, *Das österreichische...*, op. cit., s. 63; E. Steininger, *Strafrecht...*, op. cit., s. 145.

⁷¹ *Ibidem*, s. 145.

⁷² E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger...*, op. cit., s. 34.

⁷³ S. Seiler, *Strafrecht...*, op. cit., s. 67.

⁷⁴ E. Fabrizzo, *Strafgesetzbuch...*, op. cit., s. 43.

⁷⁵ Tak D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, op. cit., s. 95.

⁷⁶ E. Fabrizzo, *Strafgesetzbuch...*, op. cit., s. 43; D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, op. cit., s. 95; A. Michel, W. Wessely, *Strafrecht...*, op. cit., s. 28.

⁷⁷ Tak E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger...*, op. cit., s. 33; E. Steininger, *Strafrecht...*, op. cit., s. 145.

to, że sprawca nie życzy sobie wystąpienia pewnego skutku „pomiędzy” (*Zwischenerfolg*), na przykład zabójstwo świadka czynu, ale nie widzi on innej możliwości osiągnięcia swojego ostatecznego celu (także nieodpowiadającego znamion żadnego typu czynu zabronionego, na przykład pozostania niewykrytym)⁷⁸. Każde przestępstwo umyślne może zostać popełnione w zamiarze specjalnym. Jest on natomiast wymagany tylko przy niektórych deliktach⁷⁹.

e) *Dolus praemediatus i dolus repetitus*

Rodzaje zamiaru w postaci zamiaru przemyślanego (*dolus praemediatus*⁸⁰) i zamiaru nagłego (*dolus repetitus*) są rzadko wymieniane w austriackiej literaturze. Jeżeli już pojawią się te pojęcia, to akcentuje się, że pozycja wyjściowa warunkowana motywacyjnie jest dla zamiaru bez znaczenia⁸¹. Dla stwierdzenia zamiaru jest nieistotne, czy sprawca działał z rozmysłem (*mit Vorbedacht*), czy całkiem spontanicznie⁸².

f) *Dolus alternativus i dolus cumulativus*

Oprócz przedstawionych wyżej zasadniczych rodzajów zamiaru, we współczesnej austriackiej nauce prawa karnego niektórzy autorzy wyróżniają zamiar alternatywny (*Alternativvorsatz, alternativer Vorsatz, dolus alternativus*) i zamiar kumulatywny (*Kumulativvorsatz, dolus*

⁷⁸ Tak D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 95. Por. E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 145–146.

⁷⁹ E. Fabrivy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 43–44.

⁸⁰ Według innego autora „*dolus praemediatus*”; zob. F. Nowakowski, [w:] E. Foregger (Hrsg.), F. Nowakowski (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 99.

⁸¹ Tak E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 141.

⁸² E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburg-er...*, *op. cit.*, s. 27. Podobnie F. Nowakowski, [w:] E. Foregger (Hrsg.), F. Nowakowski (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 99.

cumulativus)⁸³. Przy zamiarze alternatywnym (przeziennym) sprawca co najmniej poważnie liczy się z tym, że urzeczywistni jeden z dwóch faktycznie wykluczających się skutków, przy czym obie ewentualności obejmuje on swoją wolą. W odróżnieniu od zamiaru kumulatywnego sprawca nie chce jednak spowodować jednocześnie obu skutków. Przy zamiarze kumulatywnym sprawca chce sprowadzić dwa lub więcej skutków⁸⁴. Innymi słowy, terminem „zamiar alternatywny” określane są konstelacje stanów faktycznych, w których sprawca dopuszcza się tylko jednego czynu, którym chce urzeczywistnić alternatywnie jeden z kilku możliwych typów czynów zabronionych. Może tak się zdarzyć, jeżeli sprawca ma wątpliwość co do istnienia istotnych, relewantnych dla ustawowego typu cech obiektu swego zachowania. Na przykład: Y strzela do figury, która wedle jego wyobrażenia jest albo człowiekiem, albo statua. Inny przypadek *dolus alternativus* mogą uzasadniać wątpliwości co do możliwych skutków czynu. Na przykład: Y strzela do człowieka i uważa za możliwe, że trafi tego człowieka, albo stojącego obok niego konia (obiekt nierównorzędny), albo stojącego obok niego człowieka (obiekt równorzędny)⁸⁵.

Strona podmiotowa przestępstwa kradzieży w Austrii

1. Opis normatywny

Strona podmiotowa, czyli strona subiektywna przestępstwa, zwana jest w Austrii „wewnętrzną stroną czynu” („*die innere Tatseite*”)⁸⁶ lub „we-

⁸³ Zob. np. E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger..., *op. cit.*, s. 28 i n.; E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 141–142; O. Triffterer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 187–188.

⁸⁴ E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger..., *op. cit.*, s. 28; E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 141.

⁸⁵ Tak S. Reindl, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 23.

⁸⁶ Tak m.in. Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil I*, wyd. 11, Springer, Wien–NewYork 2010, s. 189.

wnętrznym typem czynu zabronionego („*der innere Tatbestand*”)⁸⁷, albo „subiektywnym typem czynu zabronionego” („*der subjektive Tatbestand*”)⁸⁸, albo też „subiektywną stroną typu czynu zabronionego” („*subjektive Tatbestandsseite*”)⁸⁹ lub po prostu „subiektywną stroną czynu” („*subjektive Tatseite*”)⁹⁰. W przypadku kradzieży wyraża się ona słowami: „*mit dem Vorsatz (...), sich oder einen Dritten durch deren Zueignung unrechtmäßig zu bereichern*” (z zamiarem bezprawnego wzbogacenia siebie lub osoby trzeciej). Na gruncie takiego opisu normatywnego mówi się o dwóch zamiarach, jakie musi mieć sprawca kradzieży: zamiar przywłaszczenia (*Zueignungsvorsatz*) i zamiar wzbogacenia (*Bereicherungsvorsatz*)⁹¹. Oba te zamiary tworzą łącznie zamiar rozszerzony (*der erweiterte Vorsatz*), jaki ma przyswieceć złodziejowi. W piśmiennictwie pojawiły się też określenia „rozszerzony zamiar przywłaszczenia” i „rozszerzony zamiar wzbogacenia”⁹². W literaturze spotyka się również inne usystematyzowanie dogmatyczne zamiaru złodzieja. Mianowicie, przy opisie subiektywnego typu kradzieży wyróżnia się „zamiar czynu” („*Tatvorsatz*”) i „zamiar rozszerzony” („*erweiterter Vorsatz*”), a w ramach tego ostatniego mówi się o przywłaszczeniu (*Zueignung*) i wzbogaceniu (*Bereicherung*)⁹³. Albo też stwierdza się, że § 127 StGB wymaga „zamiaru” („*Vorsatz*”) i „zamiaru wzbogacenia” („*Bereicherungsvorsatz*”)⁹⁴. Można zetknąć się również z nieco odmiennym uporządkowaniem, to znaczy podaniem „tendencji wzbogacenia” („*Bereicherungstendenz*”)

⁸⁷ Tak m.in. H. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, wyd. 3, Springer, Wien-NewYork 2009, s. 121; H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 116.

⁸⁸ Tak m.in. O. Triffler, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 94; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 405; E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 127; A. Michel, W. Wessely, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 24.

⁸⁹ Tak S. Seiler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 60.

⁹⁰ Tak W. Zagler, *Strafrecht. Besonderer Teil. Eine Auswahl für Studium und Praxis*, wyd. 1, Wien 2000, s. 136.

⁹¹ Por. Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 189–191; W. Zagler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 138.

⁹² Tak D. Kienapfel i K. Schmoller (*Studienbuch. Strafrecht. Besonderer Teil II. Delikte gegen Vermögenswerte*, Wien 2003, s. 84), aczkolwiek autorzy ci zasadniczo używają pojęć „zamiar przywłaszczenia” i „zamiar wzbogacenia”.

⁹³ Tak H. Wegscheider, *Strafrecht. Besonderer Teil*, wyd. 3, Wien 2009, s. 185–186.

⁹⁴ Tak E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 405. Por. P. Lewisch, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, wyd. 2, Wien 1999, s. 159–160.

jako przykładu zamiaru rozszerzonego⁹⁵. Inni autorzy z kolei znamię w postaci przywłaszczenia traktują jako opisujące czynność sprawczą (*Tathandlung*)⁹⁶, a przy analizie wewnętrznego typu czynu kradzieży wymieniają jedynie pojęcie zamiaru rozszerzonego⁹⁷. W stanowisku tych autorów można zauważyć pewną niekonsekwencję (albo nieprecyzyjność), a mianowicie w innej części rozważań stwierdzają oni, że przywłaszczenie jest w niektórych deliktach czynnością sprawczą (dla przykładu wymieniono sprzeniewierzenie i przywłaszczenie), a przy kradzieży jest ono częścią zamiaru rozszerzonego, czyli „zamiaru na wzbogacenie przez przywłaszczenie” („*Vorsatz auf Bereicherung durch Zueignung*”)⁹⁸.

2. Zamiar rozszerzony

Zamiar rozszerzony (poszerzony) nie jest kolejnym, odrębnym rodzajem zamiaru. Nie ma on samodzielnej pozycji w katalogu zamiarów, dlatego też jego byt prawny nie zaprzecza podanej wyżej tezie, że są trzy rodzaje zamiaru (zamiar ewentualny, zamiar bezpośredni, zamiar specjalny).

Ogólnym (powszechnym) znamieniem przestępstw umyślnych (*Vorsatzdelikte*) jest „zamiar czynu” („*Tatbildvorsatz*”), czyli wiedza i wola pewnego stanu faktycznego, który odpowiada ustawowemu typowi. Niektóre typy czynów zabronionych wymagają ponadto dalszego zamiaru, którego przedmiotem nie jest typ czynu, lecz dodatkowy stan faktyczny, będący poza typem (*Sachverhalt außerhalb des Tatbildes*). Stąd też wywodzi się nazwa „*erweiterter Vorsatz*”⁹⁹. O zamiarze rozsze-

⁹⁵ Tak E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 46. Oprócz zamiaru wzbogacenia, do zamiaru rozszerzonego zalicza się w szczególności *Gebrauchsvorsatz* – zamiar użycia i *Schädigungsvorsatz* – zamiar uszkodzenia (O. Leukauf, H. Steininger, *Kommentar...*, *op. cit.*, s. 104).

⁹⁶ H. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 117 („*Zueignung ist Tathandlung*”).

⁹⁷ *Ibidem*, s. 121–122.

⁹⁸ *Zob. ibidem*, s. 113.

⁹⁹ H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 130.

rzonym mówi się wtedy, gdy delikty zawierają znamiona, które muszą wystąpić jedynie subiektywnie, czyli nie mają odpowiednika (Pendant) w obiektywnym typie czynu zabronionego. W tego typu deliktach zamiar musi obejmować nie tylko znamiona typu czynu zabronionego, lecz także wypełniać szczególne subiektywne znamiona. W tym sensie zamiar wykracza poza obiektywny typ czynu zabronionego (sięga ponad urzeczywistnienie obiektywnego typu czynu)¹⁰⁰. Dlatego też jako synonim zamiaru rozszerzonego używa się terminu „*überschießende Innentendenz*” („wykraczająca tendencja wewnętrzna”)¹⁰¹ lub terminu „*überschießender Vorsatz*” („wykraczający zamiar”)¹⁰². Te „wykraczające tendencje wewnętrzne” nie muszą – w przeciwieństwie do zamiaru („normalnego”, to znaczy zamiaru popełnienia czynu) – odzwierciedlić się w obiektywnym typie czynu zabronionego¹⁰³. Zamiar rozszerzony zaliczany jest do szczególnych subiektywnych znamion typu czynu zabronionego¹⁰⁴. Innymi słowy, jest on częścią subiektywnego typu czynu zabronionego¹⁰⁵. Termin „zamiar rozszerzony” jest wyraźnie odróżniany od terminu „zamiar czynu” („*Tatvorsatz*”). Nawet ci naukowcy, którzy nadal traktują zamiar (czynu) jako formę winy, dogmatycznie przyporządkowują zamiar rozszerzony do subiektywnych znamion typu czynu zabronionego¹⁰⁶.

Pomiędzy zamiarem czynu a zamiarem rozszerzonym nie ma jednak różnicy względem trzech stopni ciężkości woli¹⁰⁷. Do zamiaru roz-

¹⁰⁰ Tak E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 131.

¹⁰¹ Zob. np. *ibidem*; E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger...*, *op. cit.*, s. 12; E. Foregger, G. Kodek, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 41; O. Leukauf, H. Steininger, *Kommentar...*, *op. cit.*, s. 104; E. Fabrizio, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 46; O. Triffterer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 95; D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 96; S. Reindl, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 15.

¹⁰² H. Wegscheider, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 186; E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger...*, *op. cit.*, s. 12.

¹⁰³ O. Triffterer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 95.

¹⁰⁴ Tak m.in. H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 130.

¹⁰⁵ E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 131; E. Steininger, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger...*, *op. cit.*, s. 12; E. Foregger, G. Kodek, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 41; O. Triffterer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 95.

¹⁰⁶ Tak czyni D. Kienapfel, [w:] D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 97.

¹⁰⁷ D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 97.

szerzonego stosuje się analogicznie reguły obowiązujące przy zamiarze czynu¹⁰⁸. Stopniowanie ciężkości odnosi się więc również do zamiaru rozszerzonego. Przy zamiarze rozszerzonym należy także odróżnić w szczególności zamiar ewentualny od zamiaru specjalnego¹⁰⁹. Jeżeli ustawa przy danym typie czynu zabronionego nie wymaga szczególnej formy zamiaru, to dla zaistnienia zamiaru rozszerzonego wystarczy pojawienie się u sprawcy zamiaru ewentualnego¹¹⁰. Również zamiar rozszerzony musi wystąpić w czasie czynu, czyli w punkcie czasowym podjęcia czynności sprawczej¹¹¹.

W austriackim kodeksie karnym stypizowanych jest wiele deliktów z zamiarem rozszerzonym. Jako przykład można wymienić sprzeniewierzenie (§ 133 *Veruntreuung*), przywłaszczenie (§ 134 *Unterschlagung*), oszustwo (§ 146 *Betrug*), fałszerstwo materialne dokumentu (§ 223 *Urkundenfälschung*), nadużycie urzędu (§ 302 *Missbrauch der Amtsgewalt*)¹¹². Zamiar rozszerzony jest również typowy dla przestępstwa kradzieży (§ 127 *Diebstahl*)¹¹³. W przypadku tego typu przestępstw, zwanych „deliktami wzbogacenia” („*Bereicherungsdelikte*”), nie jest wymagany specjalny zamiar (*Absicht*) wzbogacenia, lecz wystarczy, że sprawca poważnie uważał bezprawne wzbogacenie za możliwe i się z tym godził¹¹⁴.

Charakterystyczne dla przestępstw z zamiarem rozszerzonym jest to, że są one dokonane już wtedy, gdy działający z zamiarem sprawca wypełnił typ czynu zabronionego (*Tatbild*). Urzeczywistnienie celu leżącego jedynie w sferze subiektywnej nie jest konieczne dla dokonania

¹⁰⁸ H. Fuchs, *Österreichisches...*, op. cit., s. 118 i 131; S. Reindl, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, op. cit., s. 15; O. Leukauf, H. Steininger, *Kommentar...*, op. cit., s. 104.

¹⁰⁹ D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, op. cit., s. 97.

¹¹⁰ H. Fuchs, *Österreichisches...*, op. cit., s. 118 i 131; H. Wegscheider, *Strafrecht...*, op. cit., s. 186; S. Seiler, *Strafrecht...*, op. cit., s. 67; O. Leukauf, H. Steininger, *Kommentar...*, op. cit., s. 104; D. Kienapfel, K. Schmoller, *Studienbuch...*, op. cit., s. 15.

¹¹¹ H. Wegscheider, *Strafrecht...*, op. cit., s. 186; H. Fuchs, *Österreichisches...*, op. cit., s. 131; S. Seiler, *Strafrecht...*, op. cit., s. 67.

¹¹² Zob. D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, op. cit., s. 97.

¹¹³ H. Wegscheider, *Strafrecht...*, op. cit., s. 186.

¹¹⁴ H. Fuchs, *Österreichisches...*, op. cit., s. 131.

czynu¹¹⁵. Faktyczne osiągnięcie zamierzonego przez sprawcę celu nie należy do ustawowego typu tych deliktów. Dla zaistnienia kradzieży nie jest zatem niezbędne faktyczne nastąpienie wzbogacenia. Wystarczy, że sprawca przy zaborze cudzej ruchomej rzeczy działał z zamiarem rozszerzonym¹¹⁶. Zgodne z opisem typu czynu zachowanie polega na zaborze rzeczy. Wraz z zaborem delikt jest dokonany (*vollendet*), także wtedy, gdy zamiar rozszerzony nie został jeszcze urzeczywistniony. „Przywłaszczenie” i „wzbogacenie” są jedynie przedmiotem rozszerzonego zamiaru. Dla dokonania kradzieży nie musi dojść ani do przywłaszczenia, ani do wynikającego z niego wzbogacenia. Wystarczy, że sprawca w czasie zaboru chciał zarówno przywłaszczenia, jak i wzbogacenia¹¹⁷.

3. Zamiar przywłaszczenia

Zamiar przywłaszczenia (*Zueignungsvorsatz*) oznacza zamiar korzystania z zabranej rzeczy jak właściciel¹¹⁸. Złodziej chce zabraną rzecz na przykład sprzedać, zastawić, wymienić za inną, użyć, podarować, zatrzymać na zawsze¹¹⁹. Sprawca może chcieć przywłaszczyć rzecz sobie samemu albo komuś innemu. Złodziej może mieć też zamiar sprzedać rzecz uprawnionemu za „okup” („*Lösegeld*”)¹²⁰.

Przestępstwo kradzieży zaliczane jest do tak zwanych „deliktów przywłaszczenia” („*Zueignungsdelikte*”)¹²¹, które stanowią kategorię szerszej grupy deliktów, zwanych „deliktami pozbawienia własności” („*Enteignungsdelikte*”). Do tych ostatnich należą, oprócz „deliktów

¹¹⁵ E. Steininger, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 131.

¹¹⁶ Por. S. Seiler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 67; D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 97.

¹¹⁷ D. Kienapfel, K. Schmoller, *Studienbuch...*, *op. cit.*, s. 16, 60 i 84.

¹¹⁸ *Ibidem*, s. 85.

¹¹⁹ W. Zagler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 137; Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 189.

¹²⁰ Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 189; Ch. Bertel, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3. Lieferung (Austauschheft 2008), Wien 2008, Komentarz zu § 127, s. 35.

¹²¹ Kradzież zaliczana jest naturalnie również do *Bereicherungsdelikte*, czyli „deliktów wzbogacenia” (zob. np. H. Fuchs, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 131).

przywłaszczenia” (takich jak na przykład przywłaszczenie, sprzeniewierzenie), również „czyste delikty pozbawienia własności”, takie jak na przykład przestępstwo pozbawienia rzeczy. Sprawca kradzieży na trwałe oddziela właściciela od jego rzeczy, tak że właściciel nie ma praktycznie nic poza „nagim” prawem własności (*Eigentumsrecht*). W tym sensie właściciel zostaje wywłaszczony (pozbawiony własności) w znaczeniu faktycznym, ale nie w znaczeniu prawnym¹²². W literaturze akcentuje się, że „przywłaszczyć” nie oznacza stworzenia sobie własności¹²³. Z cywilnoprawnego punktu widzenia złodziej nigdy nie może stać się właścicielem skradzionej rzeczy. Przepisy austriackiego kodeksu cywilnego, podobnie jak polskiego, przewidują natomiast szczególne konstelacje, kiedy osoba trzecia może stać się właścicielem skradzionej rzeczy. Na gruncie prawa karnego „przywłaszczyć” oznacza więc tylko „przywłaszczenie” (stworzenie) sobie w określony sposób pozycji właściciela¹²⁴. Nie należy tu rozumieć przywłaszczenia w znaczeniu cywilnoprawnym, ale jako rozpoznawalne „przywłaszczenie własności” („*Eigentumsanmaßung*”). Sprawca kradzieży budzi pozór, jakoby był on właścicielem rzeczy¹²⁵.

Zamiar korzystania z zabranej rzeczy tylko przejściowo może stanowić zamiar przywłaszczenia tylko w przypadku krótkotrwałych dóbr konsumpcyjnych, do których z pewnością nie należą pojazdy mechaniczne. Kto zabiera gazetę, po to, aby ją przeczytać i potem wyrzucić, ten kradnie¹²⁶. Do kradzieży dochodzi również w przypadku „zużywającego użycia”, na przykład natychmiastowego spożycia zabranych środków żywnościowych¹²⁷. Doszłoby natomiast do realizacji znamion kradzieży, gdyby na przykład sprawca zabrał pojazd mechaniczny, chcąc go używać dopóty, dopóki stanie się on prawie bezwartościowy¹²⁸. W zakresie kwa-

¹²² H. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 112.

¹²³ D. Kienapfel, K. Schmoller, *Studienbuch...*, *op. cit.*, s. 86.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ H. Wegscheider, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 186.

¹²⁶ Tak Ch. Bertel, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 35.

¹²⁷ W. Zagler, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 136.

¹²⁸ Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 190.

lifikacji prawnej zachowania sprawcy polegającego na zaborze cudzego pojazdu mechanicznego w celu krótkotrwałego użycia nie ma różnicy między polskim a austriackim prawem karnym. Ten, kto zabiera cudze auto po to, aby jeździć nim przez kilka tygodni, a następnie gdzieś pozostawić, nie popełnia kradzieży¹²⁹, aczkolwiek wzbogaca się przez to, że używa cudzej rzeczy bez uprawnień¹³⁰. Przywłaszczenie nie jest jednak tożsame ze wzbogaceniem¹³¹. W takim stanie faktycznym dochodzi do realizacji znamion innego typu czynu zabronionego, to jest przestępstwa z § 136 StGB (*unbefugter Gebrauch von Fahrzeugen*), będącego odpowiednikiem polskiego typu z art. 289 k.k.

Ciekawostką terminologiczną jest, że w tego typu stanach faktycznych tradycyjnie używa się pojęcia „*Gebrauchsdiebstahl*” („kradzież używania”, kradzież polegająca na używaniu), wywodzonego od łacińskiego terminu *furtum usus*¹³². Pojęcie to nie jest precyzyjne i może wprowadzać w błąd. Wszak w tego typu przypadkach nie dochodzi w ogóle do kradzieży. W literaturze zaznacza się, że zasadniczo bezkarny „*Gebrauchsdiebstahl*” polega na zaborze rzeczy do przejściowego wykorzystania z zamiarem jej zwrotu. Poza przypadkiem pojazdów mechanicznych takie zachowania nie stanowią przestępstwa. W szczególności nie jest przestępstwem nieuprawnione użycie żaglówki, łodzi wiosłowej lub roweru¹³³.

Zamiar wyrzucenia zabranej rzeczy lub pozostawienia jej w takich okolicznościach, które nie pozwalają oczekiwać, że właściciel ją odzyska, nie jest zamiarem przywłaszczenia. Ten, kto zabiera na przykład torebkę, będąc zdecydowanym zatrzymać tylko pieniądze, a torebkę z pozostałą zawartością wyrzucić, dopuszcza się kradzieży tylko co do pieniędzy. Co do torebki i pozostałej zawartości sprawca realizuje znamiona czynu zabronionego, określonego w § 135 StGB, zwanego

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ H. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 113.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² Zob. np. H. Bachner-Foregger, *Strafgesetzbuch (mit kurzen Erläuterungen)*, wyd. 23, Wien 2010, s. 159; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 405.

¹³³ H. Bachner-Foregger, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 159.

(w dosłownym tłumaczeniu) „trwającym pozbawieniem rzeczy” albo raczej (w niedosłownym tłumaczeniu) „trwałym pozbawieniem rzeczy” (*dauernde Sachentziehung*). Doszłoby natomiast do kradzieży również torebki i jej pozostałej zawartości, gdyby sprawca przy zaborze miał zamiar je zatrzymać, jeśli okazałyby się dla niego użyteczne. Oceny prawnej takiego zachowania nie zmieniłaby okoliczność, że sprawca później torebkę jednak wyrzucił¹³⁴.

Zamiar przywłaszczenia jest wykluczony przez zamiar oddania rzeczy właścicielowi¹³⁵. Zamiarem przywłaszczenia nie jest również zamiar uszkodzenia albo zniszczenia zabranej rzeczy. W literaturze stwierdzono, że sprawca popełnia w tym wypadku przestępstwo zwane *dauernde Sachentziehung*¹³⁶. Należy zauważyć, że w tym wypadku wchodzi w grę również przestępstwo z § 125 StGB, to jest uszkodzenie rzeczy (*Sachbeschädigung*)¹³⁷.

4. Zamiar wzbogacenia

Zamiar wzbogacenia (*Bereicherungsvorsatz*) jest to zamiar pomnożenia majątku poprzez przywłaszczenie rzeczy. Sprawca może chcieć wzbogacić własny majątek albo majątek osoby trzeciej¹³⁸. Chęć wzbogacenia osoby trzeciej pojawia się rzadko¹³⁹, a jeżeli już wystąpi, to najczęściej sprawca chce powiększyć majątek współmałżonka lub swego dziecka¹⁴⁰. Innymi słowy, sprawca chce wartość reprezentowaną przez rzecz przeprowadzić do swojego majątku¹⁴¹. Zamiar wzbogacenia jest

¹³⁴ Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 190; Ch. Bertel, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 36.

¹³⁵ Ch. Bertel, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, *op. cit.*, s. 35.

¹³⁶ Tak Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 190.

¹³⁷ Por. E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 406.

¹³⁸ D. Kienapfel, K. Schmoller, *Studienbuch...*, *op. cit.*, s. 88. Por. P. Lewisch, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, wyd. 2, Wien 1999, s. 160 (zdaniem autora dla zamiaru wzbogacenia wystarczy już sama „tendencja zysku” [„*gewinnsüchtige Tendenz*”] sprawcy).

¹³⁹ H. Wegscheider, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 186.

¹⁴⁰ E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 406.

¹⁴¹ Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 190.

z reguły połączony z zamiarem przywłaszczenia¹⁴², to znaczy ten, kto ma zamiar przywłaszczyć sobie rzecz, z reguły działa jednocześnie z zamiarem wzbogacenia¹⁴³. Są jednak wyjątki¹⁴⁴.

Jednym z wyjątków jest tak zwana „kradzież – samopomoc” („*Selbsthilfe*” – *Diebstahl*). Konstrukcja ta obejmuje sytuacje, w których sprawca ma jakieś prawo do przeniesienia własności zabranej rzeczy albo chce wartością tej rzeczy wyrównać przysługujące mu roszczenie¹⁴⁵. Z nowszego orzecznictwa można podać następujący przykład: sprawca zabiera ofierze telefon komórkowy, ponieważ nie chce mu ona zapłacić umówionego wynagrodzenia za czynność seksualną¹⁴⁶. Innymi słowy, zamiar sprawcy musi być nakierowany na bezprawne wzbogacenie. Bezprawnie wzbogaca się ten, kto nie ma roszczenia o spowodowane przez czyn powiększenie swego majątku¹⁴⁷.

Zamiar wzbogacenia jest wykluczony przez zamiar wynagrodzenia ofierze straty zabranej rzeczy. Jeżeli na przykład sprawca w zamiarze przywłaszczenia zabierze z magazynu gumowe maty i zastąpi je innymi matami, ale o równej wartości, to nie popełni kradzieży¹⁴⁸. Dochodzi tutaj do samowładczej wymiany równowartościowych rzeczy¹⁴⁹. Wzbogacenie może być zatem skompensowane przez wydanie innej, równowartościowej rzeczy¹⁵⁰.

Brakuje zamiaru wzbogacenia również w sytuacji zabronionej „samowładzy” („*Eigenmacht*”), gdy sprawca na przykład zabiera kupioną i zapłaconą przez siebie rzecz¹⁵¹.

¹⁴² H. Wegscheider, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 186.

¹⁴³ D. Kienapfel, K. Schmoller, *Studienbuch...*, *op. cit.*, s. 88.

¹⁴⁴ Zob. Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 190–191.

¹⁴⁵ Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 190–191; H. Wegscheider, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 186; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 406; H. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 121–122.

¹⁴⁶ EvBl 2002/19.

¹⁴⁷ E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 406.

¹⁴⁸ Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches...*, *op. cit.*, s. 191.

¹⁴⁹ E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, s. 405.

¹⁵⁰ H. Wegscheider, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 186.

¹⁵¹ H. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 121.

Wnioski

Bezspornie kradzież według austriackiego kodeksu karnego może zostać popełniona w każdej postaci zamiaru, również w zamiarze ewentualnym. Taki wniosek wypływa z opisu normatywnego kradzieży. Wynik interpretacji gramatycznej przepisu typizującego kradzież oraz przepisu regulującego umyślność działania nie pozostawia w tym zakresie najmniejszych wątpliwości. Takie też jednolite stanowisko zajmują przedstawiciele doktryny prawa karnego. Niektórzy zauważają jednak, że odnośnie do „zamiaru czynu” („*Tatvorsatz*”) praktycznie regularnie przyjmowany jest zamiar bezpośredni (*Wissentlichkeit*) lub nawet zamiar specjalny (*Absicht*)¹⁵², a co do zamiaru rozszerzonego z reguły praktycznie występuje naturalnie zamiar specjalny¹⁵³. Rzeczywista przewaga konstelacji z cięższymi formami zamiaru nie podważa jednak faktu, że w austriackim prawie karnym przestępstwo kradzieży może zostać popełnione z zamiarem ewentualnym.

Takie rozwiązanie prawne wydaje się ewenementem. Warto wspomnieć, że inne państwa obszaru niemieckojęzycznego wymagają względem przestępstwa kradzieży, obok „zamiaru czynu”, zamiaru specjalnego wzbogacenia (*Bereicherungsabsicht*). Adekwatne regulacje znajdują się w § 242 niemieckiego kodeksu karnego¹⁵⁴ oraz w art. 139 szwajcarskiego kodeksu karnego¹⁵⁵. W Niemczech kradzież jest przestępstwem umyślnym (*Vorsatzdelikt*) – zamiar musi obejmować znamiona obiektu czynu i zaboru (wystarczy *dolus eventualis*). Ponadto sprawca musi działać z zamiarem specjalnym przywłaszczenia (*Zueignungsabsicht*). Ten zamiar musi odnosić się jedynie do przywłaszczenia (*Aneignung*). Względem elementu „wywłaszczenia” („*Enteignungselement*”) wystarczy, jeśli sprawca działa tylko z zamia-

¹⁵² H. Wegscheider, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 185–186.

¹⁵³ *Ibidem*; D. Kienapfel, K. Schmoller, *Studienbuch...*, *op. cit.*, s. 84.

¹⁵⁴ § 242 dStGB: (1) *Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Der Versuch ist strafbar.*

¹⁵⁵ Art. 139 ust. 1 schwStGB: *Wer jemandem eine fremde bewegliche Sache zur Aneignung wegnimmt, um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft.*

rem ewentualnym co do naruszenia cudzej własności¹⁵⁶. W literaturze szwajcarskiej zaznacza się, że art. 139 wymaga obok zamiaru (*Vorsatz*) również „zamiaru przywłaszczenia” („*Aneignungsabsicht*”) i „zamiaru bezprawnego wzbogacenia” („*Absicht unrechtmässiger Bereicherung*”). Przez „*Absicht*” rozumiany jest „*dolus directus ersten Grades*”, czyli zamiar bezpośredni pierwszego stopnia¹⁵⁷. Jako ciekawostkę można podać, że kradzież jest przestępstwem formalnym (*schlichtes Tätigkeitsdelikt*), tym samym nie wchodzi w grę jej ukończone usiłowanie (*vollendeter Versuch*)¹⁵⁸. Kradzież jest dokonana wraz z utworzeniem nowego władztwa nad rzeczą, a zakończona dopiero z nastąpieniem wzbogacenia¹⁵⁹.

Komparatystyczne badania nie muszą zakończyć się oceną, która z porównanych regulacji jest lepsza, ani też wysunięciem postulatów zmian. Takie oto zakończenie nie nastąpi w rezultacie niniejszej analizy. Miała ona na celu zeprezentowanie polskiemu czytelnikowi zagadnienia umyślności w austriackim prawie karnym, a na jej tle strony podmiotowej przestępstwa kradzieży. Kradzież, będąca znanym od zarania dziejów ludzkości przestępstwem pospolitym, rozumiana jest tak samo w Polsce i w Austrii, zarówno wśród laików, jak i w ogólnym sensie prawnym. W szczególności bezspornie, niezależnie od opisu normatywnego strony podmiotowej, w identycznym punkcie temporalnym przyjmowane jest dokonanie kradzieży. W obu państwach tak samo pojmowane są formy zamiaru w postaci zamiaru ewentualnego, zamiaru bezpośredniego i zamiaru specjalnego (zamiaru bezpośredniego o szczególnym zabarwieniu). Odpowiadają one sobie nie tylko nazwą (przejętą z terminologii łacińskiej), ale i zawartością normatyw-

¹⁵⁶ U. Kindhäuser, [w:] U. Kindhäuser (Hrsg.), U. Neumann (Hrsg.), H.U. Paeffgen (Hrsg.), *Nommoskommentar. Strafgesetzbuch. Band 2*, wyd. 2, Baden-Baden 2005, s. 4248 i 4265.

¹⁵⁷ M. A. Niggli, Ch. Riedo, [w:] M. A. Niggli (Hrsg.), H. Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar. Strafgesetzbuch II. Kommentar zu Art. 111–401 StGB*, Basel 2003, s. 308–309.

¹⁵⁸ M.A. Niggli, Ch. Riedo, [w:] M. A. Niggli (Hrsg.), H. Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler...*, *op. cit.*, s. 292 i 309.

¹⁵⁹ M.A. Niggli, Ch. Riedo, [w:] M. A. Niggli (Hrsg.), H. Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler...*, *op. cit.*, s. 309 („*Vollendet ist der Diebstahl mit der Begründung des neuen Gewahrsams. (...) Beendet ist die Tat hingegen erst mit dem Eintritt der Bereicherung*”).

ną. Fakt ten jest naturalny – wszak oba porządki prawne recypowały wiele instytucji z prawa rzymskiego. Tym bardziej interesujące z „polskiego” punktu widzenia jest rozwiązanie prawne dopuszczające popełnienie kradzieży z zamiarem ewentualnym.

Andrzej Buczek

Konstytucyjne determinanty tworzenia norm prawa finansowego – kwestie dyskusyjne

I

Tytuł opracowania można uznać za prowokacyjny w szczególności w odniesieniu do jego drugiej części. Za prowokacyjne uznać bowiem można posługiwanie się nazwą prawa finansowego. Nazwa ta uznawana bywa jako odnosząca się do nieistniejącej współcześnie dziedziny regulacji prawnej¹. Negowanie istnienia prawa finansowego i zastępowanie go nazwą prawa finansów publicznych można traktować jako posunięcie dalece dyskusyjne. Warto przypomnieć, że w zupełnie innych warunkach ustrojowych, również podawano w wątpliwość istnienie prawa finansowego jako odrębnej gałęzi prawa. Istniały w tamtych czasach poglądy uznające prawo finansowe za składnik prawa administracyjnego. Zdecy-

¹ Stanowisko takie reprezentuje m.in. prof. B. Brzeziński, uważając, że na przełomie wieków XX i XXI prawo finansowe jako gałąź prawa uległa autodestrukcji. Por. B. Brzeziński, *Prawo finansowe jako gałąź prawa – wątpliwości i nowe tendencje*, [w:] *Prawo finansowe i nauka prawa finansowego na przełomie wieków*, red. A. Kostecki, Zakamycze 2000, s. 357–361.

dowanym przeciwnikiem tych poglądów był prof. K. Ostrowski². Zgodnie ze stanowiskiem prof. K. Ostrowskiego materią prawa finansowego stanowi działalność finansowa. Biorąc pod uwagę zmianę warunków ustrojowych, jeśli pojęcie działalności finansowej państwa zastąpimy pojęciem publicznej działalności finansowej, to definicję prof. K. Ostrowskiego można uznać za nadal aktualną. Możemy wobec tego stwierdzić, że zespół norm prawnych regulujących publiczną działalność finansową tworzy odrębną gałąź prawa zwaną prawem finansowym. Dopóki proces rozwoju systemu prawnego jako całości nie wywoła innego gałęziowego podziału systemu prawnego, a więc dopóki utrzymuje się podział tradycyjny, wyodrębnienie prawa finansowego, jako osobnej gałęzi praw, równoległej do innych tradycyjnie uznawanych gałęzi, ma – jak sądził prof. K. Ostrowski – wystarczające podstawy.

II

Zmiana systemu społeczno-gospodarczego w Polsce uwypukliła daleko idącą różnorodność celów regulacji prawa finansowego. Współcześnie określenie, że przedmiotem regulacji prawa finansowego jest publiczna działalność finansowa, zdaniem prof. R. Mastalskiego, nie ma większego znaczenia jurydycznego. Chodzi tu bowiem nie o rodzaj działalności, lecz o rodzaj stosunków społecznych regulowanych przez prawo. Stosunki te w ramach publicznej działalności finansowej cechują się znaczną różnorodnością. Fakt ten prowadzi w konsekwencji do uznania poglądu, że prawo finansowe stanowi, przy przyjęciu podstawowych kryteriów podziału prawa na gałęzie, luźną federację samodzielnych gałęzi prawa regulujących stosunki społeczne w zakresie gromadzenia i podziału publicznych zasobów pieniężnych oraz oddziaływania na kształtowanie podaży pieniądza, zaliczanych do prawa podatkowego, prawa budżetowego oraz publicznego prawa bankowego³.

² Por. K. Ostrowski, *Prawo finansowe – zarys ogólny*, PWN, Warszawa 1970, s. 17–19.

³ Por. R. Mastalski [w:] *Prawo finansowe*, red. R. Mastalski, E. Fojcik-Mastalska, Warszawa 2011, s. 35–36.

Dostrzec należy bardzo ścisły związek pomiędzy dyscypliną finansów publicznych a prawem finansowym. Obie te dyscypliny zajmują się stosunkami społecznymi związanymi z publiczną działalnością finansową. Finanse publiczne jako dyscyplina ekonomiczna zajmują się zjawiskami ekonomicznymi będącymi treścią tych stosunków. Prawo finansowe natomiast konstrukcjami prawnymi regulującymi te stosunki, które w wyniku prawnej regulacji przybierają charakter stosunków prawnych. Przyjmując to zastrzeżenie, uznać można, że rozwiązania mieszczące się w Konstytucji R.P.⁴, w szczególności w rozdziale X, noszącym tytuł „Finanse publiczne”, stanowią normatywne ujęcie części przedmiotu publicznej działalności finansowej. Zauważyć należy ponadto, że tytuł rozdziału X nie jest adekwatny do jego treści, obejmuje bowiem jedynie konstytucyjne dyrektywy dotyczące finansów państwowych. W ujęciu współczesnym prawne regulacje z dziedziny finansów publicznych obejmują swym zakresem obok finansów państwowych również finanse jednostek samorządu terytorialnego.

III

Kwestie dotyczące materii finansów samorządowych ujęte zostały w Konstytucji w rozdziale 7, noszącym tytuł: „Samorząd terytorialny”⁵. Za takim ujęciem przemawia przyjęty układ systematyki przepisów Konstytucji. Niemniej jednak z przyjętego rozwiązania wyprowadzić można szereg, częstokroć kontrowersyjnych, wniosków. Jednym z nich może być stwierdzenie, że rozdział X Konstytucji winien nosić nazwę – „Finanse państwa”, a nie „Finanse publiczne”. Za wnioskiem takim przemawia również treść tego rozdziału.

Innym wnioskiem jest stwierdzenie, że finanse samorządu terytorialnego potraktowane zostały w Konstytucji zbyt ogólnie, co z punktu widzenia podstaw budowy racjonalnego systemu finansów samorządo-

⁴ Dz.U. Nr 78, poz. 483.

⁵ Szerzej na ten temat: P. Kryczko, *Komentarz do ustawy o samorządzie gminnym*, s. 472–474.

wych ma zarówno zalety⁶, jak i wady⁷. Rozwiązania konstytucyjne są wyrazem dostrzegania, że powodzenie samorządu terytorialnego zależy od stopnia jego samodzielności finansowej. Stopień ten zależy w dużej mierze od wyposażenia jednostek samorządu terytorialnego w odpowiednie do ich zadań dochody. Dla realizacji tych kwestii Konstytucja zastrzegła drogę ustawową. To rozwiązanie uznawane jest za właściwe, natomiast praktyka jego realizacji budzi daleko idące zastrzeżenia⁸. O praktyce tej najwyraźniej świadczy dysproporcja pomiędzy zakresem zadań publicznych realizowanych przez samorząd terytorialny a poziomem dochodów własnych służących realizacji tych zadań.

IV

Wracając do pierwszego z wyprowadzonych wniosków, wspomniano, że pod nazwą X rozdziału Konstytucji kryje się utożsamienie finansów publicznych z finansami państwowymi, o czym świadczy treść tego rozdziału. Jedyne ust. 1 art. 216 traktować można jako szerokie określenie przedmiotu działalności publicznej działalności finansowej. Można bowiem przyjąć, że określenie: „Środki finansowe na cele publiczne są gromadzone i wydatkowane w sposób określony w ustawie”, dotyczy zarówno działalności finansowej państwa, jak i działalności finansowej samorządu terytorialnego. Pozostałe przepisy tego artykułu w zasadzie odnieść można jedynie do działalności państwa. Przepisy te determinują formę prawną regulacji dotyczących:

1. Nabywania, zbywania i obciążania nieruchomości, udziałów lub akcji oraz emisja papierów wartościowych przez Skarb Państwa, Narodowy Bank Polski lub inne państwowe osoby prawne;

⁶ Por. W. Miemieć, *Finanse samorządu terytorialnego w nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Finanse Komunalne” 1997, nr 5, s. 5 i n.

⁷ Por. C. Kosikowski, *Gospodarka i finanse publiczne w nowej Konstytucji*, PiP 1997, z. 11–12, s. 160–161.

⁸ Por. *idem*, *Finanse publiczne w świetle Konstytucji RP*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2004, s. 234.

2. Ustanawiania monopolu;
3. Zaciągania pożyczek oraz udzielania gwarancji i poręczeń finansowych przez państwo.

Wykonywanie działalności finansowej w wyżej określonym zakresie może nastąpić jedynie w trybie i na zasadach określonych przez odpowiednie ustawy.

Bezpośrednio natomiast art. 216 ust. 4 wprowadza zakaz zaciągania pożyczek lub udzielania gwarancji i poręczeń finansowych, w następstwie których państwowy dług publiczny przekroczy $\frac{3}{5}$ wartości rocznego produktu krajowego brutto. Sposób obliczania wartości rocznego produktu krajowego brutto oraz państwowego długu publicznego określony winien być przez ustawę. Aktualnie kwestie te reguluje ustawa o finansach publicznych z dnia 27 sierpnia 2009 r.⁹ W odniesieniu do tych regulacji można mieć wątpliwości, czy w pełni są one zgodne z Konstytucją. Wątpliwości te budzi treść art. 73 ust. 5 ustawy.

Zgodnie z brzmieniem tego przepisu, Minister Finansów określi w drodze rozporządzenia szczegółowy sposób ustalania:

- 1) wartości zobowiązań zaliczanych do:
 - a) państwowego długu publicznego,
 - b) długu Skarbu Państwa,
- 2) wartości zobowiązań z tytułu poręczeń i gwarancji.

Powstaje pytanie, czy ustawowe upoważnienie Ministra Finansów, który równocześnie sprawuje kontrolę nad sektorem finansów publicznych w zakresie przestrzegania zasady stanowiącej, że państwowy dług publiczny nie może przekroczyć 60% wartości rocznego produktu krajowego brutto, do szczegółowego ustalania wartości zobowiązań nie prowadzi w konsekwencji, wbrew postanowieniom Konstytucji, do pozaustawowego określenia sposobu ustalania wielkości tego długu. Pytanie to jest szczególnie istotne wobec praktyk Ministra Finansów dotyczących właśnie zmian metodologii liczenia długu publicznego¹⁰.

⁹ Dz.U. Nr 157, poz. 1240.

¹⁰ Zmiany te umożliwiła art. 72 ust. 2 w brzmieniu ustawy z dnia 16.12.2010 r. (Dz.U. Nr 257, poz. 1726), która weszła w życie 1.01.2011 r. Przepis ten brzmi: „Minister Finansów określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowy sposób klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego

Ograniczenie wysokości długu publicznego koresponduje z rozwiązaniami przyjętymi przez UE i jej państwa członkowskie¹¹. Jest ono ważne ze względu na zapewnienie stabilności rozwoju gospodarczego. Nadmierny deficyt budżetowy w dłuższej perspektywie szkodzi tej stabilności, a tym samym zagraża równowadze gospodarczej i co za tym idzie prowokuje brak stabilizacji stosunków społecznych. To wszystko zagraża właściwemu funkcjonowaniu państwa i jego organów¹².

Przedstawione kwestie ogólne z zakresu finansów publicznych zastrzeżone zostały przez Konstytucję RP do wyłącznej regulacji w drodze ustawy. Wymóg zachowania ustawy dla uregulowań z zakresu finansów publicznych stał się standardem konstytucyjnym¹³, chociaż – jak wyżej wskazano – istnieją tendencje do obchodzenia tego standardu. Wymóg ten nabiera szczególnego charakteru w odniesieniu do stanowienia podatków i innych ciężarów publicznych (art. 217). Konstytucja nie ogranicza się jedynie do ustawowego wymogu stanowienia ciężarów publicznych, ale wymóg ten odnosi również do określania podmiotów, 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.

Na tle konstytucyjnie określonych zasad konkretyzacji obowiązków podatkowych godny rozważenia jest problem dokonywania tej konkretyzacji z punktu widzenia konstytucyjnie określonych zasad funk-

długu publicznego, w tym rodzaje zobowiązań zaliczanych do tytułów dłużnych, uwzględniając podstawowe kategorie przedmiotowe i podmiotowe zadłużenia oraz okresy zapadalności”.

¹¹ Rozwiązania te, wraz z rozwiązaniami dotyczącymi procedury deficytu budżetowego, ujęte zostały w art. 104 TWE, protokole nr 5 załączonym do Traktatu z Maastricht oraz rozporządzeniu 1467/97/WE, Dz.U. WE 1997, L 209, s. 6.

¹² Por. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, C.H.Beck, Warszawa 2009, Legalis – Internet.

¹³ Por. C. Kosikowski [w:] *Finanse publiczne i prawo finansowe*, red. C. Kosikowski, E. Ruśkowski, wyd. II, ABC, Warszawa, s. 54.

cjonowania państwa oraz wolności i praw obywatela. Poza płaszczyzną tworzenia prawa, jest również istotną kwestią stosowanie tego prawa przez organy państwowe zgodnie z zasadami Konstytucji oraz konkretyzującymi je normami prawnymi¹⁴.

Przyjęcie ustawowej formy regulacji w tym zakresie pozostaje w bezpośredniej korelacji z obowiązkiem ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych, w tym podatków (art. 84). Konstytucyjnie określone obowiązki, będące wyrazem władztwa daniowego państwa, stanowią konkurencję wobec konstytucyjnych praw jednostki. Wymóg ustawowej regulacji w tym zakresie stanowi środek ochrony praw jednostki przed arbitralną ingerencją w ich treść ze strony władzy państwowej. Państwo bowiem, w świetle zasady suwerenności narodu, pełni rolę służebną w stosunku do osób znajdujących się pod jego władzą¹⁵.

V

Odrębne wymogi stawia Konstytucja tworzeniu budżetu. Zgodnie z art. 219 ust. 1. Sejm uchwała budżet państwa na rok budżetowy w formie ustawy budżetowej. Ze stwierdzenia tego wynika wyłączność kompetencji Sejmu do uchwalenia budżetu. Przychylić się tu należy do poglądu, że celem tego przepisu było podkreślenie obowiązku Sejmu do uchwalenia budżetu, a tym samym pozbawienie go możliwości odrzucenia w całości projektu ustawy budżetowej¹⁶. Sejm może więc uchwalić tę ustawę z poprawkami lub bez. Zauważyć jednakże należy, iż w Konstytucji nie użyto sformułowania, że Sejm uchwała ustawę budżetową, lecz że Sejm uchwała budżet państwa w formie ustawy

¹⁴ Szerzej na ten temat: A. Buczek, *Państwo – obywatel – podatnik*, [w:] *Polska i społeczeństwo w XXI wieku. Państwo i prawo w XXI wieku*, red. B. Stoczewska, Oficyna Wydawnicza AFM, Kraków 2004, s. 28–42.

¹⁵ Szerzej na ten temat: A. Bień-Kacała, *Zasada władztwa daniowego w Konstytucji RP z 1997 r.*, Dom Organizatora, Toruń 2005.

¹⁶ Por. C. Kosikowski, *Finanse publiczne w świetle Konstytucji RP oraz orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego (na tle porównawczym)*, Warszawa 2004, s. 67.

budżetowej. Wynika z tego m.in., że Sejm nie może uchwalić budżetu państwa w formie uchwały.

Wynika z tego również to, że budżet państwa nie jest ustawą, ale jest tylko uchwalany w formie ustawy. Konsekwencją tego jest fakt, że budżet państwa nie jest aktem prawnym powszechnie obowiązującym. Akt ten dotyczy jedynie określonej kategorii podmiotów, będących wykonawcami budżetu. W stosunku do pozostałych podmiotów nie rodzi praw ani obowiązków. Trybunał Konstytucyjny słusznie zauważa: „Zwrócić należy uwagę na specyfikę takiej ustawy. Jest ona traktowana jako ustawa formalna i szczegółowa. Wyraża się to w odrębności jej niektórych cech w stosunku do innych ustaw. Treść materialną tego aktu tworzą z reguły normy planowe, skonkretyzowane czasowo i kwotowo, nie zaś normy prawne o charakterze generalnym i abstrakcyjnym”¹⁷. Oznacza to, że ustawa budżetowa pozbawiona treści materialnych nie może zmieniać innych ustaw¹⁸.

Sejm uchwała budżet państwa na rok budżetowy – stwierdzenie to stanowi wyraz normatywnej odmienności od zasady nieograniczonego czasu obowiązywania norm prawnych. Nie jest to jednakże wyjątek od tej zasady, lecz wyraz odrębności specyfiki regulacji. Jest bowiem zasadą roczny zakres czasu obowiązywania budżetu. Jedynie w wyjątkowych przypadkach dochody i wydatki państwa w okresie krótszym niż rok może określać ustawa o prowizorium budżetowym.

VI

Odmienności charakteru ustawy budżetowej dotyczą nie tylko strony materialnej, ale obejmują również szereg kwestii formalnych. Jedną z tych kwestii jest ograniczenie podmiotowe inicjatywy ustawodawczej. Zgodnie z art. 221, inicjatywa ustawodawcza w zakresie ustawy budżetowej, ustawy o prowizorium budżetowym, zmiany ustawy bu-

¹⁷ Post. TK z 20.6.2001 r., K 35/00, OTK 2001, Nr 6, poz. 167.

¹⁸ Por. B. Banaszak, *op. cit.*

dżetowej, ustawy o zaciąganiu długu publicznego oraz ustawy o udzieleniu gwarancji finansowych przez państwo przysługuje wyłącznie Radzie Ministrów. Rozwiązanie to stanowi odejście od zasad ogólnych dotyczących inicjatywy ustawodawczej, określonych w art. 118 Konstytucji. W myśl tych zasad:

1. Inicjatywa ustawodawcza przysługuje posłom, Senatowi, Prezydentowi Rzeczypospolitej i Radzie Ministrów.
2. Inicjatywa ustawodawcza przysługuje również grupie co najmniej 100 000 obywateli mających prawo wybierania do Sejmu.

Trybunał Konstytucyjny w art. 221 dostrzega też „ograniczenie zakresu dopuszczalnych poprawek do ustaw dotyczących innych dziedzin życia publicznego. Wprowadzenie bowiem na wnioski posłów, Senatu lub Prezydenta poprawek o treści wkraczającej w dziedzinę monopolu inicjatywy ustawodawczej Rady Ministrów do tekstów ustaw z innych dziedzin, choć z tą problematyką związanych, byłoby obejściem, a więc naruszeniem Konstytucji”¹⁹.

Z monopołem inicjatywy ustawodawczej został bezpośrednio skorelowany, określony w art. 220 ust. 1, monopol Rady Ministrów w zakresie ustalania wielkości deficytu budżetowego. Zgodnie z treścią tego przepisu: „Zwiększenie wydatków lub ograniczenie dochodów planowanych przez Radę Ministrów nie może powodować ustalenia przez Sejm większego deficytu budżetowego niż przewidziany w projekcie ustawy budżetowej. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego; Konstytucja w art. 220 ust. 1 daje wyraz troski o równowagę budżetu i chociaż nie wyraża tego wprost, z równowagi budżetowej czyni wartość konstytucyjną”²⁰.

¹⁹ Wyrok z 24.3.2004 r., K 37/03, OTK-A 2004, Nr 3, poz. 21.

²⁰ Wyrok TK z 8.5.2000 r., SK 22/99, OTK 2000, Nr 4, poz. 107.

VII

Innym konstytucyjnym determinantem związanym z istotą instytucji budżetu jest realizacja, formułowanej przez naukę, zasady uprzedniości budżetu. Wyrazem realizacji tej zasady jest konstytucyjny wymóg, określony w art. 222, przedłożenia przez Radę Ministrów Sejmowi najpóźniej na trzy miesiące przed rozpoczęciem roku budżetowego projektu ustawy budżetowej na rok następny. W wyjątkowych przypadkach możliwe jest późniejsze przedłożenie projektu. Przedłożenie projektu budżetu na trzy miesiące przed okresem, którego budżet dotyczy, winno umożliwić zakończenie procedury ustawodawczej przed rozpoczęciem roku budżetowego. Celowi temu służą ograniczenia czasowe wprowadzone w odniesieniu do organów uczestniczących w tej procedurze. Ograniczenia te dotyczą: Senatu, Prezydenta oraz Trybunału Konstytucyjnego.

Senat może uchwalić poprawki do ustawy budżetowej w ciągu 20 dni od dnia przekazania jej Senatowi. Stanowi to ograniczenie w stosunku do czasu określonego w art. 121 ust. 2, wynoszącego 30 dni. Ponadto ograniczenie kompetencji Senatu sprowadza się do braku możliwości odrzucenia ustawy budżetowej w całości, co możliwe jest w odniesieniu do innych ustaw.

Zgodnie z art. 224 ust. 1, na podpisanie ustawy budżetowej lub ustawy o prowizorium budżetowym Prezydent ma tylko 7 dni zamiast 21 dni, jak w wypadku innych ustaw (art. 122 ust. 2). Jeszcze dalej idącą modyfikacją procesu ustawodawczego jest pozbawienie Prezydenta prawa zgłoszenia weta wobec ustawy budżetowej. Mogłoby ono nawet w razie jego odrzucenia przedłużyć uchwalanie budżetu, a także służyć innym celom, niezwiązanym z budżetem i w istocie zostać wykorzystane także jako swoiste prezydenckie wotum nieufności dla rządu.

Ustawa budżetowa, której okres obowiązywania jest ograniczony, nie może być zbyt długo uchwalana. Twórcy Konstytucji wyciągnęli wnioski ze sporu parlamentu z Prezydentem z pierwszych lat transformacji ustrojowej, w którym dla przewlekania procesu uchwalania budżetu wykorzystano zwrócenie się przez Prezydenta do TK o zbadanie zgodności

z Konstytucją ustawy budżetowej przed jej podpisaniem. Aby zapobiec ewentualnemu wykorzystaniu tej kompetencji dla innych celów niż kontrola konstytucyjności ustawy budżetowej, ustrojodawca ustalił maksymalny okres dwóch miesięcy na rozpatrzenie sprawy przez TK.

Ze względu na szczególne znaczenie ustawy budżetowej dla sprawnego funkcjonowania państwa demokratycznego, Konstytucja przewiduje (art. 225), że nieprzedstawienie jej Prezydentowi RP do podpisu w ciągu czterech miesięcy od dnia jej przedłożenia przez Rząd Sejmowi, może być przesłanką skrócenia kadencji izby i całego parlamentu. Cztery miesiące to maksymalny czas, którym obie izby dysponują na zakończenie postępowania ustawodawczego w parlamencie. Nieuchwalenie ustawy budżetowej w tym terminie oznacza na tyle poważne konsekwencje dla funkcjonowania państwa, że ustrojodawca uznał, że parlament nie wypełnia swoich zadań i Prezydent może zwrócić się do suwerena o dokonanie wyborów nowego składu obu izb. Gdyby jednak Prezydent uznał, że parlament nie wyczerpał swoich możliwości, a RM może prowadzić gospodarkę finansową na podstawie projektu ustawy budżetowej lub projektu ustawy o prowizorium budżetowym²¹, to wówczas nie skraca kadencji Sejmu. Na podjęcie postanowienia Prezydent ma 14 dni. Po upływie tego terminu nie będzie już mógł skrócić kadencji Sejmu. Wprowadzenie ściśle określonego czasu na podjęcie decyzji przez Prezydenta zapobiega sytuacji, w której w swoich kontaktach z parlamentem mógłby przez następne miesiące – aż do uchwalenia nowej ustawy budżetowej na nowy rok budżetowy – używać „straszaka” w postaci możliwości skrócenia kadencji, ilekroć parlament nie zaakceptowałby jakiegś jego propozycji²².

²¹ Konstytucja przewiduje taką możliwość w art. 219, zgodnie z którym: „Jeżeli ustawa budżetowa albo ustawa o prowizorium budżetowym nie weszły w życie w dniu rozpoczęcia roku budżetowego, Rada Ministrów prowadzi gospodarkę finansową na podstawie przedłożonego projektu ustawy. Rozwiązanie to stanowi również odróżnienie od ustawy jako aktu prawnego, który nigdy nie może obowiązywać przed jego uchwaleniem przez Sejm”.

²² Por. B. Banaszak, *op. cit.*

VIII

Zakres regulacji zawartych w rozdziale X konstytucji potwierdza przywołany wcześniej pogląd prof. R. Mastalskiego, że prawo finansowe stanowi luźną federację samodzielnych gałęzi prawa regulujących stosunki społeczne w zakresie gromadzenia i podziału publicznych zasobów pieniężnych oraz oddziaływania na kształtowanie podaży pieniądza, zaliczanych do prawa podatkowego, prawa budżetowego oraz publicznego prawa bankowego. Jednakże nawet w tak luźnej federacji wymienionych gałęzi prawa trudno znaleźć miejsce dla instytucji skarbu państwa, którą ustrojodawca umieścił w X rozdziale Konstytucji. Konstytucyjne ujęcie tej instytucji jest dalece lapidarne i sprowadza się jedynie do stwierdzenia: „Organizację Skarbu Państwa oraz sposób zarządzania majątkiem Skarbu Państwa określa ustawa”.

Instytucja Skarbu Państwa stanowi przedmiot zainteresowania prawie wszystkich gałęzi prawa. Mimo że wywodzi ona swe korzenie z finansów, stanowi instytucję złożoną, interdyscyplinarną, mającą znaczenie dla rozwiązań wielu dyscyplin prawa²³. Konstytucja nie definiuje tego pojęcia, odwołując się do jego rozumienia ugruntowanego w ustawodawstwie (zwłaszcza w KC). Skarb Państwa „należy (...) utożsamiać z majątkiem państwowym oraz samym państwem działającym w sferze finansowej”²⁴. Skarb Państwa, występując jako odpowiednik państwa, posiadając osobowość prawną, z jednej strony realizuje władztwo państwowe (w szczególności w zakresie prawa administracyjnego), z drugiej zaś występuje w obrocie gospodarczym jako podmiot, który przez własne działania dąży do nawiązania, zmiany lub zakończenia stosunków prawnych. W tym zakresie Skarb Państwa traktowany jest identycznie jak pozostałe podmioty uczestniczące w obrocie gospodarczym (zarówno w zakresie praw, obowiązków, jak i odpowiedzialności)²⁵.

²³ Por. N. Gajl, *System instytucji prawno-finansowych PRL*, t. 2, *Instytucje budżetowe*, Ossolineum, Wrocław 1982, s. 174.

²⁴ Zob. A. Bień-Kacała, *Finanse publiczne*, [w:] *Prawo konstytucyjne*, red. Z. Witkowski, Toruń 2006, s. 680.

²⁵ Por. B. Banaszak, *op. cit.*

Trudno jednakże uznać, że instytucja Skarbu Państwa spełnia współcześnie funkcję bankiera państwa²⁶. Funkcję taką przypisuje Konstytucja Narodowemu Bankowi Polskiemu w art. 227.

IX

Zgodnie z treścią art. 227 ust. 1, centralnym bankiem państwa jest Narodowy Bank Polski²⁷. Przysługuje mu wyłączne prawo emisji pieniądza oraz ustalania i realizowania polityki pieniężnej. Narodowy Bank Polski odpowiada za wartość polskiego pieniądza. Stwierdzenie to utwierdza NBP w roli banku centralnego i nadaje mu cechę niezależności, nie powoduje jednak nadania mu statusu konstytucyjnego organu państwa, jak się niekiedy uważa. Bank ten jest szczególną instytucją finansową, korzysta z pewnych ustawowych atrybutów organu państwa, nie przestaje być jednak bankiem, chociaż jedynym w swoim rodzaju – bankiem centralnym państwa²⁸.

Ustalenie w art. 227 ust. 2, że organami Narodowego Banku Polskiego są: Prezes Narodowego Banku Polskiego, Rada Polityki Pieniężnej oraz Zarząd Narodowego Banku Polskiego, prowadzi do uznania tych organów za organy konstytucyjne NBP, ale nie jest równoznaczne z uznaniem ich za organy państwa. Nie przemawia za tym również konstytucyjne określenie zasad powoływania Prezesa NBP oraz Rady Polityki Pieniężnej. Organizację i zasady działania Narodowego Banku Polskiego oraz szczegółowe zasady powoływania i odwoływania jego organów przekazuje Konstytucja do uregulowania w drodze ustawy.

²⁶ Funkcję taką przypisywano Skarbowi Państwa jeszcze na początku II poł. XX w., szerzej problem ten ujmuje N. Gajl, *Budżet a Skarb Państwa*, Warszawa 1974, s. 9 i n.

²⁷ Warto zauważyć, że NBP jako „bankierowi” zabrania udzielania kredytu na pokrycie deficytu budżetowego (art. 220 ust. 2).

²⁸ Por. E. Fojcik-Mastalska, [w:] *Prawo finansowe*, red. R. Mastalski i E. Fojcik-Mastalska, *op. cit.*, s. 446.

X

Przedstawione powyżej kwestie wskazują na wyznaczenie przez Konstytucję RP treści regulacji prawnych dotyczących finansów publicznych oraz formy tych regulacji. Standardem, jak wyżej wspomniano, jest regulacja w formie ustawy. Biorąc pod uwagę, określony przez Konstytucję, zakres treści regulacji dotyczący różnych dziedzin prawa finansowego, łatwo dostrzec, że treść ta stanowi przedmiot rozwiązań wielu ustaw. Stąd też tytuł jednej z tych ustaw; ustawy o finansach publicznych, uznać należy za niezgodny z konstytucyjnie zakreślonym pojęciem finansów publicznych. Treść regulowana przez tę ustawę obejmuje, w zasadzie, regulacje z zakresu prawa budżetowego²⁹. Trudno bowiem uznać za właściwe określenie federacji nazwą jednego z jej członów. Można wobec tego faktu postawić tezę, że tytuł ustawy o finansach publicznych, z juretycznego punktu widzenia, jest niezgodny z Konstytucją RP.

²⁹ Ustawa o finansach publicznych, podobnie jak wcześniejsze ustawy o finansach publicznych, wykracza poza tradycyjną problematykę budżetową, ale problematyka ta stanowi trzon jej regulacji. Por. E. Ruśkowski, *Od prawa budżetowego do prawa finansowego sektora finansów publicznych*, [w:] *System prawa finansowego*, t. 2: *Prawo finansowe sektora finansów publicznych*, red. E. Ruśkowski, Warszawa 2010.

Jo Carby-Hall

Employers' Liability – from Physical to Psychiatric Illnesses

Introduction

This text proposes to treat an important development which has taken place in the United Kingdom in recent years in the field of the employer's common law duty of care. It is proposed to analyse briefly the well established concept of the employer's common law duty of care towards his employees which, until recently, applied generally only to physical injuries and illnesses. The development of this concept in recent years into the psychiatric field is a welcome step forward and shows how labour law has progressed and is progressing in the 21st century.

The employers' common law duty of care in respect of physical illnesses

The law relating to employers' liability spans over a period of some two hundred years.¹ In the modern common law the employer owes the

¹ At the time of the British industrial revolution in the nineteenth century the courts were aware

employee a non-delegable duty of care.² This means that the employer has to take reasonable care for the health, safety and welfare of the employee. Such duty to take *reasonable* care is automatically incorporated into the contract of employment whether or not it is specifically stated therein. Furthermore, the duty of care is owed *individually* to each em-

that their judgments affected the employer/employee relationship, particularly in respect to damages employers had to pay to their employees for industrial injuries. The insurance industry was in its infancy in those days and employers were not legally compelled to insure for their employees' actions caused in the course of their employment. Being aware of this heavy financial burden imposed upon employers' shoulders, the courts encouraged employees to be responsible for their own safety. Hence the court's decision in *Priestly v Fowler* (1837) 3 M&W 1, to introduce the "doctrine of common employment" whereby the employee took full responsibility for any injury sustained through the negligence of a fellow employee provided that the employer selected a competent fellow employee. (*Bartonshill Coal Co. v Reid* (1856) 3 Macq. 266). It thus became an implied term in the contract of employment of every employee that he/she took full responsibility for any injuries caused by the negligence of fellow employees. It should also be noted that where contributory negligence was established by the employee, such contributory negligence was sufficient to prevent that employee from bringing an action in negligence. (*Senior v Ward* (1859) 1 El.&EL. 385). As times progressed and being aware of the hardship which the doctrine of common employment imposed on employees, the courts and legislature acted in tandem to remedy that hardship. By the end of the nineteenth century the House of Lords (now, since October 2009, called the Supreme Court) in *Smith v Charles Baker & Sons* [1891] A.C. 325 (H.L.) expressed its reluctance in certain circumstances to apply the doctrine of common employment. The common law thus introduced the notion of a non-delegable personal duty of care of the employer towards each employee, thus enabling employees to bring an action for damages for injuries caused by a fellow employee. See *Wilson and Clyde Coal Co. v English* [1938] A.C. 57 (H.L.). By that time the insurance industry developed which enabled employers to insure themselves against such risks. By the end of the nineteenth century, the doctrine of common employment was held in *Groves v Lord Wimborne* [1895–1899] All E.R. 147, not to apply to torts of breaches of statutory duty thus enabling the employee to sue the employer for damages. By the middle of the twentieth century, the doctrine of common employment was abolished by the Law Reform (Personal Injuries) Act 1948. Furthermore, the notion that the employee who contributed to the employer's negligence could not sue the employer was also abolished by the Law Reform (Contributory Negligence) Act, 1945. This Act permitted the courts to apportion damages.

² By analogy the element of "non-delegable duty of care" could have a statutory base such as the Management of Health and Safety at Work Regulations, 1999, where a duty is imposed upon the employer to institute a risk assessment. (See *Uren v Corporate Leisure (U.K.) Ltd* [2001] EWCA Civ. 66).

ployee. In *Paris v Stepney Borough Council*,³ the House of Lords⁴ held the employer liable for not providing goggles to a one eyed employee (even though goggles were not provided to two eyed employees) who was injured in the good eye thus making him totally blind. The employer's duty of care being an *individual* one, greater safety precautions needed to be taken towards vulnerable employees.

It is important to note that the common law duty of care is owed by an employer towards an employee and not to any other type of worker. The courts have battled over many years and formulated numerous tests in order to establish the distinction between an employee working under a contract of service⁵ and an independent contractor working under a contract for services. Limitations of space do not allow for a discussion on this important distinction and the reader is thus referred elsewhere.⁶

Although the duty of care is a *single* duty, that duty is divided for the sake of clarity into four limbs. To comply with the law relating to the non-delegable duty of care, the employer must take reasonable care (a) by employing competent staff; (b) by providing a safe place of work; (c) by providing machinery, plant and equipment which is adequate for the work to be performed; and (d) by running an overall safe system of work.

³ [1951] A.C. 367 (H.L.). See too, *Coxall v Goodyear Great Britain Ltd.* [2003] 1W.L.R. 536 (H.L.) (Asthma sufferer allowed by the employers to work as a paint operator. The employers were held liable for breach of their duty of care.); *McDermid v Nash Dredging and Reclamation Co. Ltd.* [1987] 3 W.L.R. 212 (H.L.) (A deckhand on a tug was injured by mooring ropes when the tug moved off without warning. Negligence was attributed to the captain of the tug. Although the Captain was not employed by the defendants these latter were held liable) and *Payne v Colne Valley Electricity Supply Co. Ltd. and British Insulated Cables Ltd.* [1938] 4 All E.R. 803. These cases show that the courts are prepared to take a generous approach with regard to the personal liability of the employer. See discussion by E. McKendrick in (1990) 53 M.L.R. 773.

⁴ As it was then called. Since 1st October, 2009, the House of Lords has moved to new premises and has been renamed as the Supreme Court.

⁵ A contract of service is also known as a contract of employment.

⁶ For a more detailed discussion see J. Carby-Hall, *New Frontiers of Labour Law: Dependent and Autonomous Workers*, [in:] *Du Travail Salarié au Travail Indépendant: Permanences et Mutations*, Bruno Veneziani and Umberto Carabelli (Eds) (2003) Volume 3 of the SOCRATES Programme. Cacucci Editore Bari, Italy at pp.163 to 308 and particularly at pp.246 to 282.

With regard to the employment of competent staff it was held in *Hudson v Ridge Manufacturing Co.*⁷ that the employer, – by allowing the employee over a number of years to trip fellow employees and carry out “horse play” which culminated in causing injury to the plaintiff, – breached his duty of care despite of the fact that the employer knowing of these practices reprimanded the plaintiff on numerous previous occasions. The employer should have taken stronger disciplinary measures to stop these practices from occurring. Part of the employer’s duty of care is to keep the workplace safe.⁸ In *Latimer v A.E.C. Ltd.*⁹ the employer was held to have exercised a reasonable duty of care when, as a result of an unusually heavy rain storm, the floor of the factory was flooded. The plaintiff slipped and injured himself. The employer had acted reasonably in the circumstance when sawdust and sand were applied to the floors.¹⁰ The third limb of the duty of care is the provision and maintenance of adequate plant, machinery and tools for the work to be performed in a safe manner. The employer’s duty is not such that the latest equipment should be purchased. So long as the equipment is safe for the job it is to perform and is properly maintained, this would be sufficient to meet the requirements of the law which provides for a *reasonable* duty of care. In *Davie v New Merton Board Mills Ltd.*¹¹ their Lordships held that the employer had not breached his duty of care when a metal particle from a machine hit the plaintiff’s left eye which made him lose his sight. That machine had been bought from a reputable supplier and having had a latent defect the employer was not to know, upon reasonable inspection, of that defect.¹² *Davie’s case* has

⁷ [1957] 2 Q.B. 348. Cf. *Smith v Crossley Brothers Ltd.* (1951) Sol. Jo. 655. See too *Speed v Swift (Thomas) and Co. Ltd.* [1943] 1 All E.R. 539.

⁸ See *Ashdown v Samuel Williams & Sons. Ltd.* [1956] 3 W.L.R. 1104 (C.A.) See too Lord Porter’s dictum in *London Graving Dock Co. V Horton* [1951] 2 All.E.R.1 at p 5 where he emphasises the fact that the employer’s duty of care owed to the employee is higher than that owed to an invitee.

⁹ [1952] 2 Q.B. 701.

¹⁰ See too *Donachey v Boulton and Paul Ltd.*[1967] K.I.R. 787 (H.L.).

¹¹ [1959] 2 W.L.R. 331 (H.L.).

¹² See the constructive criticism made by C.J. Hamson in (1959) C.L.J. 157. and B.A. Hepple (1970) C.L.J. 25 See too *Davidson v Handley Page Ltd.* [1945] 1 All E.R. 235 (C.A.) where it was held that the obligation of the employer to provide safe appliances covers all acts which are reasonably incidental to the daily work.

been reversed by statute some years later thus making the employer liable in such circumstances.¹³ The employee may still bring an action against the manufacturer if he/she can prove (i) that the defective equipment was the *cause* of the accident and (ii) that on the balance of probabilities the defect, whether patent or latent, was due to the *fault* of the manufacturer. The 1969 Act confirms that the rules relating to contributory negligence apply.¹⁴ The fourth limb of the employer's duty of care treats the provision of a safe system of work. The employer has a duty to take reasonable care in supervising the work performed by the employee and organise the method in which the work is to be performed. This includes giving employees adequate training, proper and clear instructions and guidance. Furthermore the employer has a duty to see that all instructions are followed. The more dangerous and complex the work, the greater is the employer's duty of care to provide a system of work which is safe. In *General Cleaning Contractors v Christmas*¹⁵ the employer was held liable for not providing a safe system of work when proper instructions were not given to window cleaners who were standing on window sills while cleaning the outside part of a sash window and when a sash broke causing the window to shut abruptly thus causing injury to the cleaner.¹⁶

¹³ This House of Lords case has since been reversed by the Employer's Liability (Defective Equipment) Act 1969 which provides that where an employee is injured in the course of his employment by defective equipment which has been purchased by the employer for the purposes of the employer's business and the defect is due either wholly or partly to the fault of an identified or unidentified third party (e.g. the manufacturer) the fault will nevertheless be deemed to be that of the employer. Machinery covered extends to plant, aircraft, vehicles, clothing, sunken ships (*Coltman v Bibby Tankers Ltd. (The Derbyshire)* [1988] 3 W.L.R. 11h1 (H.L.)) and flagstones which broke and injured the plaintiff (*Knowles v Liverpool City Council* [1993] 1 W.L.R. 1428). See too Employer's Liability (Defective Equipment) Act 1969 S. 1 (1) (3).

¹⁴ Employer's Liability (Defective Equipment) Act, 1969 S 1(1) (b).

¹⁵ [1953] A.C. 180 (H.L.).

¹⁶ See too *Drummond v British Building Cleaners Ltd.* [1954] 3 All E.R. 507 and *Smith v Austin Lifts Ltd.* [1959] 1 All E.R. 81. (the employer must take reasonable care depending upon the circumstances); *Woods v Durable Suites Ltd.* [1953] 2 All E.R. 391 (allowances to be made for the imperfections of human nature); *Rees v Cambrian Wagon Works Ltd.* 91964) L.T. 220. (work of a complicated or unusual character); *Olsen v Corry & Gravesend Aviation Ltd* [1936] 3 All E.R. 241 (apprentice's imperfect system of instruction); *James v Hepworth & Grandage Ltd.* [1967] K.I.R. 809 (C.A.) (the bringing to the attention of employees protective spats/clothing); *Bell v Arnott 7 Harrison Ltd.* [1967] 2 K.I.R. 825 (C.A.) (regular inspections of electric drills require-

The employers' common law duty of care with respect to psychiatric illnesses

From the brief discussion which has taken place above it will be readily be noticed that breach of the employer's common law duty of care towards employees related mainly to physical injuries. The reason is that, until recently, little was known about psychiatric illnesses. With the advance in medical science relating to psychiatric illnesses, a significant amount of jurisprudence treating such illnesses has developed in the last twenty five years.

In applying the general rules of the employer's liability, Coleman J. in *Walker v Northumberland County Council*¹⁷ held that the employer's common law duty of care could be extended to cover psychological illnesses.¹⁸ In *Walker*, the employee suffered two nervous breakdowns because of stress at work. The employer should have foreseen after the first nervous breakdown of a second one occurring. The employer should thus have taken measures to reduce the employee's workload. The decision in *Walker* was confirmed in the leading Court of Appeal case of

ment to meet the standard of care needed.). The degree of care which the duty involves must be proportionate to the degree of risk. (See *Northwestern Utilities Ltd. v London Guarantee and Accident Co. Ltd.* [1936] A.C. 108.) Some cases have dealt with situations in which it was difficult to determine whether there was a duty owed to the employee who is injured and how stringent the duty was. (In *Williams v Grimshaw et al.* [1968] 3 K.I.R. 610 the stewardess of a cricket club was injured by robbers while she was carrying money. It was held that the employers were under a duty not to expose her to unnecessary risk, including the risk of injury by criminals, but that in this case they had taken reasonable care for the stewardess's safety. In *Houghton v Hackney Borough Council* [1968] 3 K.I.R. 615 a rent collector was injured by robbers and the issue was whether the employee was properly protected while collecting rents. The court held that the employers were under a duty to take reasonable care to prevent unnecessary risks including criminal injury risks but that they discharged their duty in this case. See too *Cook v Broderip* The Times 27th February, 1968 (cleaner injured by an electric fire while cleaning a flat where the employer was held not liable as a competent electrician was employed).

¹⁷ [1995] 1 All E.R. 737.

¹⁸ For a detailed analysis regarding psychiatric illnesses see J. Carby-Hall, *Mental Illnesses: The British Labour Law Experience* [in:] *Prawo Pracy w Świetle Procesów Integracji Europejskiej – Księga jubileuszowa Professor Marii Matey-Tyrowicz*, eds. J. Wrątny, M. Rycak, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, at pp. 322 to 363. See too a commentary on *Walker's case* by D. Nolan (1995) 24 I.L.J. 660.

*Sutherland v Hatton*¹⁹ in the guidance given to employers by Hale L.J.²⁰ One of the guidelines given by her ladyship was that the employer is entitled to presume that the employee is able to cope with stress or harassment at work unless he knows, or ought to know, otherwise.²¹ In *Hutton*, the plaintiff, a comprehensive school teacher, suffered from a psychiatric illness caused by stress at work. The plaintiff never complained nor asked for assistance from the school and therefore kept the stress she was experiencing a secret. Since the employers were not aware of the situation they were held to be not liable for breach of their duty of care. In *Barber v Somerset County Council*²² however, where the facts were similar to *Hutton's case*, the House of Lords reversed the Court of Appeal's decision and found for the plaintiff. The brief facts of this case were that the plaintiff who was a teacher suffered from a mental breakdown and given a sick note by his general practitioner stating that the plaintiff was suffering from depression caused by stress at work and recommended a three week period of sick leave. On several previous occasions the plaintiff had also expressed his concerns that his workload was affecting his health. The distinction between the *Hutton* and *Barber* decisions was that in the former case Mrs Hutton had not complained to her employer about her stress and her psychiatric illness. The employer could thus not have foreseen the consequences. In *Barber* however, the employers having been alerted, they were held to be in breach of their common law duty of care (in negligence) for not taking appropriate action to remedy or ease the plaintiff's stress and to make the necessary inquiries. Lord Walker made it clear in his judgment that the reasonable and prudent employer "... ought to address the safety of his workers²³ in the light of what he knows or ought to know".

¹⁹ [2002] 2 All E.R. 1 (C.A.).

²⁰ See J. Carby-Hall *op. cit.* at pp. 344 to 346.

²¹ See *ibidem* at p. 345. See too N.J. Mullany, *Containing claims for workplace mental illness* (2002) 118 L.Q.R. 373.

²² [2004] 1 W.L.R. 1089 (H.L.).

²³ Footnote inserted by the author to point out that the employer's common law duty of care applies to the "employee" and not the "worker." His lordship appears to have slipped up in his terminology! See J. Carby-Hall, *op. cit.* SOCRATES Programme (footnote 6 above).

Lest the reader should find any inconsistency between the *Hatton* and *Barber* decisions, Scott-Baker L.J. in the Court of Appeal in *Hartman v South Sussex Mental Health and Community Care NHS Trust*²⁴ made it clear that Hale L.J.'s guidelines (in *Hatton*) were accepted by Lord Walker (in *Barber*) but that each case relating to the common law duty of care, had to be decided upon its own facts and merits based on what a reasonable employer should, or ought to, know about the employee's psychiatric health.²⁵

A concluding thought

It is gratifying to note the important progress which has taken place at common law in recent years! The well established employer's liability for breach of his common law duty of care owed to his employees for physical injuries has now been extended to psychiatric illnesses and injuries.

The test to be applied in the case of psychiatric injury/illnesses is that of foreseeability of a negative reaction which the employee, seen as an individual, might suffer because of work pressures such as stress and harassment. The employer has to take *reasonable* measures to prevent physical and psychiatric illnesses/and injuries from occurring. What is

²⁴ [2005] I.C.R.782 (C.A.).

²⁵ The Court of Appeal in the *Hartman* case (a joint action brought before the Court of Appeal by six plaintiffs) dismissed one of the cases on the grounds that the employer of a nursing auxiliary assisting children with learning difficulties (a) did not owe his employees a higher duty of care than in other occupations and (b) the fact that the employee reported in confidence to the Occupational Health Department the fact that she suffered a nervous breakdown on a previous occasion does not mean that the employer did know, or ought to have known, of the employee's psychiatric illness. In contrast the sixth appeal was upheld in *Melville v Home Office* because the employers agreed that they breached their duty of care in that a reasonable person would have foreseen psychiatric illnesses occurring in those circumstances. These circumstances were that it was foreseeable that a prison healthcare officer, one of whose jobs was to recover the bodies of prisoners who committed suicide, needed the necessary support. Although such support was available, it was not made available to the plaintiff. Scott-Baker L.J. posited "It is illogical to argue that when an employer has foreseen a risk of psychiatric injury to employees exposed to (...) traumatic incidents, such inquiry is not foreseeable."

reasonably foreseeable depends upon the facts of each particular case taking into account the size, resources, and demands made upon of the establishment. The fact that a medical counselling service has been set up in the establishment to give confidential advice to those who suffer from mental disorders may in some circumstances²⁶ exonerate the employer from liability.

In *Walker's case*, Coleman J. based his judgment by applying the known principles of employers' liability. No mention was made in that case of the earlier House of Lords decision in *Alcock v Chief Constable of South Yorkshire Police*²⁷ which required that in psychiatric illness cases a restrictive approach had to be taken.²⁸ In *White v Chief Constable of Yorkshire Police*²⁹ an *obiter dictum* remark was made by Lord Hoffman which referred to *Walker's case* where his lordship made a distinction between (a) claims emanating from the work itself and (b) those originating from seeing others being injured in the course of their employment.³⁰ Although the decision in *Walker* had been questioned for a while, subsequent case law, and in particular *Hatton*, has accepted the reasoning of Coleman J. in *Walker*.³¹

²⁶ But see *Daw v Intel Corporation (U.K.) Ltd.* [2007] 2 All E.R. 126 (C.A.) where the existence of a counselling service in the enterprise did not exonerate the employer from liability. What the employer needed to do was to reduce Mr. Daw's workload.

²⁷ [1992] 1 A.C. 310 (H.L.).

²⁸ See too Lord Steyn's dictum in *White v Chief Constable of South Yorkshire Police* [1999] A.C. 455 (C.A.) which indicated that claims made by employees against their employers in respect of psychiatric illnesses should be subject to the normal rules of the tort of negligence which restrict the recovery of damages.

²⁹ [1999] A.C.455 (C.A.).

³⁰ It will be recalled that in *White* the House of Lords held that the police officers who witnessed and helped the victims of the Hillsborough disaster and who consequently suffered psychiatric illnesses did not succeed in their claim against their employer.

³¹ See too *Corr v I.B.C.* [2008] 1 A.C. 844 (H.L.). See also the Law Commission Report No. 249 entitled "Liability for Psychiatric Illness" (1998) suggesting that the decision in *Walker* represented "(...) a just development in the law." Parameters of space do not allow for further discussion. The reader may wish to consult some important cases heard in the field of psychiatric illnesses/injuries which have not been mentioned in this chapter. They include *Page v Smith* [1996] A.C. 155 (H.L.); *Frost v Chief Constable of South Yorkshire Police* [1999] I.C.R. 216. (H.L.)' *Greatorex v Greatorex et al.* [2000] 4 All E.R. 769 (QBD) and *Majrowski v Guy's and St. Thomas' NHS Trust* [2006] I.C.R. 1199 (H.L.).

Irena Czaja-Hliniak

Wpływ dyrektyw UE na podatki i opłaty związane z transportem drogowym

Wprowadzenie

Globalizacja powoduje konieczność przemieszczania dużej ilości towarów na znaczne odległości, w szczególności transportem drogowym. Wywołuje to szereg skutków społecznych, np. związanych z wykorzystywaniem infrastruktury lub zanieczyszczeniem środowiska. Z kolei rozwój transportu drogowego transeuropejskiego, obejmującego w znacznej mierze Unię Europejską wymaga nie tylko uwzględnienia tych skutków w podatkach i opłatach związanych z transportem drogowym, lecz również harmonizacji tychże podatków i opłat w państwach członkowskich. Celem jest sprawiedliwe obciążenie przewoźników kosztami infrastruktury, zapobieganie niszczeniu dróg oraz emisji zanieczyszczeń. Z drugiej strony obciążenia nie mogą powodować zakłócenia konkurencji między przedsiębiorstwami transportowymi ani ich dyskryminacji oraz zakłóceń rynku wewnętrznego.

Problematyka ta znalazła wyraz w dyrektywach unijnych, a w oparciu o nie w polskich regulacjach krajowych. Pierwotnie regulacje te doty-

czyły podatków akcyzowych, a kolejno podatków pobieranych od posiadania środków transportowych, opłat związanych z wykorzystywaniem infrastruktury drogowej, opłat za przejazdy w postaci tzw. opłaty elektronicznej, opłat za przejazdy autostradami oraz opłat paliwowych.

Do najważniejszych dyrektyw uwzględnionych w ustawodawstwie krajowym należy zaliczyć dyrektywę 1999/62/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 czerwca 1999 r. w sprawie pobierania opłat za użytkowanie niektórych typów infrastruktury przez pojazdy ciężarowe¹ oraz dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/52/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie interoperacyjności systemów elektronicznych opłat drogowych we Wspólnocie², mającą znaczenie dla całego Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Pierwsza z dyrektyw, na gruncie ustawodawstwa krajowego, znalazła wyraz w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych w konstrukcji podatku od środków transportowych³, w Ustawie z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych w konstrukcji opłat za przejazdy⁴, w Ustawie z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych i Krajowym Funduszu Drogowym⁵ także w konstrukcji opłat za przejazdy oraz w ustawie z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym⁶, druga – również w ustawie o drogach publicznych, w zakresie sposobu poboru opłat za przejazdy w postaci tzw. opłaty elektronicznej. Ponadto w rozwiązaniach krajowych uwzględnionych zostało szereg innych dyrektyw dotyczących np. transportu kombinowanego towarów między państwami członkowskimi⁷, mas i wymiarów niektórych kategorii

¹ Dz.U.UE. L. 99.187.42 z 20.07.1999, s. 42, (Dz.U.UE-sp. 07-4-372), ze zm. (istotna zmiana została wprowadzona dyrektywą 2006/38/WE – Dz.U.UE. L. 157 z 09.06.2006, s. 8); zwana dalej dyrektywą 1999/62 w sprawie opłat.

² Dz.U.UE. L. 04.166.124 (Dz.U.UE-sp.13-34-856), ze zm.; zwana dalej dyrektywą 2004/52 w sprawie elektronicznych opłat drogowych.

³ Tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. Nr 95, poz. 613, ze zm. – art. 8-12b.

⁴ Tekst jedn. Dz.U. z 2007 r. Nr 19, poz. 115, ze zm. – art. 13-13l; zwana dalej ustawą o drogach.

⁵ Tekst jedn. Dz.U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2571, ze zm.); zwana dalej ustawą o autostradach i Funduszu.

⁶ Tekst jedn. Dz.U. z 2007 r. Nr 125, poz. 874, ze zm.

⁷ Dyrektywa 92/106/EWG z dnia 7 grudnia 1992 r. w sprawie ustanowienia wspólnych zasad dla niektórych typów transportu kombinowanego towarów między państwami członkowskimi (Dz. Urz.WE. L 368 z 17.12.1992).

pojazdów⁸, dopuszczalnych wymiarów i obciążeń dla pojazdów⁹ czy norm emisji dla samochodów¹⁰.

Dyrektywa 1999/62 w sprawie opłat za użytkowanie infrastruktury¹¹

Dyrektywa 1999/62 w sprawie pobierania opłat za użytkowanie niektórych typów infrastruktury przez pojazdy ciężarowe zawiera ograniczenie zakresu przedmiotowego tylko do niektórych typów infrastruktury oraz do użytkowania jedynie przez pojazdy ciężarowe. Jak zaznaczono we wstępie, w państwach członkowskich powstała konieczność dokonania harmonizacji systemów obciążeń oraz ustanowienia spr-

⁸ Dyrektywa 97/27/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 lipca 1997 r. odnosząca się do mas i wymiarów niektórych kategorii pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz zmieniająca dyrektywę 70/156/EWG (Dz.Urz.WE. L 233 z 25.8.1997).

⁹ Dyrektywa Rady 96/53/WE z dnia 25 lipca 1996 r. ustanawiająca dla niektórych pojazdów drogowych poruszających się na terytorium wspólnoty maksymalne dopuszczalne wymiary w ruchu krajowym i międzynarodowym oraz maksymalne dopuszczalne obciążenia w ruchu międzynarodowym (Dz.Urz.WE. L 235 z 17.9.1996).

¹⁰ Dyrektywa Rady 70/220/EWG z dnia 20 marca 1970 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do działań, jakie mają być podjęte w celu ograniczenia zanieczyszczenia powietrza przez emisje z pojazdów silnikowych (Dz.U.U.E. L 76 z 06.04.70, s. 1, ze zm., Dz.U.U.E-sp., r. 13, t. 1, s. 64 ze zm.); dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/55/WE z dnia 28 września 2005 r. w sprawie homologacji typu pojazdów ciężkich i silników do nich w odniesieniu do emisji zanieczyszczeń (Euro IV i V) (Dz.U.U.E. L 275 z 20.10.2005, s. 1 ze zm.); rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 715/2007/WE z dnia 20 czerwca 2007 r. w sprawie homologacji typu pojazdów silnikowych w odniesieniu do emisji zanieczyszczeń pochodzących z lekkich pojazdów pasażerskich i użytkowych (Euro 5 i Euro 6) oraz w sprawie dostępu do informacji dotyczących naprawy i utrzymania pojazdów (Dz.U.U.E. L 171 z 29.06.2007, s. 1 ze zm.). Por. również rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 443/2009/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. określające normy emisji dla nowych samochodów osobowych w ramach zintegrowanego podejścia Wspólnoty na rzecz zmniejszenia emisji CO₂ z lekkich pojazdów dostawczych (Dz.U.U.E. L 140 z 05.06.2009).

¹¹ Dyrektywa 1999/62 dotycząca opłat za przejazdy, a także krajowe regulacje opłat za przejazdy po drogach, mostach, przez tunele, przeprawy promowe oraz za parkowanie zawarte w ustawie o drogach publicznych zostały szczegółowo przedstawione w opracowaniu *Dyrektywy unijne a opłaty drogowe*, oddanym do publikacji w Księdze Pamiątkowej prof. dr hab. Wandy Wójtowicz, UMCS i KUL, Lublin, wobec czego zostaną przedstawione skrótowo w niniejszym tekście.

wiedliwych mechanizmów obciążania przewoźników kosztami infrastruktury. Harmonizacja systemów obciążeń została osiągnięta drogą przyjęcia dyrektywy Rady 92/81/EWG w sprawie harmonizacji struktury podatków akcyzowych od olejów mineralnych¹² oraz dyrektywy Rady 92/82/EWG w sprawie zbliżenia stawek podatków akcyzowych od olejów mineralnych¹³. Aktualnie dostosowanie krajowych systemów obciążeń powinno ograniczać się do pojazdów komercyjnych posiadających z ładunkiem wagę brutto powyżej określonej wartości. W związku z tym należy ustanowić stawki minimalne dla podatków transportowych. Ponadto należy zachęcać do użytkowania pojazdów nieniszczących dróg i emitujących mniejszą ilość zanieczyszczeń.

Dyrektywa stwierdza, że mogą być utrzymywane lub wprowadzane opłaty za przejazd lub obciążenia użytkowników z tytułu korzystania z autostrad; przy czym oba te świadczenia mogą występować łącznie. Oprócz tego państwa członkowskie winny być uprawnione do pobierania opłat za korzystanie z mostów, tuneli oraz przełęczy górskich. Stawki opłat za korzystanie z infrastruktury muszą być wyliczane w oparciu o czas trwania użytkowania danej infrastruktury oraz muszą być zróżnicowane pod względem kosztów, jakie powodują pojazdy drogowe. W celu zapewnienia jednolitego stosowania opłat należy ustanowić m.in. maksymalne poziomy niektórych stawek czy wyliczanie opłat na podstawie średniej ważonej. Opłaty za przejazd powinny być związane z kosztami budowy, eksploatacji oraz rozwoju danej sieci infrastruktury. Państwa członkowskie powinny przeznaczać na ochronę środowiska oraz na rozwój sieci transportowych część wpływów uzyskanych z obu rodzajów opłat. Dyrektywa przewiduje stosowanie zasady terytorialnej. Jednak państwa mogą współpracować dla wprowadzenia wspólnego systemu opłat za korzystanie z infrastruktury.

Tak więc dyrektywa zakresem przedmiotowym regulacji obejmuje trzy instytucje: podatki transportowe, opłaty za przejazd oraz opłaty za korzystanie z infrastruktury (art. 1). Wprowadza jednak szereg

¹² Z dnia 19 października 1992 r. (Dz.U.UE. L. 316 z 31.10.1992, s. 12, ze zm.).

¹³ Z dnia 19 października 1992 r. (Dz.U.UE. L. 316 z 31.10.1992, s. 19, ze zm.).

zwolnień przedmiotowych. W art. 2 zawarte zostało określenie szeregu pojęć dla potrzeb dyrektywy. Na przykład „opłata za przejazd” oznacza określoną kwotę, którą należy uiścić za przejazd pojazdem danej odległości, korzystając z infrastruktury, przy czym kwotę wylicza się w oparciu o przejechaną odległość oraz rodzaj pojazdu, a „opłata za korzystanie z infrastruktury” oznacza określoną kwotę, której zapłata daje pojazdowi prawo do korzystania przez dany okres z infrastruktury.

Dyrektywa zawiera regulacje dotyczące podatków od pojazdów samochodowych¹⁴. Do katalogu wymienionych podatków zaliczony został polski podatek od środków transportowych¹⁵.

Dyrektywa stwarza ramy dla obu kategorii opłat, czyli za przejazd i za korzystanie z infrastruktury¹⁶. Opłaty te mogą być utrzymywane i wprowadzane przez państwa członkowskie w obrębie transeuropejskiej sieci drogowej wyłącznie na warunkach ustalonych dyrektywą. Oprócz tego państwa mają prawo do stosowania obu opłat (na warunkach regulacji krajowych) na drogach nienależących do transeuropejskiej sieci drogowej, w tym na drogach równoległych. Możliwość stosowania tych opłat została ograniczona wyłącznie do pojazdów o dopuszczalnej masie całkowitej nie mniejszej niż 12 ton. Do pojazdów o mniejszej masie stosowane mogą być opłaty tylko na warunkach określonych w dyrektywie. Opłaty będą miały zastosowanie do wszystkich pojazdów od 2012 roku. Opłaty za przejazd i opłaty za korzystanie z infrastruktury w zasadzie nie mogą być pobierane równocześnie za korzystanie z tych samych odcinków dróg. Jednakże mogą być pobierane opłaty za przejazd na sieciach dróg w miejscach gdzie pobierane są opłaty za korzystanie z mostów, tuneli oraz przełęczy górskich. Przy stosowaniu zniżek i ulg w zakresie określonym dyrektywą musi być zachowana ich górna granica w wysokości 13% opłaty za przejazd.

¹⁴ Rozdz. II, Podatki od pojazdów samochodowych (art. 3–6).

¹⁵ Bliższe omówienie tego zagadnienia wraz z krajową regulacją wykracza jednak poza ramy niniejszego opracowania.

¹⁶ Rozdz. III, Opłaty za przejazd oraz opłaty za korzystanie z infrastruktury (art. 7–8a).

Dyrektywa wprowadza także odrębne regulacje dotyczące poszczególnych rodzajów opłat. I tak opłaty za korzystanie z infrastruktury nie mogą przekraczać maksymalnych stawek określonych dyrektywą. Stawki te muszą być proporcjonalne do czasu korzystania z infrastruktury. Z kolei opłaty za przejazd mogą opierać się wyłącznie na zasadzie zwrotu kosztów infrastruktury. W szczególności muszą być powiązane z kosztami budowy oraz kosztami eksploatacji, utrzymania¹⁷ oraz rozwoju danej sieci infrastruktury. Uwzględnia się różnorodne koszty, jednakże po 10 czerwca 2008 r. państwa zobowiązane są przy ustalaniu kosztów do stosowania metodologii szczegółowo określonej w dyrektywie¹⁸. O wszelkich indywidualizacjach systemu opłat za przejazd, zmianach czy nowych systemach opłat na drogach równoległych do transeuropejskiej sieci państwa muszą zawiadamiać Komisję. Państwa mogą stosować zróżnicowane stawki opłat za przejazd na warunkach i w celach przewidzianych dyrektywą.

W wyjątkowych przypadkach dotyczących infrastruktury w rejonach górskich możliwe jest pobieranie dopłaty¹⁹ obok opłaty za przejazd określonymi odcinkami dróg, a mianowicie zatłoczonymi w znacznym stopniu oraz jeśli użytkowanie ich przez pojazdy powoduje znaczne szkody w środowisku. Górna granica dopłat wynosi 15% opłaty za przejazd, a w przypadku infrastruktury w rejonach górskich – 25%.

Dyrektywa dopuszcza niedyskryminacyjne stosowanie przez państwa szeregu innych obciążeń, np. specjalnych podatków lub opłat pobieranych przy rejestracji pojazdów, nakładanych na pojazdy lub ładunki o ponadnormatywnych masach lub wymiarach, opłat parkingowych lub specjalnych opłat za poruszanie się pojazdów po obszarach miejskich. Państwa mogą również stosować opłaty regulacyjne zapobiegające tworzeniu się zatorów lub przeciwdziałające negatywnym

¹⁷ W tym zakresie spełniają wymogi prawnofinansowej instytucji dopłat publicznych. Por. I. Czaja-Hliniak, *Prawnofinansowa instytucja dopłat jako forma pozapodatkowych danin publicznych*, Wyd. SPES, Kraków 2006, s. 63.

¹⁸ W zał. nr III – Podstawowe zasady alokacji kosztów i obliczania opłat za przejazd.

¹⁹ Nazwa dopłaty nie określa tu rodzaju instytucji, a jedynie dodatkową (sankcyjną) należność.

skutkom dla środowiska naturalnego na wszelkich drogach, a szczególnie w obszarze miejskim, w tym na drogach należących do transeuropejskiej sieci drogowej przechodzących przez obszar miejski.

Opłaty przewidziane w Ustawie o drogach publicznych

Ustawa o drogach publicznych przewiduje kilka rodzajów opłat, w tym opłaty elektroniczne, a także opłaty o charakterze sankcyjnym i inne kary. Do opłat obowiązkowych należą opłaty za przejazdy po drogach publicznych pojazdów nienormatywnych oraz opłaty za parkowanie pojazdów samochodowych na drogach publicznych w strefie płatnego parkowania²⁰. Do fakultatywnych należą opłaty za przejazdy przez obiekty mostowe i tunele zlokalizowane w ciągach dróg publicznych oraz opłaty za przeprawy promowe na drogach publicznych (art. 13 ust. 1 i 2)²¹.

Z dyrektywą powiązane są głównie opłaty za przejazdy pojazdu nienormatywnego. Stawki opłat i sposób obliczania kwoty są zróżnicowane przedmiotowo. Opłata za jednorazowy przejazd ustalana jest jako iloczyn liczby kilometrów przejazdu i stawki opłaty za przekroczenie dopuszczalnej wielkości parametru pojazdu. Wielkości parametrów oraz kwotowe stawki opłaty określone są w ustawie²². Opłatę ustala i pobiera Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad lub upoważniona przez niego państwowa lub samorządowa jednostka organizacyjna. Stawki opłat za jednorazowy przejazd po drogach krajowych pojazdu, który przekracza granicę państwa, są kwotowe (kwota opłaty) zależne od: przekroczenia długości pojazdu i szerokości lub nacisków osi. Opłata pobierana jest przy wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przez naczelnika urzędu celnego. Opłatę za przejazdy na podstawie zezwolenia na czas określony ustala się jako iloczyn liczby

²⁰ Zwane dalej odpowiednio opłatą za przejazd oraz opłatą za parkowanie.

²¹ Opłaty te można uznać za opłaty z tytułu korzystania z infrastruktury.

²² Zał. nr 1.

dni ważności zezwolenia i kwotowej stawki opłaty dziennej zależnej od przekroczenia szerokości lub długości pojazdu. W przypadku zezwolenia na czas nieokreślony opłata jest kwotowa, stała (20 zł). Opłaty w przypadku zezwoleń ustala i pobiera starosta. Wszystkie rodzaje opłat ustalane są przy udzielaniu zezwolenia na przejazd w drodze decyzji administracyjnej. Za przejazd po drogach publicznych pojazdów nienormatywnych bez zezwolenia lub niezgodnie z warunkami zezwolenia wymierzana jest kara pieniężna, w drodze decyzji administracyjnej (art. 13g). Wysokość kar ustalona jest w ustawie²³.

Fakultatywny charakter mają opłaty za przejazd mostowy lub tunel, którego długość jest większa niż 400 m (art. 14d). Opłaty są zróżnicowane pod względem przedmiotowym, w zależności od kategorii pojazdu. Ustawa określa górne granice opłat. Kompetencje do wprowadzania opłaty dla obiektów mostowych zależą od ich zlokalizowania. Minister infrastruktury może wprowadzić i ustalić wysokość opłaty dla obiektów mostowych zlokalizowanych w ciągach dróg, których zarządcą jest Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad albo dla których funkcję zarządcy drogi pełni drogowa spółka specjalnego przeznaczenia²⁴. Natomiast organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego²⁵, w drodze uchwały, może wprowadzić i ustalić wysokość opłaty dla obiektów mostowych zlokalizowanych w ciągach dróg, których zarządcą jest JST.

Opłata za przejazd przez tunel również jest zróżnicowana w zależności od kategorii pojazdów i posiada ustawowo określoną górną granicę. Kompetencje do jej wprowadzania i ustalania wysokości są takie same jak w przypadku obiektów mostowych. Tak minister infrastruktury, jak i organ stanowiący JST mogą ponadto wprowadzić opłaty abonamentowe lub zryczałtowaną oraz zerową stawkę opłaty dla niektórych użytkowników drogi. Opłaty pobiera zarząd drogi. Opłaty może również pobierać drogowa spółka specjalnego przeznaczenia, która pełni funkcję zarządcy drogi krajowej.

²³ Zał. nr 2.

²⁴ Utworzona w trybie ustawy z dnia 12 stycznia 2007 r. o drogowych spółkach specjalnego przeznaczenia (Dz.U. Nr 23, poz.136).

²⁵ Zwanej dalej JST.

Opłata za przeprawy promowe na drogach publicznych może być pobierana za przewóz promem osób, zwierząt, bagażu lub pojazdów (art. 13e). Stosowane są zwolnienia o charakterze podmiotowym i przedmiotowym, stawki zróżnicowane są w zależności od rodzaju przewozu, a dodatkowo od kategorii pojazdów oraz posiadają górną, ustawową granicę. Kompetencje do wprowadzania i ustalania opłat oraz poboru mają w zależności od zlokalizowania przeprawy promowej minister infrastruktury lub organ stanowiący JST. Mogą być również wprowadzane opłaty abonamentowe lub zryczałtowane oraz zerowe stawki opłaty. Opłaty pobiera zarząd drogi, w której ciągu jest zlokalizowana przeprawa promowa, a w przypadku jego braku zarządca drogi.

Drugim rodzajem opłat o charakterze obligatoryjnym są opłaty za parkowanie pojazdów samochodowych na drogach publicznych w strefie płatnego parkowania (art. 13b). Strefy płatnego parkowania określa rada gminy (miasta), ustalając jednocześnie wysokość stawek, z uwzględnieniem ustawowych górnych granic, a także sposób poboru. Mogą być również stosowane opłaty abonamentowe lub zryczałtowane oraz zerowe stawki opłaty. W razie nieuiszczenia opłaty pobierana jest opłata dodatkowa (art. 13f).

Opłaty z tytułu parkowania pojazdów, przejazdu pojazdów nienormatywnych, przejazdów przez obiekty mostowe i tunele, przepraw promowych, opłaty dodatkowe oraz kary pieniężne z tytułu przejazdów pojazdów nienormatywnych bez zezwolenia są przekazywane odpowiednio do budżetów JST lub na wyodrębniony rachunek bankowy Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (art. 40a); opłaty za przejazdy pojazdów nienormatywnych, których trasa przebiega przez granice państwa, wyłącznie na rzecz Generalnej Dyrekcji. Niektóre z opłat mogą również stanowić przychody spółki specjalnego przeznaczenia. Środki z opłat i kar gromadzone na wyodrębnionym rachunku Generalnej Dyrekcji Dróg stanowią źródło tworzenia Krajowego Funduszu Drogowego z przeznaczeniem na budowę lub przebudowę dróg krajowych, drogowych obiektów inży-

nierskich i przepraw promowych oraz na zakup urządzeń do ważenia pojazdów.

Stosowana jest również instytucja przedawnienia – 5 lat, licząc od końca roku kalendarzowego, w którym opłaty lub kary winny być uiszczone. Do opłat i kar stosuje się zasady kodeksu postępowania administracyjnego²⁶, czyli nie stosuje się²⁷ Ordynacji podatkowej²⁸, co rodzi szereg negatywnych konsekwencji w zakresie ustalania i poboru opłat.

Dyrektywa 2004/52 w sprawie elektronicznych opłat drogowych

Dyrektywa 2004/52 w sprawie interoperacyjności systemów elektronicznych opłat drogowych we Wspólnocie czyni szereg założeń natury ogólnej (wstęp). W celu osiągnięcia właściwego poziomu interoperacyjności na poziomie europejskim przyjęto konieczność zharmonizowania systemów elektronicznego pobierania opłat (EFC). Pojęciem systemu opłat elektronicznych objęto wspólnie opłaty pobierane w celu finansowania kosztów infrastruktury drogowej, a także opłaty za korzystanie z dróg. Systemy funkcjonujące w państwach członkowskich nie były całkowicie kompatybilne. Przyjęto konieczność zapewnienia powszechnego wykorzystywania systemów opłat elektronicznych w państwach członkowskich oraz sąsiednich. Systemy EFC powinny być interoperacyjne, oparte na jawnych i powszechnych normach oraz dostępne na zasadach niedyskryminacyjnych. Powinny zostać usunięte bariery funkcjonowania rynku wewnętrznego, przy równoczesnym umożliwieniu państwom członkowskim oraz Wspólnocie realizowania nadal różnych polityk w zakresie opłat drogowych na poziomie

²⁶ Por. K. Sobieralski, *Reklamacja należnych opłat dodatkowych*, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2010, nr 4, s. 61.

²⁷ Por. K. Sobieralski, *Dodatkowa opłata za parkowanie w strefie płatnego parkowania*, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2009, nr 2, s. 22.

²⁸ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60, ze zm.), zwana dalej Ordynacją podatkową.

lokalnym, krajowym i międzynarodowym. Urządzenia techniczne instalowane w pojazdach winny umożliwiać realizowanie tych polityk zgodnie z zasadami niedyskryminacji pomiędzy obywatelami państw członkowskich. Interoperacyjne systemy EFC przyczyniają się do zmniejszenia wypadków, czyli zwiększają bezpieczeństwo drogowe, ograniczają liczbę transakcji gotówkowych oraz likwidują zatory przy punktach pobierania opłat. Ograniczają również negatywny wpływ na środowisko naturalne pojazdów oczekujących i ponownie uruchamianych w razie zatorów przy punktach poboru opłat, a także wpływ na środowisko instalowanych nowych punktów lub rozbudowywanych już istniejących. EFC umożliwia automatyczne obciążanie rachunków bankowych lub rachunków kart płatniczych założonych w całej Wspólnocie. Przy wprowadzaniu EFC winna być zachowana zasada, iż koszty wdrażania systemów przez użytkowników dróg winny być nieznaczne w porównaniu z korzyściami dla tychże użytkowników oraz dla społeczeństwa jako całości. System winien być niedyskryminacyjny pomiędzy krajowymi użytkownikami dróg a użytkownikami dróg z innych państw członkowskich. Dyrektywa przy tym nie narusza swobody państw w zakresie ustalania zasad pobierania opłat z tytułu infrastruktury oraz zasad opodatkowania.

W treści dyrektywa porusza szereg różnorodnych kwestii. Określa warunki niezbędne do zapewnienia interoperacyjności systemów elektronicznych opłat drogowych we Wspólnocie. Stosuje się ją do elektronicznego pobierania wszystkich rodzajów opłat drogowych, w ramach całej wspólnotowej sieci drogowej, miejskich, międzymiastowych autostrad, dróg różnej wielkości oraz konstrukcji, takich jak tunele, mosty oraz promy. Dyrektywa nie znajduje zastosowania do opłat drogowych, dla których nie funkcjonuje pobieranie środkami elektronicznymi, do opłat drogowych, które nie wymagają instalowania urządzeń pokładowych oraz do ściśle lokalnych systemów opłat drogowych w stosunku do których koszty dostosowania do dyrektywy byłyby nieproporcjonalne do korzyści. Dla potrzeb osiągnięcia interoperacyjności stworzono europejską usługę opłaty elektronicznej. Ma

ona charakter uzupełniający wobec krajowych usług opłaty elektronicznej w państwach członkowskich²⁹.

Dla wszystkich systemów EFC wprowadzanych przez państwa od 1 stycznia 2007 r. przewidziano zastosowanie jednej z określonych dyrektywą technologii. Urządzenia pokładowe winny umożliwić korzystanie ze wszystkich systemów opłat elektronicznych funkcjonujących w państwach członkowskich. W odpowiednich przypadkach urządzenia pokładowe mogą być połączone z elektronicznym tachografem pojazdu³⁰.

Dyrektywa przewidziała stworzenie wspomnianej europejskiej usługi opłaty elektronicznej, która obejmuje wszystkie sieci drogowe we Wspólnocie, w których opłaty lub opłaty za użytkowanie dróg pobierane są środkami elektronicznymi. Usługa ta odnosi się jedynie do sposobu pobierania opłat. Usługa jest więc niezależna od decyzji państw nakładających opłaty na określone rodzaje pojazdów, od poziomu opłat oraz od ich celu. Państwa posiadające krajowe systemy elektronicznego pobierania opłat zobowiązane są do zapewnienia przez operatorów europejskiej usługi opłaty elektronicznej zgodnie z przewidzianym dyrektywą harmonogramem. Europejska usługa wykorzystuje rozwiązania techniczne określone dyrektywą dla systemów krajowych³¹. Oprócz kwestii technicznych związanych z wprowadzeniem europejskiej usługi opłaty elektronicznej dyrektywa reguluje kwestie proceduralne i prawne (załącznik).

Opłata elektroniczna

Odrębnie określony jest w ustawie o drogach publicznych tryb ustalania i poboru opłaty w formie elektronicznej. Ma on szczególnie aktu-

²⁹ Art. 1 – cel i zakres.

³⁰ Art. 2 – rozwiązania techniczne.

³¹ Art. 3 – stworzenie europejskiej usługi opłaty elektronicznej, art. 4 – charakterystyka europejskiej usługi...

alne znaczenie, ponieważ nowe rozwiązania wchodzi w Polsce w życie z dniem 1 lipca 2011 r.³² Obowiązek uiszczania opłat został rozszerzony na opłaty (zwane w ustawie opłatami elektronicznymi) za przejazdy po drogach krajowych pojazdów samochodowych³³, za które uważa się także zespół pojazdów składający się z pojazdu samochodowego oraz przyczepy lub naczepy o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 3,5 tony, w tym autobusów niezależnie od ich dopuszczalnej masy całkowitej³⁴.

Zgodnie z art. 13ha opłata elektroniczna jest pobierana za przejazd po drogach krajowych lub ich odcinkach, określonych przez Radę Ministrów³⁵. Opłata elektroniczna ustalana jest jako iloczyn liczby kilometrów przejazdu i stawki opłaty za kilometr dla danej kategorii pojazdu. Ustawa ustaliła trzy kategorie pojazdów: dwie dla pojazdów samochodowych w zależności od dopuszczalnej masy całkowitej (powyżej 3,5 tony i poniżej 12 ton oraz co najmniej 12 ton) oraz trzecią dla autobusów. Ustawa określiła dwie górne granice stawek: nie wyższą niż 2 zł oraz w postaci stawki obliczonej zgodnie ze szczegółowymi przepisami. A mianowicie Rada Ministrów określa szczegółową metodę obliczania maksymalnej stawki opłaty elektronicznej za przejazd 1 km drogi krajowej, uwzględniając koszty budowy drogi krajowej lub jej odcinka, w tym koszty finansowe, koszty utrzymania, koszty remontów, ochrony oraz zarządzania drogą, koszty poboru opłaty oraz inne koszty eksploatacji³⁶. Rozporządzenie ustaliło metodę obliczania mak-

³² Dz.U. z 2008 r. Nr 218, poz. 1391.

³³ W rozumieniu art. 2 pkt 33 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. Nr 108, poz. 908, ze zm.); zwanej dalej: Prawo o ruchu drogowym.

³⁴ Od opłat tych są zwolnione pojazdy: 1) Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, a także sił zbrojnych państw obcych, jeżeli umowa międzynarodowa, której Rzeczpospolita Polska jest stroną, tak stanowi; 2) służb ratowniczych, Straży Granicznej, Biura Ochrony Rządu, Służby Więziennej, Inspekcji Transportu Drogowego, Służby Celnej oraz Policji; 3) zarządcy dróg krajowych wykorzystywane do utrzymania tych dróg.

³⁵ Rozp. Rady Ministrów z dnia 22 marca 2011 r. w sprawie dróg krajowych lub ich odcinków, na których pobiera się opłatę elektroniczną, oraz wysokości stawek opłaty elektronicznej (Dz.U. Nr 80, poz. 433).

³⁶ Rozp. Rady Ministrów z dnia 22 marca 2011 r. w sprawie obliczania maksymalnej stawki opłaty elektronicznej (Dz.U. Nr 77, poz. 417).

symalnych stawek opłat odrębnie dla określonych klas dróg krajowych lub ich odcinków³⁷.

Rada Ministrów ustala również wysokość stawek opłaty elektronicznej za przejazd kilometra dla danej kategorii pojazdu, kierując się potrzebą utrzymania i ochrony dróg istotnych dla rozwoju sieci drogowej, kosztami poboru opłaty elektronicznej oraz klasą drogi, na której pobierana jest opłata. Rada Ministrów może różnicować stawki opłaty ze względu na liczbę osi, emisję spalin pojazdu samochodowego, porę dnia, kategorię dnia i porę roku, mając na uwadze zapewnienie potrzeb ochrony środowiska, płynności ruchu, ochronę dróg publicznych, optymalizację wykorzystania struktury transportu lądowego, a także propagowanie bezpieczeństwa ruchu drogowego. Aktualnie Rada Ministrów wprowadziła stawki zróżnicowane według kryteriów przedmiotowych, a to: według pięciu klas pojazdów w euro w zależności od limitów emisji spalin, dopuszczalnej masy całkowitej pojazdów samochodowych oraz dla autobusów. Rada Ministrów posiada ponadto uprawnienie do wprowadzania stawek abonamentowych dla niektórych użytkowników dróg krajowych w wysokości nie mniejszej niż 87% stawki opłaty elektronicznej, z zachowaniem zasady przejrzystości i niedyskryminacji.

Opłatę elektroniczną pobiera Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad. Stanowi ona przychód Krajowego Funduszu Drogowego. Minister właściwy do spraw transportu, za zgodą Rady Ministrów, może powierzyć przygotowanie, wdrożenie, budowę lub eksploatację systemu elektronicznego poboru opłat, w tym pobór opłaty, drogowej spółce specjalnego przeznaczenia. Ponadto Generalny Dyrektor albo drogowa spółka, po odpowiednich uzgodnieniach, mogą powierzyć budowę lub eksploatację systemu wraz z poborem opłat innemu podmiotowi, czyli tzw. operatorowi, w drodze umowy w trybie zamówień publicznych. Uiszczanie opłat następuje w systemie elektronicznego

³⁷ Klasy dróg w rozumieniu § 4 ust. 1 rozp. Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim odpowiadać powinny drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz.U. Nr 43, poz. 430, ze zm).

poboru opłat określonego ustawą, z tym, że podmioty pobierające opłaty mogą umożliwić użytkownikom dróg krajowych uiszczenie tych opłat bez konieczności instalacji wymaganych w zasadzie urządzeń³⁸.

Systemy elektronicznego poboru opłat, jak również pobór opłat za przejazd autostradą³⁹, winny wykorzystywać jedną z ustawowo określonych technologii, m.in. lokalizację satelitarną czy system łączności GSM-GPRS. Podmioty pobierające opłaty powinny umożliwiać świadczenie europejskiej usługi elektronicznej⁴⁰. Powinny również oferować urządzenia potrzebne do poboru tych opłat do instalacji w pojazdach samochodowych. Urządzenia winny być interoperacyjne i zdolne do komunikowania się między systemami elektronicznego poboru opłat na terytorium Polski oraz wszystkimi systemami używanymi na terytorium pozostałych państw członkowskich UE. Urządzenia mogą być połączone z zainstalowanym w pojeździe samochodowym tachografem. Powyższe regulacje nie mają zastosowania do systemów opłat, których poboru nie dokonuje się środkami elektronicznymi, do systemów elektronicznych opłat, które nie wymagają instalowania w pojazdach specjalnych urządzeń, oraz do systemów opłat wprowadzanych na drogach powiatowych i gminnych, w odniesieniu do których koszty dostosowania do ustawowych wymagań są niewspółmiernie wysokie do korzyści⁴¹.

Ustawa przewiduje również kary pieniężne (art. 13k) za przejazdy bez uiszczenia opłaty elektronicznej (3000 zł) lub bez uiszczenia opłaty w pełnej wysokości (1500 zł). Kary pieniężne wymierzone są również kierującemu pojazdem z tytułu niewłączenia urządzeń, nie wprowadzenia do urządzeń prawidłowych danych, używania urządzeń niezgodnie z przeznaczeniem, a także w razie niezjechania z drogi objętej

³⁸ Art. 13hb–13hd.

³⁹ O czym niżej.

⁴⁰ Minister właściwy do spraw transportu, po odpowiednich uzgodnieniach, po wydaniu przez Komisję Europejską przepisów w sprawie europejskiej usługi opłaty elektronicznej, określi szczegółowe dane dotyczące świadczenia tej usługi.

⁴¹ Art. 13i–13j.

systemem elektronicznych opłat w przypadku niesprawności urządzeń (również w wysokości 1500 lub 3000 zł). Kary pieniężne nakładają, w drodze decyzji administracyjnej, wymienione w ustawie podmioty uprawnione do kontroli prawidłowości uiszczenia opłaty elektronicznej, kontroli używanych w pojazdach urządzeń oraz nakładania i pobierania kar. Są nimi funkcjonariusze Policji, inspektorzy Inspekcji Transportu Drogowego, naczelnicy urzędów celnych i dyrektorzy izb celnych oraz funkcjonariusze Straży Granicznej (art. 131).

Zgodnie z art. 40a środki z opłat elektronicznych są przekazywane na rachunek Krajowego Funduszu Drogowego⁴², z przeznaczeniem na utrzymanie dróg krajowych objętych opłatami elektronicznymi, budowę dróg krajowych oraz wynagrodzenie dla operatora. Minister właściwy do spraw transportu, w porozumieniu z ministrem finansów, został upoważniony do określania trybu, sposobu i terminu wnoszenia opłat elektronicznych oraz ich rozliczania, trybu i terminu przekazywania tych opłat, a także kar pieniężnych na rachunek Funduszu. Winien przy tym uwzględniać takie czynniki jak sprawny pobór opłat, efektywną obsługę Funduszu oraz technologię wykorzystywaną w systemie elektronicznego poboru opłat.

Zgodnie z rozporządzeniem ministra infrastruktury z dnia 30 kwietnia 2011 r.⁴³ przed rozpoczęciem korzystania z sieci dróg krajowych objętych opłatą elektroniczną użytkownicy⁴⁴ zobowiązani są do zawarcia umowy, w formie pisemnej, z podmiotem pobierającym opłatę elektroniczną, do odebrania od pobierającego urządzenia wykorzystywanego do naliczania opłat oraz do zainstalowania urządzenia w pojeździe⁴⁵. Po-

⁴² Zwanego dalej Funduszem.

⁴³ Rozp. Ministra Infrastruktury z dnia 30 kwietnia 2011 r. w sprawie wnoszenia opłat elektronicznych i ich rozliczania oraz przekazywania opłat elektronicznych i kar pieniężnych na rachunek Krajowego Funduszu Drogowego (Dz.U. Nr 91, poz. 524).

⁴⁴ Użytkownikiem rozporządzenie określa podmiot zobowiązany do uiszczenia opłaty elektronicznej (§ 2 pkt 5).

⁴⁵ Pobierający opłatę zobowiązany jest do zamieszczenia szczegółowych informacji o systemie opłaty elektronicznej oraz miejscu zawierania umowy na swojej stronie internetowej, a informacja o adresie strony zamieszczona jest w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie Ministra Infrastruktury (§ 4).

nadto użytkownik wnosi przedpłatę, w przypadku wybrania takiej formy płatności, lub ustanawia zabezpieczenie, w przypadku wybrania formy płatności okresowej z zabezpieczeniem (§ 3). Opłata wnoszona jest na rachunek bankowy (określony w umowie) w formie gotówkowej lub bezgotówkowej w dwóch formach: przedpłaty albo płatności okresowej z zabezpieczeniem. Zabezpieczenie może być ustanawiane przez użytkownika w kilku postaciach: pieniężnej, gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej oraz poręczenia udzielonego przez określone w rozporządzeniu podmioty (§ 5 i 6). Wniesienie opłaty w formie przedpłaty musi mieć miejsce przed rozpoczęciem korzystania z dróg w kwocie nie mniejszej niż pozwalająca na planowany przejazd w całości. Z kolei wniesienie opłaty w formie płatności okresowej z zabezpieczeniem następuje w terminie wskazanym w dokumencie informującym o wysokości naliczonej opłaty⁴⁶. Rozliczenie opłaty przez pobierającego następuje nie rzadziej niż raz w tygodniu w przypadku przedpłaty i nie rzadziej niż raz w miesiącu w drugim przypadku (§ 7–9). Środki z opłat są gromadzone na wyodrębnionym rachunku pobierającego opłatę i przekazywane na rachunek Funduszu w terminach określonych rozporządzeniem. Natomiast środki z kar pieniężnych gromadzone są na wyodrębnionym rachunku bankowym Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad i przekazywane w określonym terminie na rachunek Funduszu (§ 13).

Do końca czerwca 2011 r. firmy transportowe czy właściciele samochodów ciężarowych i autobusów wykupują winiety na przejazd po drogach. Płacą ryczałt za przejazd każdego pojazdu w danym okresie – np. na rok. Przy elektronicznym poborze opłat wysokość należności za przejazd każdego samochodu po drogach będzie, jak wspomniano, uzależniona od liczby przejechanych kilometrów. Już obecnie można powszechnie spotkać opinie, że spowoduje to w pewnym zakresie unikanie dróg objętych systemem opłat. To z kolei może wywołać wysoce negatywne skutki ekologiczne, a zwłaszcza społeczne, w postaci zatłoczenia dróg lokalnych przebiegających przez miejscowości, za-

⁴⁶ Na wysokość opłaty może być wniesiona reklamacja. W przypadku jej uwzględnienia następuje rozliczenie nadpłaty (§ 11 i 12).

nieczyszczenia powietrza w tychże miejscowościach oraz zwiększenia niebezpieczeństwa drogowego.

Aktualnie w Małopolsce wprowadzono opłaty elektroniczne na S7 (ekspresowy odcinek tzw. zakopianki), DK94 (Kraków–Olkusz–Bytom) oraz na autostradowej obwodnicy Krakowa. Wprowadzenie opłat za obwodnice budzi szczególnie sprzeciw władz samorządowych, nie tylko Małopolski. Stwarza ono bowiem niebezpieczeństwo przeniesienia się ruchu tranzytowego do centrum miast, co zniweczyłoby ideę obwodnic⁴⁷.

Mimo że znacznie wcześniej unormowane, praktyczne wprowadzenie w życie rozporządzenia budzi wielkie zastrzeżenia ze strony podmiotów zobowiązanych do uiszczania opłaty elektronicznej. Na przykład w województwie małopolskim uruchomiono tylko jeden punkt, w którym można zawrzeć umowę i nabyć urządzenie⁴⁸.

Opłata za przejazd autostradami

Jak wspomniano, w systemie elektronicznych opłat pobierana jest również opłata za przejazd autostradami, uregulowana ustawą z 1994 r. o autostradach i Krajowym Funduszu Drogowym⁴⁹. Zgodnie z art. 1 ustawy Rada Ministrów określa autostrady i ich odcinki, które będą budowane oraz drogi ekspresowe, które mogą być budowane i eksploatowane albo wyłącznie eksploatowane jako płatne. Może to jednak

⁴⁷ Jeszcze w kwietniu radni Krakowa skierowali w tej sprawie rezolucję do Ministra Infrastruktury. Niestety pozostała bez odpowiedzi. Aktualnie złożyli projekt nowelizacji ustawy o transporcie drogowym uwzględniający dwa postulaty: wyłączenie obwodnic z listy płatnych odcinków, a także wyłączenie autobusów. Por. *Czekają godzinami, aby móc płacić myto*, „Gazeta Krakowska” z 17.06.2011 r., s. 8.

⁴⁸ Punkt działa w Mogilanach, udostępnia urządzenia viaBOX-y, działające w systemie viaTOLI. Przeciętny czas oczekiwania klientów wynosi około 7 godzin. Stan na 17.06.2011 r. Odpowiada za to Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, która na terenie Małopolski zawarła umowę z DKV Euroservice Polska, *ibidem*.

⁴⁹ Ustawa reguluje szczegółowo konstrukcję Funduszu (Rozdz. 6, art. 38–39o), omówienie go wykracza jednak poza ramy niniejszego opracowania.

nastąpić tylko wówczas, jeśli istnieje możliwość korzystania z innej ogólnodostępnej drogi publicznej.

Ustawa reguluje opłaty za przejazd⁵⁰. Poboru dokonuje spółka, która zawarła umowę o budowę i eksploatację albo wyłącznie eksploatację autostrady. Opłatę może pobierać również Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w zakresie nieobjętym umową ze spółką pod warunkiem przystosowania autostrady do poboru opłat. Opłaty mogą pobierać także wspomniane drogowe spółki specjalnego przeznaczenia. Opłatę pobiera się w wysokości iloczynu liczby kilometrów przejazdu i stawki opłaty za kilometr dla danej kategorii pojazdu⁵¹. W przypadku pobierania opłat przez spółkę stanowią one jej przychód; umowa określa wówczas warunki i zakres podziału zysku pomiędzy spółkę a Fundusz. Natomiast w przypadku finansowania budowy autostrady z obligacji przychodowych wyemitowanych przez spółkę część przychodów z opłat przeznaczona jest na pokrycie zobowiązań wynikających z obligacji. Umowa może również stanowić, że opłaty stanowią wyłączny przychód Funduszu (art. 37b). Z kolei opłaty pobierane przez Generalnego Dyrektora stanowią w całości przychód Funduszu, a pobierane przez spółki specjalnego przeznaczenia mogą stanowić jej przychód, o ile umowa tak stanowi⁵².

Wysokość stawek opłat oraz warunki ich zmian określa wspomniana umowa zawierana ze spółką. Ustawa przewiduje jednakże górną granicę opłat. Nie określa jej odrębnie, tylko odwołuje się do górnej granicy opłat ustalonej w ustawie o drogach publicznych (omówionej wyżej). Powtarza jednak, że stawki opłat za przejazd 1 km autostradą, niezależnie od kategorii pojazdu, nie mogą być wyższe niż 2 zł oraz nie mogą przekroczyć stawek opłat obliczonych zgodnie z przepisami wykonawczymi do ustawy o drogach publicznych. Konkretnie stawki ustala minister właściwy do spraw transportu, mając na uwadze potrzeby

⁵⁰ Rozdział 5a, Opłaty za przejazd, art. 37a–37ga.

⁵¹ Ustalono 5 kategorii pojazdów: motocykle, 3 kategorie samochodów samochodowych w zależności od dopuszczalnej masy całkowitej oraz autobusy.

⁵² Zawieranej w oparciu o art. 6 ust. 1 powoływanej ustawy o drogowych spółkach specjalnego przeznaczenia.

utrzymania i ochrony dróg istotnych dla rozwoju sieci drogowej. Minister może różnicować stawki opłat w oparciu o kryteria przedmiotowe, które stanowią liczba osi, emisja spalin, pora dnia, kategoria dnia i pora roku, biorąc pod uwagę potrzeby ochrony środowiska, płynność ruchu, ochronę dróg publicznych, optymalizację wykorzystania infrastruktury transportu lądowego, a także propagowanie bezpieczeństwa ruchu drogowego. Minister może również wprowadzić stawki abonamentowe dla niektórych użytkowników autostrady w wysokości nie mniejszej niż 87% stawki opłaty za przejazd autostradą, z zachowaniem zasady przejrzystości i niedyskryminacji. Od opłat zwolnione są pojazdy uprzywilejowane wykonujące zadania określone w Prawie o ruchu drogowym⁵³.

Jeśli chodzi o charakter prawny instytucji opłaty za przejazd płatnymi odcinkami autostrad, to należy przychylić się do poglądu, iż stanowią one rodzaj daniny publicznej, a nie świadczenie o charakterze umownym⁵⁴. Pobieranie przez państwo opłat za przejazd jest bowiem konsekwencją uprawnień władczych państwa, a nie wynikiem jego uprawnień jako właściciela, mimo że ustawa reguluje sposób nabycia gruntów pod autostrady. Pobieranie opłat stanowi efekt działania w oparciu o uprawnienia ustawowe w celu realizacji konkretnych, istotnych celów społecznych, określonych ustawą, co znajduje wyraz w przesłankach pobierania opłat, kryteriach ich przedmiotowego zróżnicowania oraz przeznaczenia środków pochodzących z opłat.

Opłata paliwowa

Ustawa o autostradach reguluje również drugi rodzaj opłat w postaci opłaty paliwowej⁵⁵. Zgodnie z art. 37j zakres podmiotowy opłaty paliwowej obejmuje: producentów paliw silnikowych lub gazu, importerów tych produktów, podmioty dokonujące nabycia wewnątrzwspół-

⁵³ Art. 53 ust. 2 pkt 1 lit. a Prawa o ruchu drogowym.

⁵⁴ Por. M. Grzybczyk, *Autostrady: świadczenie umowne czy danina publiczna*, „Rzeczpospolita: Prawo Co Dnia” z 15.06.2010 r.

⁵⁵ Rozdz. 5b, Opłata paliwowa, art. 37h–37q.

notowego w rozumieniu podatku akcyzowego tych produktów oraz inne podmioty podlegające w myśl przepisów o podatku akcyzowym⁵⁶ obowiązki podatkowe od paliw silnikowych lub gazu. Zwolnienie podmiotowe stosowane jest w przypadkach wynikających z umów międzynarodowych dotyczących międzynarodowego transportu drogowego.

Przedmiot opłaty stanowi wprowadzanie na rynek krajowy paliw silnikowych oraz gazu, z wyłączeniem biokomponentów⁵⁷, stanowiących samoistne paliwa wykorzystywane do napędu pojazdów⁵⁸. Wprowadzanie na rynek krajowy oznacza czynności podlegające opodatkowaniu podatkiem akcyzowym, których przedmiotem są te paliwa oraz gaz. Ustawa określa enumeratywnie rodzaje paliw oraz gazu (art. 37h).

Opłata paliwowa stanowi dochód Krajowego Funduszu Drogowego oraz Funduszu Kolejowego⁵⁹, przy zasadniczym podziale: 80% na Fundusz Drogowy i 20% na Fundusz Kolejowy. Przejściowo w ciągu pięciu lat począwszy od 2010 roku dochód Funduszu Kolejowego ulega corocznie zwiększeniu o kwotę 100 mln zł, o którą pomniejsza się dochód Krajowego Funduszu Drogowego w danym roku (art. 37i).

W myśl art. 37k obowiązek zapłaty opłaty paliwowej powstaje w dniu utworzenia zobowiązania podatkowego w podatku akcyzowym od paliw silnikowych oraz gazu. W przypadku poddania paliwa silnikowego, od którego uiszczono opłatę paliwową, dalszym procesom, w wyniku których nastąpiło zwiększenie ilości paliwa, uzyskana nadwyżka paliwa podlega opłacie paliwowej. Podstawę obliczenia wysokości opłaty stanowi ilość paliw silnikowych lub gazu, od których podmioty są obowiązane zapłacić podatek akcyzowy. Natomiast opłata paliwowa nie zwiększa podstawy opodatkowania podatkiem akcyzowym z tytułu importu wyrobów akcyzowych. Stawki opłaty paliwowej są kwotowe od 1 litra paliw lub 1 kg gazu i zróżnicowane dla benzyn

⁵⁶ Ustawa z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym (Dz.U. Nr 3, poz. 11 z 2009 r., ze zm.).

⁵⁷ W rozumieniu ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o biokomponentach i paliwach ciekłych (Dz.U. Nr 169, poz. 1199, ze zm.).

⁵⁸ W rozumieniu art. 2 pkt 31 Prawa o ruchu drogowym.

⁵⁹ W rozumieniu ustawy z dnia 16 grudnia 2005 r. o Funduszu Kolejowym (Dz.U. Nr 12, poz. 61).

silnikowych i olejów napędowych⁶⁰. Stawki ulegają corocznej waloryzacji, w postaci podwyższenia na następny rok w stopniu odpowiadającym wskaźnikowi wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych w okresie pierwszych trzech kwartałów roku, w którym stawki ulegają zmianie, w stosunku do analogicznego okresu roku poprzedniego⁶¹ (art. 37m).

Organami właściwymi w sprawie opłaty są naczelnicy urzędów celnych i dyrektorzy izb celnych (art. 37n). Są organami właściwymi miejscowo odpowiednio do właściwości w sprawach podatku akcyzowego lub ze względu na miejsce powstania długu celnego (w imporcie). Sposób wymiaru i uiszczania opłaty przedstawia się następująco. Podmioty opłaty są obowiązane do składania informacji o opłacie paliwowej⁶² właściwemu naczelnikowi urzędu celnego oraz obliczania i wpłacania opłaty na wyodrębniony rachunek bankowy właściwej izby celnej. Termin wpłaty wynosi odpowiednio: do 25 dnia następnego miesiąca po miesiącu, w którym powstał obowiązek zapłaty opłaty lub w terminie określonym dla należności celnych w przypadku importu. Dyrektor izby celnej przekazuje kwoty pobranej opłaty paliwowej na wyodrębniony rachunek w Banku Gospodarstwa Krajowego, w terminie 14 dni od dnia jej pobrania. Bank przekazuje środki w terminie 7 dni od dnia wpływu w odpowiedniej wysokości na rachunki Krajowego Funduszu Drogowego i Funduszu Kolejowego, po potrąceniu nadpłat. W razie bowiem ewentualnej nadpłaty opłaty Bank Gospodarstwa Krajowego zwraca nadpłatę ze środków należnych Funduszom Drogowemu i Kolejowemu. Obowiązek zapłaty opłaty paliwowej przedawnia się z upływem 5 lat, licząc od końca roku kalendarzowego, w którym zapłata powinna nastąpić (art. 37o–37p).

Co istotne, zgodnie z art. 37q do opłaty paliwowej stosuje się odpowiednio przepisy Ordynacji podatkowej, z zastrzeżeniem regulacji dotyczącej przedawnienia zawartej w ustawie. Okres przedawnienia

⁶⁰ 92,87 zł od 1000 l benzyn silnikowych, 233,97 zł od olejów i 119,82 zł od 1000 kg gazów.

⁶¹ Wskaźnik wzrostu cen ustala się na podstawie komunikatu Prezesa GUS, a minister ogłasza właściwe stawki.

⁶² Według wzoru określanego przez ministra właściwego do spraw transportu.

jest jednak taki sam jak w przypadku zobowiązań podatkowych, zastrzeżenie wobec tego nie jest konieczne (pomijając kwestie terminologiczne).

Z punktu widzenia teoretycznego opłatę paliwową można uznać za podatek, spełnia bowiem ona wszystkie jego cechy, w szczególności nie występuje wzajemne bezpośrednie świadczenie ze strony państwa, co byłoby niezbędne w przypadku prawnofinansowej instytucji opłaty. Dodatkowo przemawia za tym fakt stosowania Ordynacji podatkowej, choć w przypadku opłaty również miałyby ona zastosowanie. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Lublinie stwierdził, iż „opłata paliwowa jest podatkiem (dodatkiem do podatku akcyzowego), za pomocą którego państwo realizuje określony cel – stanowi ona bowiem przychód Krajowego Funduszu Drogowego (obecnie także Funduszu Kolejowego), który służy finansowaniu inwestycji drogowych (obecnie również kolejowych)”⁶³. Obowiązek uiszczenia opłaty wynika jedynie z faktu wprowadzenia na rynek krajowy paliw silnikowych oraz gazu w drodze czynności podlegających opodatkowaniu podatkiem akcyzowym. Dla powstania obowiązku nie mają znaczenia inne fakty, jak np. faktyczne wykorzystanie paliw w ruchu krajowym; wystarczający jest fakt potencjalnej możliwości wykorzystania paliw do napędu pojazdów. Wynika to również ze sposobu ustalania wysokości opłaty w drodze samoobliczenia. Tak moment powstania obowiązku zapłaty, jak i termin zapłaty nie są powiązane z faktycznym wykorzystaniem paliw lub gazu⁶⁴. Wskazać można również na pogląd w orzecznictwie, iż „opłatę paliwową należy traktować jako należność o charakterze podatkowym”, wobec czego uzasadnione jest posiłkowe stosowanie przepisów o podatku akcyzowym, zwłaszcza iż opłata dotyczy wyrobów będących jednocześnie wyrobami akcyzowymi. Pozwala to np. na korzystanie z definicji zawartych w przepisach o podatku akcyzowym⁶⁵.

⁶³ Wyrok z dnia 2 lipca 2007 r. (I SA/Wr 75/11), Lex nr 692147.

⁶⁴ Por. wyrok z dnia 23 marca 2009 r. NSA W-wa (I FSK 125/08), Lex nr 536764.

⁶⁵ Wyrok z dnia 1 października WSA w Opolu (I SA/Op 240/07), Lex nr 401587.

Podsumowanie

Reasumując, warto podkreślić obowiązywanie szeregu różnorodnych dyrektyw unijnych dotyczących bezpośrednio lub pośrednio zagadnień związanych z ruchem drogowym, a zwłaszcza z powiązaną z nim problematyką ochrony społeczeństwa przed negatywnymi skutkami ruchu, ochroną środowiska, dróg, czy bezpieczeństwa. Z uwagi na największy negatywny wpływ na społeczeństwo i środowisko ruchu dużych i nienormatywnych pojazdów po drogach publicznych im poświęcona jest największa liczba regulacji.

Oczywiste jest, iż regulacje te wywierają bezpośredni lub pośredni wpływ na ustawodawstwo państw członkowskich UE. Stąd po maju 2004 r. nastąpiła zmiana wielu regulacji dotyczących tych kwestii. Jak wspomniano, początkowo znalazło to wyraz w dostosowaniu podatku akcyzowego, a następnie w podatku od środków transportowych oraz w szeregu opłat, które zostały przedstawione. Opłaty te przybrały najczęściej postać prawnofinansowej instytucji opłaty publicznej z tytułu korzystania z urządzeń publicznych, ale także instytucji podatku jak w przypadku opłaty paliwowej.

W miarę natężenia ruchu tranzytowego oraz uruchamiania nowych kategorii dróg, jak autostrady i drogi ekspresowe pojawiają się nowe rodzaje świadczeń. Wprowadzane są także coraz nowocześniejsze rozwiązania pod względem technologicznym jak np. system poboru opłat elektronicznych. W przeważającej mierze instytucje te realizują zamierzone cele oraz pozwalają gromadzić środki na finansowanie budowy dróg, remonty, czy eliminowanie zagrożeń. Niekiedy mogą występować jednakże uboczne negatywne skutki wprowadzanych rozwiązań, jak np. wspomniana tendencja do ewentualnego omijania korzystania z sieci dróg obciążonych opłatami, a zwłaszcza omijania obwodnic. Stąd zarówno w skali Unii, jak i krajowej istnieje konieczność ciągłego śledzenia tych skutków i ewentualnego zapobiegania im drogą m.in. modyfikacji funkcjonujących rozwiązań.

Wojciech Fill

„Nowa hipoteka” jako instrument poprawy społeczno-gospodarczej efektywności zabezpieczania wierzytelności

Z dniem 20 lutego 2011 r. weszła w życie nowelizacja przepisów dotyczących hipoteki¹, powodując ważne zmiany w zasadach zabezpieczania wierzytelności na nieruchomości. Jest to wydarzenie znamienne nie tylko z uwagi na fakt, że koncepcja dotychczasowych uregulowań dotyczących tego ograniczonego prawa rzeczowego, zawarta w Ustawie z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece², nie uległa większym zmianom po wprowadzeniu gospodarki rynkowej, ale również z uwagi na okoliczność ustawowego przecięcia licznych wątpliwości doktrynalnych poprzedzających proces legislacyjny³ oraz to-

¹ Ustawa z dnia 26 czerwca 2009 r. o zmianie Ustawy o księgach wieczystych i hipotece (Dz.U. Nr 131, poz. 1075).

² Tekst jednolity: Dz.U. z 2001 r., Nr 124, poz. 1361 z późn. zm.

³ „Zgodnie z uzasadnieniem rządowego projektu nowelizacji przepisów Ustawy o księgach wieczystych i hipotece było wprowadzenie rozwiązań, które miały sprawić, że hipoteka będzie efektywnym, a jednocześnie bardziej elastycznym sposobem zabezpieczenia wierzytelności pieniężnych. Projekt miał także na celu jednoznaczne uregulowanie kwestii, które wywoływały spory w orzecznictwie i nauce prawa oraz zharmonizowanie przepisów materialno-prawnych i pro-

warzyszących jego przebiegowi⁴. Można zauważyć, że o ile wskazana problematyka dosyć długo była przedmiotem rozważań teoretycznych, także z uwagi na 18-miesięczny okres *vacatio legis*, o tyle wymogi praktyki prawniczej przesądziły, że m.in. banki, jednostki samorządu terytorialnego, przedsiębiorcy oraz kancelarie prawne, przystąpiły do stosowania nowych regulacji z dnia na dzień, często bez głębszej refleksji nad możliwymi wariantami teoretycznymi ostatecznie przyjętych rozwiązań. Wobec nowatorskiego charakteru kilku z nich, przy jednoczesnym występowaniu wielu wątpliwości co do wykładni zmodyfikowanych przepisów, stan taki może przejściowo, do czasu utrwalenia się sposobów nadawania nowym instytucjom praktycznego wymiaru, spowodować niepewność co do obowiązującego prawa wśród podmiotów korzystających z hipoteki.

Analiza zmian wprowadzonych do konstrukcji hipoteki pozwala na wyodrębnienie rozwiązań o charakterze konstrukcyjnym oraz o charakterze logiczno-porządkowym. Do pierwszej ich grupy należy rezygnacja z podziału hipoteki na kaucyjną i zwykłą, możliwość zabezpieczenia jedną hipoteką więcej niż jednej wierzytelności oraz wielu wierzytelności przysługujących różnym podmiotom uczestniczącym w finansowaniu wspólnego przedsięwzięcia i wiążąca się z tym konieczność powołania administratora hipoteki, a także prawo do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym. Druga grupa rozwiązań dotyczy m.in. kwestii związanych ze zmianą przedmiotu wierzytelności hipotecznej oraz jej cesją. Opracowanie niniejsze poświęcone jest analizie szczegółowych rozwiązań, wybranych spośród obu wyżej wskazanych grup regulacji.

Pozostawiając na marginesie analizę uściśleń normatywnych dotyczących przedmiotu hipoteki – w nowym stanie prawnym wynikających wprost z regulacji ustawowej – oraz powszechnie znaną istotę

cesowych (...)", Druk sejmowy nr 1562/2008. Zob. też J. Pisuliński, *O planowanej nowelizacji ustawy o księgach wieczystych i hipotece i wprowadzeniu długu gruntowego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2005, nr 3.

⁴ Zob. T. Czech, *Uwagi do nowelizacji przepisów o hipotece*, „Przegląd Legislacyjny” 2009, nr 3–4, s. 139.

tego ograniczonego prawa rzeczowego, można zauważyć, że zgodnie z uchylonym brzmieniem art. 68 Ustawy o księgach wieczystych i hipotece, przed dniem 20 lutego 2011 r. hipoteka zabezpieczała jedynie ściśle oznaczoną wierzytelność pieniężną. Jeżeli zaś wierzytelność zgodnie z prawem została wyrażona w innym pieniądzu niż polski, wówczas również hipotekę należało w nim wyrazić. Z przepisem tym korespondowały artykuły 102–108 analizowanej ustawy⁵, normujące instytucję hipoteki kaucyjnej⁶. Przewidywały one możliwość zabezpieczenia hipoteką wierzytelności o wysokości nie ustalonej do oznaczonej sumy najwyższej. Hipoteka kaucyjna w szczególności zabezpieczała istniejące lub mogące powstać wierzytelności z określonego stosunku prawnego albo roszczenia związanego z wierzytelnością hipoteczną, lecz nie objętą z mocy ustawy hipoteką zwykłą. Jednocześnie zastosowanie omawianej postaci hipoteki, obejmowało *ex lege* odsetki oraz koszty postępowania mieszczące się w sumie wymienionej we wpisie hipoteki do księgi wieczystej. Hipoteka kaucyjna stanowiła również właściwą formą zabezpieczenia wierzytelności wynikających z dokumentów zbywanych przez indos, choćby wysokość wierzytelności była z góry ustalona. W odróżnieniu od hipoteki zwykłej, wierzyciel, na rzecz którego ustanowiona została hipoteka kaucyjna, nie mógł się powołać na wpis w księdze wieczystej w celu udowodnienia istnienia wierzytelności zabezpieczonej.

Dwoista postać hipoteki w praktyce gospodarczej spowodowała powszechność podwójnego zabezpieczania wierzytelności wynikających (lub mogących wynikać) z tego samego stosunku prawnego. Hipoteką

⁵ Obecnie uchylone.

⁶ Z uwagi na występowanie w regulacji dwóch postaci hipoteki, w doktrynie i orzecznictwie przyjął się zwyczaj określania hipoteki unormowanej w art. 68 Ustawy o księgach wieczystych i hipotece hipoteką zwykłą. Nie jest jednak prawdą wyrażony w literaturze przedmiotu pogląd, że termin ten nigdy nie miał charakteru normatywnego (zob. T. Czech, *Nowa regulacja hipoteki. Zagadnienia intertemporalne*, „Przegląd Sądowy” 2010, nr 11/12, s. 17), bowiem uchylone z dniem 20 lutego 2011 r. przepisy art. 102 ust. 2 *in fine* oraz art. 108 Ustawy o księgach wieczystych i hipotece pojęciem tym operowały. Natomiast z całą pewnością należy się zgodzić z autorem co do wadliwości, znajdującego wyraz w literaturze, synonimicznego traktowania pojęć: hipoteka zwykła i hipoteka umowna.

zwykłą zabezpieczano obowiązek zwrotu kwoty przekazanego dłużnikowi (kontrahentowi) kapitału, zaś hipoteką kaucyjną obowiązek zwrotu kwoty wierzytelności mogących powstać z tytułu odsetek oraz ewentualnych kosztów postępowania sądowego i egzekucyjnego⁷. Komentując wskazaną praktykę, można zauważyć, że na gruncie stosowania prawa wiązała się ona z koniecznością jednoznacznego wyboru rodzaju hipoteki na zabezpieczenie wierzytelności danego rodzaju. Wobec imperatywnego charakteru analizowanych norm, błędny wybór formy mógł powodować nieważność ustanowionego zabezpieczenia, a zatem patrząc z punktu widzenia wierzyciela, po prostu brak zabezpieczenia. Ustanawianie obu rodzajów hipoteki na zabezpieczenie wierzytelności wynikających z tego samego stosunku prawnego wiązało się również z koniecznością dwukrotnego ponoszenia opłaty sądowej za wpis każdego prawa odrębnie do księgi wieczystej lub wykreślenia go z tej księgi, na przykład po wygaśnięciu wierzytelności⁸.

Inny, dotkliwy z punktu widzenia społeczno-gospodarczego, skutek stosowania hipoteki zwykłej stanowiło opodatkowanie podatkiem od czynności cywilnoprawnych tej konkretnej czynności. O ile bowiem w przypadku ustanawiania hipoteki na zabezpieczenie wierzytelności o wysokości nieustalonej, art. 7 ust. 1 pkt 7 lit. b Ustawa z dnia 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych⁹, przewidywał i nadal przewiduje zastosowanie stałej stawki w kwocie 19 zł, praktycznie nieodczuwalnej dla kontrahentów korzystających z zabezpieczenia

⁷ Warto zaznaczyć, że na mocy przepisów intertemporalnych art. 10 powołanej wyżej ustawy o zmianie Ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz niektórych innych ustaw, do hipotek kaucyjnych powstałych przed dniem wejścia w życie tej ustawy, stosuje się przepisy w nowym brzmieniu, z wyjątkiem regulacji dotyczących rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym. Do hipotek zwykłych powstałych przed dniem 20 lutego 2011 r. stosuje się z kolei przepisy w dotychczasowym brzmieniu, z wyjątkiem regulacji dotyczących powstawania *ex lege* hipoteki łącznej w wyniku podziału nieruchomości, oraz umownych zasad ustalania zakresu obciążeń hipotecznych w przypadku, gdy podział nieruchomości polega na przeniesieniu własności części nieruchomości zabudowanej domem mieszkalnym, w miejsce których to regulacji stosuje się nowe przepisy.

⁸ Zgodnie z art. 67 Ustawy o księgach wieczystych i hipotece wpis hipoteki do księgi wieczystej ma charakter konstytutywny. Bez jego dokonania analizowane prawo nie powstaje.

⁹ Tekst jednolity: Dz.U. z 2010 r. Nr 101, poz. 649 z późn. zm.

hipotecznego, o tyle art. 7 ust. 1 pkt 7 lit. a, w odniesieniu do hipotek ustanawianych na zabezpieczenie wierzytelności istniejących o wysokości ustalonej, przewiduje także obecnie, opodatkowanie o charakterze proporcjonalnym, z zastosowaniem stałej stawki procentowej w wysokości 0,1% od kwoty zabezpieczonej wierzytelności, co przy większych podstawach opodatkowania w znaczący sposób podnosiło koszt ustanowienia hipoteki zwykłej¹⁰.

Wobec wskazanych mankamentów społeczno-gospodarczych, wprowadzenie z dniem 20 lutego 2011 r. jednolitej konstrukcji hipoteki, opartej w dużym stopniu na rozwiązaniach hipoteki kaucyjnej, można *prima facie* oceniać jako element wpływający na uporządkowanie i uproszczenie koncepcji instytucji, a przez to wpływający na obniżenie kosztów jej praktycznego stosowania. Przekonanie to pomaga również budować, wynikającą obecnie z treści art. 68 ust. 1 analizowanej ustawy możliwość zabezpieczania hipoteką wierzytelności przyszłych, w tym także warunkowych – co z pewnością stanowi mechanizm uelastyczniający i rozszerzający zakres przedmiotowy, w ramach którego można posłużyć się hipoteką – jak również rozwiązanie wynikające z art. 68 ust. 2, przyznające roszczenie o zmniejszenie sumy hipoteki w sytuacji występowania tzw. nadzabezpieczenia.

Dla oceny prawdziwości założonej tezy warto jednak w tym miejscu przede wszystkim przywołać nowe brzmienie art. 69 Ustawy o księgach wieczystych i hipotece, zgodnie z którym (jednolita) hipoteka zabezpiecza mieszczące się w sumie hipoteki roszczenia o odsetki oraz przyznane koszty postępowania, jak również inne roszczenia o świadczenia uboczne, jeżeli zostały wymienione w dokumencie stanowiącym podstawę wpisu hipoteki do księgi wieczystej. Ustawodawca przeciął za pomocą tej regulacji istniejące w doktrynie wątpliwości co do skuteczności zabezpieczenia hipotecznego w odniesieniu m.in.

¹⁰ Przepisy Ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych odnoszące się do opodatkowania ustanowienia hipoteki nie zostały w żaden sposób znowelizowane wraz z wejściem w życie nowych rozwiązań dotyczących hipoteki.

do odsetek¹¹. Pomimo dobrych chęci legislatorów¹² wykładnia językowa tego przepisu nie prowadzi jednak do jednoznacznych wniosków. Można się bowiem zastanawiać, czy dla skutecznego objęcia kwotą hipoteki roszczeń o odsetki niezbędne jest ich ujawnienie w dokumencie stanowiącym podstawę wpisu do księgi wieczystej, czy też wymóg ten dotyczy tylko pozostałych, innych niż odsetki świadczeń ubocznych (np. opłat i prowizji bankowych). Wykładnia funkcjonalna podpowiada jednak, że normatywny wymóg ujawniania należności innych niż odsetki i przyznane koszty postępowania należy rozumieć w sposób ścisły, a zatem bez rozciągania go na odsetki i koszty postępowania, w przeciwnym razie bowiem ich zabezpieczenie hipoteką nie mogłoby mieć charakteru automatycznego, co jednocześnie powodowałoby iluzoryczność wprowadzonych uelastycznień normatywnych w omawianym zakresie.

Ponadto pojawiają się inne wątpliwości praktyczne dotyczące bezpośrednio zabezpieczenia wierzytelności ubocznych. Dokumentem zdecydowanie najczęściej stanowiącym podstawę wpisu do księgi wieczystej jest akt notarialny. Stąd na tle nowych przepisów, zwłaszcza w kontekście ich bezwzględnie obowiązującego charakteru, można się zastanawiać, w jakim zakresie notariusz, w celu wypełnienia obowiązku czuwania nad należytym zabezpieczeniem praw i słusznym interesów stron, dla których czynność ta może powodować skutki prawne¹³, ma przenieść treść umowy kredytowej do aktu notarialnego. W literaturze podkreśla się, że czasem nawet w pojedynczej transakcji

¹¹ Zob. P. Gumiński, *Hipoteczne zabezpieczenie odsetek od kredytu hipotecznego – stan obecny i spodziewana nowelizacja*, „Monitor Prawniczy” 2008, nr 22, s. 1198–1202, T. Czech, *Zabezpieczenie odsetek od wierzytelności hipotecznej*, „Rejent” 2003, nr 4, *idem*. W. Śługiewicz, *Hipoteczne zabezpieczenie odsetek umownych*, „Przegląd Sądowy” 2003, 5, s. 24–25.

¹² Zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy nowelizującej, ujęcie zawarte w treści art. 69 umożliwić powinno zabezpieczenie roszczeń zarówno o odsetki o stałej stopie, jak i o stopie zmiennej, ponieważ hipoteka zabezpiecza wszystkie odsetki, o ile mieszczą się w sumie hipoteki. Zmiana wysokości odsetek po ustanowieniu hipoteki nie może być jednocześnie utożsamiana ze zmianą treści hipoteki i dlatego nie będzie wymagała ujawnienia w księdze wieczystej (Druk sejmowy nr 1562/2008 r.).

¹³ Art. 80 § 2 Ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (tekst jednolity: Dz.U. z 2008 r., Nr 189 poz. 1158 z późn. zm.).

bank jako wierzyciel może przewidywać kilkadziesiąt różnego rodzaju opłat i prowizji określonych w regulaminach bankowych oraz tabelach opłat i prowizji, do których zresztą umowa kredytowa tylko odsyła, nie inkorporując ich w swojej treści¹⁴. W związku z powyższym, w aktualnym stanie prawnym¹⁵, aby wypełnić dyspozycję art. 80 § 2 Ustawy Prawo o notariacie, zapewne należałoby do treści aktu notarialnego przenieść wiernie wszystkie postanowienia dotyczące roszczeń o świadczenia uboczne. Realne też wydaje się wysuwanie przez bank roszczeń odszkodowawczych pod adresem notariusza w sytuacji, gdyby wskutek włączenia do treści aktu notarialnego, w miejsce dokładnego odpisu treści umowy kredytowej jedynie ogólnego wypisu z jej treści, z pominięciem np. niektórych opłat, bank nie mógłby w pełni dochodzić swoich wierzycelności¹⁶.

Jeszcze dalej idące wątpliwości co do praktycznej zasadności, wynikającego z art. 69 Ustawy o księgach wieczystych i hipotece, wymogu wymieniania świadczeń ubocznych w dokumencie stanowiącym podstawę wpisu do księgi wieczystej, powodować może powiązanie art. 69 z przepisami rozdziału 3 analizowanej ustawy, dotyczącymi hipoteki przymusowej. Zapewne z uwagi na okoliczność, że także hipoteka przymusowa ma zabezpieczać roszczenia o świadczenia uboczne – jeżeli mieszczą się one w sumie hipoteki wymienionej we wpisie – w art. 110¹ określono, do jakiej wysokości wierzyciel może żądać wpisu

¹⁴ Zob. T. Czech, *Uwagi...*, *op. cit.*, s. 154–155.

¹⁵ Taki tok rozumowania uzasadnia dodatkowo poprzednie brzmienie art. 69 Ustawy o księgach wieczystych i hipotece, znajdujące zastosowanie w odniesieniu do rozwiązań dotyczących hipoteki zwykłej, zgodnie z którym, w granicach przewidzianych w odrębnych przepisach hipoteka zabezpieczała także roszczenia o odsetki nieprzedawnione oraz przyznane koszty postępowania. A zatem skuteczność zabezpieczenia należności ubocznych nie była bezpośrednio powiązana z faktem ich ujawnienia w dokumencie stanowiącym podstawę wpisu do księgi wieczystej.

¹⁶ Zgodnie z § 1 pkt 14 lit. a Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 lutego 2011 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie prowadzenia ksiąg wieczystych i zbiorów dokumentów (Dz.U. Nr 33, poz. 164) w dziale IV księgi wieczystej nie przewidziano odrębnego miejsca dla dokonania wpisu dotyczącego roszczeń o świadczenia uboczne. „Doraźnym remedium praktyki na taką regulację powinno być dopuszczenie wskazywania w dokumencie stanowiącym podstawę wpisu do księgi wieczystej zaledwie rodzaju należności ubocznych” (M. Kučka [w:] *Hipoteka po nowelizacji. Komentarz*, red. J. Pisuliński, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 278).

hipoteki przymusowej, rozróżniając dwa przypadki, w zależności od tego czy z dokumentu stanowiącego podstawę wpisu hipoteki przymusowej wynika suma, do jakiej hipoteka ta ma być wpisana. W pierwszej sytuacji wierzyciel może żądać wpisu hipoteki przymusowej na sumę nie wyższą niż wynikająca z treści dokumentu stanowiącego podstawę jej wpisu do księgi wieczystej. W drugim przypadku, gdy z dokumentu tego nie wynika wysokość sumy hipoteki, suma ta nie może przewyższać więcej niż o połowę zabezpieczonej wierzytelności wraz z roszczeniami o świadczenia uboczne określonymi w dokumencie stanowiącym podstawę wpisu hipoteki. Prawodawca, uzasadniając wprowadzenie omawianej regulacji, powołuje kontekst praktyczny, wskazując, że pierwsza ze wskazanych sytuacji dotyczyć może przede wszystkim wydawanych przez sądy cywilne postanowień o udzieleniu zabezpieczenia przez wpis hipoteki przymusowej albo sądy karne lub prokuratorów, w celu zabezpieczenia ściągальności grożącej oskarżonemu grzywny. Druga zaś sytuacja może dotyczyć okoliczności, gdy dokument stanowiący podstawę wpisu hipoteki przymusowej stwierdza istnienie zabezpieczonej wierzytelności, ale jej wysokość może się zwiększyć, np. wobec powstania roszczenia za kolejny okres¹⁷. Jednak nie dostrzega, że nie wszystkie dokumenty stanowiące podstawę wpisu hipoteki przymusowej wymieniają szczegółowo roszczenia uboczne¹⁸, wobec czego otwarte pozostaje pytanie o objęcie hipoteką przymusową wskazanej grupy świadczeń ubocznych. Jednocześnie usystematyzowanie art. 69 w treści Ustawy o księgach wieczystych i hipotece, w oddziale 1 „Przepisy ogólne”, otwierającym rozdział 1 „Hipoteka w ogólności”, nie pozostawia wątpliwości co do konieczności rozciągnięcia hipotezy art. 69 również na art. 110¹.

Z uwagi na okoliczność, że nowa hipoteka może zabezpieczać wierzytelności przyszłe, w tym warunkowe, istotną cechą nowej regulacji

¹⁷ *Uzasadnienie...*, Druk sejmowy nr 1562/2008, s. 11–12.

¹⁸ Na przykład, jeżeli wierzyciel wytacza powództwo o zasądzenie świadczenia głównego i związanych z nim świadczeń ubocznych, w związku z czym sąd wydaje postanowienie o zabezpieczeniu na nieruchomości dłużnika, to w takim postanowieniu z reguły nie wymienia się dokładnie roszczeń o świadczenia uboczne (T. Czech, *Uwagi...*, *op. cit.*, s. 154).

jest zniesienie – występującego przy hipotece zwykłej – domniemania istnienia zabezpieczonej wierzytelności¹⁹. Uchylone domniemanie, w poprzednim stanie prawnym pozwalało uczestniczyć wierzycielowi w podziale sumy uzyskanej z egzekucji bez konieczności przedstawiania tytułu wykonawczego. Wobec nadal istniejącej możliwości skłonienia kontrahenta będącego właścicielem nieruchomości do poddania się egzekucji w akcie notarialnym²⁰, można jednak tylko częściowo, zgodzić się ze stanowiskiem prezentowanym w uzasadnieniu do projektu nowelizacji Ustawy o księgach wieczystych i hipotece, wskazującym na znikomą dotkliwość dla pozycji prawnej wierzyciela usunięcia analizowanego domniemania²¹. Trzeba bowiem podkreślić, że w nowym stanie prawnym wierzyciel bez postępowania sądowego nie uzyska zaspokojenia od dłużnika osobistego, który nie poddał się dobrowolnie egzekucji z przedmiotu zabezpieczenia²². Ponadto, wobec obowiązywania przepisów prawa bankowego dotyczących możliwości wystawiania bankowych tytułów egzekucyjnych, można zauważyć, że uchylenie analizowanego domniemania nasila dysproporcję w równym traktowaniu banków i pozostałych przedsiębiorców.

Likwidacja dwoistej postaci hipoteki posłużyła również za dogodny moment uchylecia domniemania wynikającego z art. 80 Ustawy o księgach wieczystych i hipotece, zgodnie z którym w razie przelewu wierzytelności hipotecznej nabywca mógł powołać się na przepisy o rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych, również w odniesieniu do wierzytelności zabezpieczonej. Jako argument uzasadniający tę zmianę, można wskazać liczne kontrowersje doktrynalne powstające na tle niejasnej konstrukcji domniemania oraz praktyczną okoliczność, iż z momentem uchylecia wskazanego przepisu, przestaje istnieć

¹⁹ Zgodnie z treścią uchylonego art. 71 Ustawy o księgach wieczystych i hipotece, domniemanie istnienia prawa wynikającego z wpisu hipoteki obejmowało, jeżeli chodziło o odpowiedzialność z nieruchomości, także wierzytelność zabezpieczoną hipoteką.

²⁰ Zgodnie z art. 777 §1 pkt 6 K.p.c.

²¹ *Uzasadnienie...*, Druk sejmowy nr 1562/2008, s. 11–12.

²² Por. H. Ciepla, *Opinia z dnia 21 kwietnia 2009 r. do projektu ustawy o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz niektórych innych ustaw (druki nr 1562, 509 oraz 833)*, Biuro Analiz Sejmowych (www.sejm.gov.pl), s. 5.

ryzyko cesji nieistniejącej wierzytelności na podmiot, który mógłby się domagać zaspokojenia z przedmiotu hipoteki w oparciu o rękojmię wiary publicznej ksiąg wieczystych²³. Należy jednak podkreślić, że ta zmiana nie wyklucza możliwości nabycia w drodze rękojmi wiary ksiąg wieczystych samej hipoteki, która mimo wpisu w księdze wieczystej nie powstała lub wygasła, jeżeli istnieje stosunek prawny, z którego wynika zabezpieczona wierzytelność²⁴.

Rozwiązaniem skutkującym ograniczeniem zasady szczególności hipoteki w odniesieniu do zabezpieczonej wierzytelności jest możliwość zabezpieczenia jedną hipoteką więcej niż jednej wierzytelności oraz zabezpieczanie jedną hipoteką kilku wierzytelności przysługujących różnym osobom. Zgodnie z nowym art. 68¹ ust. 1 Ustawy o księgach wieczystych i hipotece, hipoteka umowna może zabezpieczać kilka wierzytelności z różnych stosunków prawnych przysługujących temu samemu wierzycielowi. W umowie ustanawiającej hipotekę, należy określić te stosunki oraz wynikające z nich wierzytelności objęte zabezpieczeniem. Ze społeczno-gospodarczego punktu widzenia, analizowane rozwiązanie powinno przyczynić się do obniżenia kosztów zabezpieczenia rzeczowego transakcji, poprzez możliwość ustanowienia tylko jednej hipoteki w miejsce kilku. Nie może to być jednak zabezpieczenie ustanowione dla ogółu bliżej niesprecyzowanych wierzytelności, gdyż oznaczałoby to całkowitą zmianę charakteru prawnego hipoteki, zmierzającą w kierunku przekształcenia jej w tzw. dług gruntowy, będący zabezpieczeniem generalnym, nie stosowanym obecnie w Polsce²⁵.

Koncepcja wielości wierzytelności podlegających zabezpieczeniu jedną hipoteką wymusiła również konieczności uelastycznienia regulacji dotyczących hipotecznych skutków częściowego przelewu wierzytelności. Zgodnie z art. 79¹ analizowanej ustawy, jeżeli hipoteka zabezpiecza kilka wierzytelności przysługujących wierzycielowi hipoteczne-

²³ Por. P. Armada-Rudnik, *Prawo hipoteczne po nowelizacji z 26.6.2009 r.*, „Monitor Prawniczy” 2010, nr 1, s. 8. Zob. też Druk sejmowy nr 1562/2008, s. 11.

²⁴ Zob. *Uzasadnienie...*, Druk sejmowy nr 1562/2008, s. 11.

²⁵ *Ibidem*, s. 12.

mu, w razie przelewu jednej z nich hipoteka przechodzi na nabywcę proporcjonalnie do wysokości tej w stosunku do sumy wierzytelności zabezpieczonej tą hipoteką, chyba że strony postanowiły inaczej. Jednocześnie hipoteka zabezpieczająca kilka wierzytelności nie wygasa do czasu wygaśnięcia ostatniej z nich. Ponadto, zgodnie z art. 79², jeżeli z określonego we wpisie stosunku prawnego, z którego wynika zabezpieczona hipoteką wierzytelność, może powstać nowa wierzytelność, strony mogą postanowić, że przelew wierzytelności hipotecznej nie powoduje przejścia hipoteki na nabywcę²⁶. Z interpretacją tych przepisów wiążą się jednak co najmniej dwa problemy.

Pierwszy dotyczy wątpliwości co do możliwości przelewu wierzytelności zabezpieczonej hipotecznie bez hipoteki, wobec wykładni językowej art. 79¹ i art. 79² Ustawy o księgach wieczystych i hipotece. Przepisy te mają charakter szczegółowy w odniesieniu do art. 79, zgodnie z którym, w razie przelewu wierzytelności hipotecznej na nabywcę przechodzi także hipoteka, chyba że ustawa stanowi inaczej. Stosując literalną wykładnię art. 79¹, z uwagi na to, że wynikająca z niego norma ma charakter szczególny względem art. 79, można dojść do przekonania, iż przeniesienie wierzytelności bez hipoteki dotyczy tylko sytuacji cesji jednej z wierzytelności zabezpieczonych hipotecznie lub okoliczności, w których strony postanawiają, wobec istnienia między nimi zabezpieczonego hipotecznie stosunku prawnego, z którego może powstać nowa wierzytelność, że przelew wierzytelności dotychczasowej nie spowoduje przejścia hipoteki na nabywcę. Jak się jednak wydaje, wykładnia taka powodowałaby usztywnienie regulacji dotyczących stosowania hipoteki, a nie jej uelastycznienie, stąd można również zasadnie rozważać cesję wierzytelności lub jej części na zasadzie swobody umów, wychodząc poza przywołane wyżej regulacje²⁷.

Wobec jednoznacznego stwierdzenia ustawodawcy, że do przelewu wierzytelności hipotecznych niezbędny jest wpis w księdze wieczystej,

²⁶ Cesja taka nie spowoduje również wygaśnięcia hipoteki oderwanej od wierzytelności co wynika *a contrario* z treści art. 94¹ Ustawy o księgach wieczystych i hipotece.

²⁷ Por. T. Czech, *Uwagi...*, *op. cit.*, s. 157 oraz Druk sejmowy nr 1562/2008, s. 14.

drugi problem ma w tym momencie charakter czysto teoretyczny. Warto jednak wspomnieć, iż w doktrynie rozważano możliwość rezygnacji z konstytutywności wpisu do księgi wieczystej, w celu usprawnienia obrotu gospodarczego – poprzez wyeliminowanie okresu niepewności związanej z oczekiwaniem na wpis nabytej w drodze cesji wierzytelności do księgi wieczystej – wskazując, „że chybiona jest sama zasada, która wiąże skutki przelewu wierzytelności hipotecznej na rzecz cesjonariusza z wymaganiami konstytutywnego wpisu w księdze wieczystej” i proponując w to miejsce rozwiązanie polegające na przejściu zabezpieczonej hipoteką wierzytelności na nabywcę już z chwilą zawarcia umowy o przeniesienie wierzytelności, z zastrzeżeniem jednak, że nabycie zabezpieczenia następuje dopiero z momentem wpisu do księgi wieczystej²⁸.

Odrębnym zagadnieniem dotyczącym analizowanego obszaru jest przelew roszczeń o świadczenia uboczne. Jak *expressis verbis* stanowi art. 83 przedmiotowej ustawy, przepisów dotyczących przeniesienia wierzytelności hipotecznej nie stosuje się w odniesieniu do przelewu roszczeń o świadczenia uboczne²⁹. Jak się wydaje, zastosowanie tego przepisu w praktyce może z jednej strony oznaczać brak możliwości częściowego zabezpieczenia hipotecznego cesji wierzytelności o świadczenia uboczne lub może oznaczać konieczność dokonania odrębnych uzgodnień w umowie przenoszącej wierzytelność główną bądź w innej umowie co do ich objęcia hipoteką³⁰.

Za kolejną ważną zmianę mającą na celu uelastycznienie hipoteki należy uznać wprowadzenie do treści ustawy przepisów poszerzających paletę narzędzi prawnych służących racjonalnemu gospodarowaniu wierzytelnościami zabezpieczonymi hipotecznie. Zgodnie z art. 68³ Ustawy o księgach wieczystych i hipotece, można zastąpić zabezpieczoną

²⁸ Podobne rozwiązanie wynika z art. 17, ust.1 Ustawy z dnia 6 grudnia 1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów (tekst jednolity: Dz.U. z 2009 r. Nr 67, poz. 569 z późn. zm.).

²⁹ W znowelizowanej Ustawie o księgach wieczystych i hipotece, zastąpiono tytuł Oddziału II brzmiący „Przelew wierzytelności hipotecznej”, tytułem „Przeniesienie wierzytelności hipotecznej”. Jak wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy jest to związane z uregulowaniem w tej jednostce redakcyjnej także możliwości przeniesienia zabezpieczonych hipoteką papierów wartościowych na okaziciela w drodze indosu (Druk sejmowy nr 1562/2008, s. 14).

³⁰ Por. T. Czech, *Przelew części wierzytelności hipotecznej*, „Przeгляд Sądowy” 2006, nr 7–8, s. 88.

hipoteką wierzytelność inną wierzytelnością tego samego wierzyciela³¹. W stanie prawnym istniejącym przed dniem 20 lutego 2011 r., wobec bezwzględnej akcesoryjności hipoteki, jedynym rozwiązaniem prawnym skutkującym zmianą treści zabezpieczonej wierzytelności było dokonanie odnowienia stosunku prawnego w trybie art. 507 Ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny³². Odnosząc się do społeczno-ekonomicznych skutków analizowanego rozwiązania warto podkreślić, że podmiana zabezpieczonej wierzytelności umożliwi zachowanie pierwszeństwa przysługującego hipotece, gdyż w celu zabezpieczenia innej wierzytelności wykorzystuje się tutaj już istniejące prawo o wcześniej ustalonym pierwszeństwie³³. W praktyce bowiem ustanowienie zabezpieczenia dla innej wierzytelności na *de facto* opróżnionym miejscu hipotecznymi, nie osłabia uprawnień związanych z wyższą pozycją wierzyciela przy podziale kwoty uzyskanej przy potencjalnej egzekucji z nieruchomości, co znacznie może zwiększyć atrakcyjność ekonomiczną operacji dla wierzyciela. W obecnym stanie prawnym zbliżony efekt można również osiągnąć, ustanawiając nową hipotekę na opróżnionym miejscu hipotecznym³⁴. W pierwszym przypadku jednak najczęściej pozostanie bez zmian element podmiotowy umowy o ustanowienie hipoteki. Ponadto „rozwiązanie uregulowane w art. 68³ może także przyczynić się do ograniczenia kosztów udzielenia zabezpieczenia hipotecznego w przypadku, w którym niedopuszczalne byłoby ustanowienie hipoteki w sposób przewidziany w art. 95 ust. 3 Ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe³⁵ przez bank. Podmiana zabezpieczonej wierzytelności wymaga bowiem zachowania formy pisemnej z podpisem notarialnie poświadczonym, zaś do ustanowienia nowej hipoteki wymagana jest forma aktu notarialnego dla ustanawiającego”³⁶.

³¹ Warto podkreślić, że rozwiązanie takie dopuszczał także art. 195 dekretu z dnia 11 października 1946 r. o prawie rzeczowym (Dz.U. Nr 57, poz. 319 z późn. zm.).

³² Dz.U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.

³³ *Hipoteka...*, *op. cit.*, s. 235.

³⁴ Zob. art. 101¹–101¹¹ Ustawy o księgach wieczystych i hipotece.

³⁵ Tekst jednolity: Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 z późn. zm.

³⁶ *Hipoteka...*, *op. cit.*, s. 235.

Rozluźnienie zasady akcesoryjności hipoteki w omawianym zakresie pozostaje w bezpośrednim związku z możliwością zabezpieczenia wielu wierzytelności jedną hipoteką. W kontekście tym można rozważać również takie rodzaje zmian przedmiotowych elementów wierzytelności hipotecznej, jak modyfikacja treści zabezpieczonej wierzytelności, dodanie kolejnej wierzytelności lub usunięcie spod zabezpieczenia jednej lub kilku wierzytelności³⁷. Jak się wydaje, przynajmniej część z tych przekształceń będzie prowadziła jednocześnie do zmiany treści hipoteki. Stąd istotną kwestią prawną staje się ustalenie, które z tych zmian wymagają dla swej skuteczności dokonania wpisu w księdze wieczystej zgodnie z treścią art. 248 § 1 Kodeksu cywilnego. Analiza art. 68⁴ pozwala ustalić, że ustawodawca w dosyć ogólny sposób dokonuje uporządkowania możliwych zmian treści wierzytelności, przyjmując za kryterium ich klasyfikacji wpływ czynności prawnej na zwiększenie zakresu zaspokojenia z nieruchomości obciążonej. Eksponując spośród możliwych przekształceń treści wierzytelności³⁸ zmianę waluty zabezpieczonej wierzytelności³⁹, ustawodawca nakłada wymóg uzyskania pisemnej zgody dłużnika rzeczowego na zmianę treści wierzytelności pod rygorem bezskuteczności takiej zmiany⁴⁰. Warto przy tym zauważyć, że przepis nie wymaga dokonania wpisu zmiany do księgi wieczystej. Jak można domniemywać, wymóg ten nie został zawarty w treści analizowanego przepisu, gdyż ustawodawca założył, że objęte regulacją zmiany nie wpłyną na treść hipoteki. W szczególności nie spowodują podwyższenia wysokości hipoteki. Wobec tego, można uznać, że warunkiem skuteczności przekształceń wierzytelności skutkujących zmianą treści hipoteki będzie uzyskanie konstytutywnego wpisu w księdze wieczystej, zgodnie z treścią art. 248 § 1 Kodeksu cywilnego. Wskazane rozumowanie dotyczące wymogu uzyskania wpi-

³⁷ Por. T. Czech, *Uwagi...*, *op. cit.*, s. 150–151.

³⁸ Takich jak na przykład podwyższenie kapitału zabezpieczonej wierzytelności czy zwiększenie wysokości odsetek.

³⁹ Jak można wnioskować z zawartego w treści art. 68⁴ Ustawy o księgach wieczystych i hipotece sformułowania: „oraz inne zmiany zabezpieczonej wierzytelności”.

⁴⁰ Oświadczenie właściciela nieruchomości powinno być złożone którejkolwiek ze stron.

su w księdze wieczystej wydaje się zasadne również w odniesieniu do zmian polegających na podmianie zabezpieczonej wierzytelności inną wierzytelnością tego samego wierzyciela (art. 68³ Ustawy o księgach wieczystych i hipotece), gdyż w tym przypadku ulega rozerwaniu akcesoryjność hipoteki jako prawa związanego ze ściśle oznaczoną wierzytelnością i pojawia się konieczność zmiany treści hipoteki. Ponadto warto podkreślić, że wbrew treści art. 68³ *in fine*, zgoda osób, którym przysługują prawa z pierwszeństwem równym lub niższym, będzie konieczna, gdy zmiana treści hipoteki obejmie także jej wysokość.

Podsumowując, można zauważyć, że przeanalizowane rozwiązania polegające na odstąpieniu od podziału hipoteki na kaucyjną i zwykłą, możliwości zabezpieczania hipoteką należności ubocznych innych niż odsetki i koszty postępowania oraz dopuszczalność zabezpieczania jedną hipoteką wielu wierzytelności, w znaczący sposób powinny przyczynić się do rozszerzenia gospodarczych możliwości zastosowania hipoteki oraz obniżenia kosztów pozyskiwania kredytów. Z pewnością również wskazane zmiany normatywne rozstrzygnęły szereg wątpliwości doktrynalnych. Z drugiej jednak strony wątpliwości może budzić zakres danych, które muszą zostać zawarte w treści aktu notarialnego w celu objęcia hipoteką należności ubocznych oraz nadmierna ogólność regulacji dotyczących operacji na wierzytelnościach zabezpieczonych hipoteką. W szczególności, wobec fragmentaryczności art. 68³ i art. 68⁴ Ustawy o księgach wieczystych i hipotece, pozostawione zostało praktyce rozstrzygnięcie co do warunków skuteczności prawnej np. sumowania wierzytelności zabezpieczonych hipotecznie, co może obniżyć pewność obrotu prawnego, wpływając na obniżenie atrakcyjności społeczno-gospodarczej analizowanych rozwiązań.

Izabela Lewandowska-Malec

Skutek prawny referendum lokalnego

Wprowadzenie

Gdy w roku 1998 wybuchł konflikt w sprawie budowy drogi ekspresowej, stanowiącej obwodnicę Augustowa, przebiegającej przez tereny prawnie chronione (Dolinę Rospudy) w postaci estakady, politycy zaproponowali przeprowadzenie referendum lokalnego z udziałem mieszkańców województwa podlaskiego¹. W związku z tym rozgorzała dyskusja, czy organizacja referendum w takiej sprawie jest dopuszczalna w świetle ustawy z dnia 15 września 2000 roku o referendum lokalnym². Mianowicie, art. 2 ust. 1 tej ustawy stanowi, że „W referendum lokalnym, (...) mieszkańcy jednostki samorządu terytorialnego jako członkowie wspólnoty samorządowej wyrażają w drodze głosowania swoją wolę co do sposobu rozstrzygnięcia sprawy dotyczącej tej wspólnoty, mieszczącej się w zakresie zadań i kompetencji organów danej jednostki lub w sprawie odwołania organu stanowiącego tej jednostki,

¹ *Zwycięstwo nad Rospudą*, <http://pracownia.org.pl/dzikiel-zycie-numery-archiwalne,2237,article,4238> (dostęp: 12.04.2012).

² Dz.U. Nr 88 poz. 985 z późn. zm. (dalej: url).

a w przypadku gminy także wójta (burmistrza, prezydenta miasta)”. Powstał zatem problem, czy lokalizacja autostrady może być przedmiotem referendum lokalnego. Debata, do której włączyli się ekolodzy, lokalni samorządowcy, mieszkańcy, politycy, a nadto prawnicy, dotykała wielu aspektów tej sprawy. W pierwszej kolejności zarzucono, że skoro Dolina Rospudy należy do europejskiej sieci ochrony Natura 2000, to nie można przeprowadzić referendum, którego skutkiem może być złamanie prawa polskiego i europejskiego³. Mianowicie, Komisja Europejska sprzeciwiła się tej inwestycji i wystąpiła do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości ze skargą, że Polska nie wykonuje unijnych dyrektyw. Głosy w odniesieniu do wagi rozstrzygnięcia referendalnego przed Trybunałem były podzielone: zwolennicy prawa europejskiego twierdzili, że nie będzie miało żadnego znaczenia, natomiast politycy utrzymywali, że wynik referendum może mieć znaczenie podczas postępowania przed tym Trybunałem jako ważny głos społeczny⁴. Inni uważali, że referendum jest niepotrzebne, gdyż jest to zrzucenie problemu na barki obywateli; rozstrzygnięcie powinny znaleźć organy władzy rządowej, ponadto organizacja referendum to przedsięwzięcie kosztowne⁵. Poruszono również argument, że o sprawie z zakresu ochrony przyrody nie powinni decydować jedynie mieszkańcy Podlasia, gdyż stanowi ona dobro ogólnonarodowe, a w referendum wojewódzkim wolno rozstrzygać jedynie sprawy województwa⁶.

Wokół zagadnienia, jaka sprawa może być przedmiotem referendum lokalnego, narosło wiele wątpliwości zarówno w orzecznictwie sądowym, literaturze przedmiotu, jak i praktyce życia publicznego.

³ *Nielegalne referendum w sprawie Rospudy?!*, <http://www.greenpeace.org/poland/pl/wydarzenia/polska/nielegalne-referendum-w-sprawi/> (dostęp: 12.04.2012).

⁴ *Prof. Barcz: Referendum w sprawie Rospudy nie ma znaczenia*, <http://wyborcza.pl/1,76842,4146319.html> (dostęp: 14.04.2012).

⁵ *Giertych: Referendum w sprawie Rospudy jest niepotrzebne*, <http://wyborcza.pl/1,79163,4131790.html> (dostęp: 12.04.2012).

⁶ *Nielegalne referendum w sprawie Rospudy?!*, <http://www.greenpeace.org/poland/pl/wydarzenia/polska/nielegalne-referendum-w-sprawi/> (dostęp: 12.04.2012); KE: *referendum ws. Rospudy nie zmienia*, http://forum.gazeta.pl/forum/w,52,57906038,57906038,KE_referendum_ws_Rospudy_nic_nie_zmieni.html. (dostęp: 12.04.2012).

Niniejszy artykuł stanowi próbę rekapitulacji dotychczasowych ustaleń w tym przedmiocie i propozycję rozstrzygnięcia problemu.

Przedmiot referendum lokalnego

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że dwie sprawy bez żadnych wątpliwości mogą być przedmiotem referendum w skali lokalnej; jedna dotyczy odwołania organów pochodzących z wyborów bezpośrednich, druga zaś samoopodatkowania się mieszkańców na cele publiczne⁷. W drodze referendum wolno zatem odwołać radę (gminy, powiatu), sejmik województwa jako organ stanowiący danej jednostki samorządu terytorialnego, zaś w odniesieniu do gminy wójta, burmistrza, prezydenta jako organ wykonawczy. Także tylko na terenie gminy wolno przeprowadzić referendum w sprawie samoopodatkowania się mieszkańców na cele publiczne, mieszczące się w zakresie zadań i kompetencji organów gminy (z uwzględnieniem faktu, że analiza tego sformułowania nastąpi poniżej)⁸.

Poza tymi dwoma zagadnieniami inne sprawy, które mogą zostać poddane procedurze referendalnej, zostały wskazane w ustawie za pomocą określenia: „sprawa dotycząca tej wspólnoty, mieszcząca się w zakresie zadań i kompetencji organów danej jednostki”. Tak ujęte pojęcie „sprawy”, będącej przedmiotem referendum lokalnego, budzi zrozumiałe wątpliwości w literaturze przedmiotu i orzecznictwie sądów administracyjnych. Wspomnieć w tym miejscu należy o sposobie sformułowania tego zagadnienia w poprzednio obowiązującej ustawie z dnia 11 października 1991 roku o referendum gminnym, które brzmiało następująco: „W referendum mieszkańcy gminy wyrażają w drodze głosowania swoją wolę co do sposobu rozstrzygnięcia sprawy

⁷ P. Uziębło, *Komentarz do art. 2 ustawy o referendum lokalnym* (stan prawny: 01.01.2008), <http://lex.adm.uj.edu.pl> (dostęp: 20.04.2012); J. Kuciński, *Demokracja przedstawicielska i bezpośrednia w Trzeciej Rzeczypospolitej*, Warszawa 2007, s. 247–248; W. Kręcisz, W. Taras, *Wprowadzenie*, [w:] *Ustawa o referendum lokalnym*, Zakamycze 2001, s. 26.

⁸ Art. 7 url.

lub odwołania rady gminy przed upływem kadencji” (art. 1, ust. 1), ponadto art. 3 ust. 2 stanowił, że oprócz samoopodatkowania mieszkańców „Referendum może być przeprowadzone w każdej innej sprawie ważnej dla gminy”⁹. Już pod rządami tego prawa za pomocą orzecznictwa sądowego starano się „dookreślić” to bardzo szerokie określenie. Jako przykład można wskazać postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 29 czerwca 1993 roku, w którym orzeczono, że: „przedmiotem referendum może być tylko sprawa mieszcząca się w zakresie właściwości organów gminy”¹⁰. Takie stanowisko NSA wyrażał kilkakrotnie¹¹. A zatem, wyrażenie zawarte w art. 2 ustawy o referendum lokalnym należy skonfrontować z pojęciem sprawy dotyczącej danej wspólnoty, która, w myśl art. 170 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku, może być przedmiotem referendum lokalnego¹². Nie są to bowiem określenia tożsame.

Zarówno pod rządami poprzedniego prawa, jak i w świetle obecnie obowiązującej ustawy jawi się jako nadal nierozstrzygnięty problem owych „zadań i kompetencji organów”; w wyroku z 26 lutego 2003 roku Trybunał Konstytucyjny wskazał, że pojęcie zadań i kompetencji organów nie pokrywa się z pojęciem zadań danej jednostki samorządu terytorialnego¹³. Jednak w literaturze przyjmuje się, że źródłem zadań organów danej jednostki samorządowej są zadania wykonywane przez tę jednostkę¹⁴. Jak wiadomo, dzielą się na zadania własne i zlecone¹⁵. W związku z powyż-

⁹ Dz.U. 1996, Nr 84, poz. 386.

¹⁰ Sygn. SA/Wr 935/93.

¹¹ Przykładowo: postanowienie NSA (oz. w Katowicach) z 18.09.1998, sygn. II SA/Ka 1240/98, wyrok NSA (oz. w Łodzi) z 28.02.2001, sygn. II SA/Łd 297/01.

¹² Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

¹³ „(...) należy rozważyć (...), czy jest możliwe nadanie mu (art. 170 Konstytucji RP – przyp. ILM) takiego znaczenia, by wiązał się on z zakresem zadań gminy, powiatu, czy województwa samorządowego, a nie tylko z zakresem zadań jego organów. Takie całkowite utożsamienie zakresu zadań jednostki samorządu terytorialnego składają się wszystkie elementy jej struktury organizacyjno-prawnej, tzn. w pierwszym rzędzie oczywiście – organy, lecz także i sama społeczność lokalna zorganizowana w celu zarządzania sprawami lokalnymi”, sygn. K 30/02 (teza 1).

¹⁴ Por. A. Rytel-Warzocho, *Podmiotowy zakres referendum lokalnego w Polsce*, nr 143177/3, <http://lex.adm.uj.edu.pl> (dostęp: 20.04.2012).

¹⁵ Z. Leoński, *Samorząd terytorialny w RP*, wyd. 5, Warszawa 2006, s. 34–43; K. Bandarzewski, P. Chmielnicki, W. Kisiel, *Prawo samorządu terytorialnego w Polsce*, Warszawa 2006, s. 110–113;

szym, kwestią problematyczną jest, czy pod rozstrzygnięcie mieszkańców w referendum lokalnym poddaje się sprawę w obrębie zadań własnych czy również zadań zleconych. W literaturze przedmiotu zagadnienie to budzi wątpliwości i rodzi przeciwstawne poglądy¹⁶.

W tej kwestii wypada odwołać się do Konstytucji; stanowi ona mianowicie w art. 166, że jednostki samorządu terytorialnego wykonują zadania publiczne. Zgodnie z ust. 1 „Zadania publiczne służące zaspokajaniu potrzeb wspólnoty samorządowej są wykonywane przez jednostkę samorządu terytorialnego jako zadania własne”, natomiast „Jeżeli wynika to z uzasadnionych potrzeb państwa, ustawa może zlecić jednostkom samorządu terytorialnego wykonywanie innych zadań publicznych. Ustawa określa tryb przekazywania i sposób wykonywania zadań zleconych” (ust. 2). Do tych ostatnich zalicza się zarówno zadania zlecone do wykonania na mocy przepisów prawa rangi ustawowej, jak również przekazane na mocy porozumień zawartych między tymi jednostkami a organami administracji państwowej. Oprócz nich występują też tak zwane zadania powierzone na mocy porozumień zawartych pomiędzy jednostkami samorządu terytorialnego tego samego lub różnego szczebla¹⁷.

Z postanowień Konstytucji RP wynika jednoznacznie, iż zadania własne, zdaniem ustrojodawcy, odnoszą się do potrzeb danej wspólnoty, zaś zlecone wykraczają swoim zasięgiem poza ten zakres¹⁸. Uczy-

J. Dobkowski, P. Sobotko, *Wybrane zadania gminy ze sfery infrastruktury społecznej*, [w:] *Organizacyjne i prawne problemy funkcjonowania samorządu terytorialnego*, red. S. Kamosiński, Bydgoszcz 2011, s. 25–26.

¹⁶ Por. E. Olejniczak-Szałowska, *Referendum lokalne w świetle ustawodawstwa polskiego*, Warszawa 2002, s. 117 i n.; A. Agopszowicz, Z. Gilowska, *Ustawa o gminnym samorządzie terytorialnym. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 105.

¹⁷ K. Bandarzewski, [w:] *Komentarz do ustawy o samorządzie gminnym*, red. P. Chmielnicki, Warszawa 2004, s. 95–99; *Samorząd terytorialny – ustroj i gospodarka*, red. Z. Niewiadomski, Bydgoszcz 2001, s. 59; J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Kraków 2006, s. 189.

¹⁸ Por. także art. 7 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym: „Zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy”; tekst jedn. Dz.U. 2001, Nr 142, poz. 1591 (dalej u.s.g.); por. art. 6 ust. 1 ustawy o samorządzie powiatowym: „Powiat wykonuje określone ustawami zadania publiczne o charakterze ponadgminnym”; tekst jedn. Dz.U. 2001, Nr 142, poz. 1592 (dalej u.s.p.); art. 14 ust. 1: „Samorząd województwa wykonuje zadania o charakterze wojewódzkim określone ustawami”; tekst jedn. Dz.U. 2001, nr 142, poz. 1590 (dalej u.s.w.).

niono zatem dystynkcję pomiędzy zadaniami własnymi a zleconymi ze względu na realizację potrzeb lokalnych względnie ogólnopaństwowych. Należy w związku z tym sięgnąć do przepisów samorządowych ustaw ustrojowych. Zadania zlecone gminie, powiatowi lub województwu mogą dotyczyć zakresu administracji rządowej, a także organizacji i przeprowadzenia wyborów powszechnych oraz referendum. W przypadku gminy i powiatu zadania z zakresu administracji rządowej wynikają bądź z ustaw bądź z zawartych porozumień, zaś w przypadku województwa jedynie z ustaw¹⁹. Część badaczy zagadnienia zadań jednostek samorządu terytorialnego wskazuje na występujące różnice między zadaniami własnymi a zleconymi; mianowicie „przejście z kategorii zadań własnych do zleconych będzie wymagać spełnienia kryterium »uzasadnionych potrzeb państwa«. W ustawach tworzących kategorię zadań zleconych powinno znaleźć się uzasadnienie potrzeby zlecenia samorządowi oraz zdefiniowanie owych »uzasadnionych potrzeb państwa« w odniesieniu do każdej, indywidualnej kategorii zadań”. B. Dolnicki, odwołując się do jednego z orzeczeń TK wskazał, że w przypadku zadań własnych samorząd realizuje potrzeby zbiorowe społeczności lokalnych, zaś w przypadku zadań zleconych „zorganizowanego w państwo całego społeczeństwa”²⁰. Istnienie znaczących różnic pomiędzy tymi dwoma rodzajami zadań podważają inni autorzy, twierdząc, że granica między tymi zadaniami uległa „daleko posuniętemu zatarciu”²¹. Uwzględniając jednak różnice między tymi rodzajami zadań, wynikające z norm konstytucyjnych, wskazujących na cel, który ma zostać osiągnięty, utrzymanie tego podziału wydaje się konieczne; w przypadku przyjęcia przeciwnego stanowiska, wszelkiego rodzaju sprawy, wynikające z zadań, realizowanych przez organy samorządu, niezależnie od tego czy mają charakter własny, czy zlecony, mogłyby być przedmiotem referendum. To oznaczałoby opowiedzenie się za koncepcją, że sprawy o zasięgu ponadlokalnym są jednocześnie

¹⁹ Art. 8 ust. 1 i 2 u.s.g.; art. 4 ust. 4, art. 5 ust. 1 u.s.p.; art. 14 ust. 2 u.s.w.

²⁰ B. Dolnicki, *Samorząd terytorialny*, wyd. 4, Warszawa 2009, s. 58–59.

²¹ K. Bandarzewski, P. Chmielnicki, W. Kisiel, *Prawo samorządu terytorialnego w Polsce*, Warszawa 2006, s. 124.

lokalne; wszak sprawa budowy autostrady jest jednocześnie ważna dla użytkowników spoza danego terenu, jak i miejscowej społeczności, dla zachowania ekosystemu całego państwa i lokalnego terenu. To prowadziłyby do zatarcia różnic pomiędzy referendum lokalnym a ogólnopañstwowym. Wydaje się więc, że pojęcie „sprawy dotyczącej danej wspólnoty”, zawarte w art. 170 Konstytucji RP, nie należy rozumieć tak szeroko. Tego zdania był TK we wspomnianym wyżej orzeczeniu z 26 lutego 2003 roku, twierdząc, że „Z pojęcia spraw mogących być przedmiotem referendum lokalnego (...) wyłączone zostały istotne sprawy dotyczące danej wspólnoty lokalnej (...), lecz nie objęte ustawowo zakresem zadań danej jednostki samorządowej”²². TK zauważył, że pojęcie sprawy użyte w art. 170 Konstytucji RP jest szersze niż użyte w art. 2 ust. 1 ustawy o referendum lokalnym. Jednocześnie skonstatował, że z oczywistych powodów zdecydowana większość jest wykonywana przez organy jednostek²³. Trybunał, odwołując się do współlistnienia dwóch konstytucyjnych zasad: wykonywania zadań samorządowych za pośrednictwem jego organów oraz zasady bezpośredniego wyrażania woli mieszkańców we wszystkich sprawach, które mają decydujące znaczenie dla danej wspólnoty wywiódł wnioski, że „mieszkańcy mają prawo do wyrażania swej woli w drodze referendum we wszystkich zasadniczych dla tej wspólnoty sprawach, nie wyłączonych z mocy Konstytucji – niezależnie, czy sprawy te są zadaniami organów lokalnych czy też nie”. Z pewnością wspólnota mieszkańców powinna mieć prawo wypowiedzieć się w każdej sprawie należącej do zadań własnych, choćby wprost nie wynikały z zadań i kompetencji organów danej jednostki samorządowej.

Z powyższych rozważań wynika, że referendum lokalne może zostać zorganizowane w sprawie wynikającej z zadań własnych danej jednostki samorządu terytorialnego bez żadnych ograniczeń. Przeprowadzenie referendum w sprawie wynikającej z zadań zleconych z zakresu administracji rządowej wydaje się właściwie wykluczone; w pierwszym przy-

²² Sygn. K 30/02.

²³ *Ibidem*.

padku wszystkie zadania własne służą realizacji potrzeb lokalnych, więc dotyczą bezpośrednio wspólnoty i interesów jej mieszkańców, natomiast w drugim przypadku zlecenie zadania nie powoduje, że zadanie przestaje służyć realizacji potrzeb państwa, a ta przesłanka eliminuje właściwie możliwość przeprowadzenia referendum lokalnego.

Problem jednak powstaje, gdy weźmiemy pod uwagę podział zadań na obligatoryjne i fakultatywne. Ten podział przebiega na innej płaszczyźnie niż podział, o którym była mowa powyżej; mianowicie zadania obligatoryjne występują w obszarze zadań własnych, jak również zadań zleconych, jeśli ich realizacja wynika z ustawy²⁴. W literaturze zaznacza się jednak, że zadania własne o charakterze obowiązkowym występują tylko w przypadku samorządu gminnego, z drugiej jednak strony to gmina jest podstawową jednostką samorządu terytorialnego, w gminach najczęściej są organizowane referenda²⁵. Zgodnie z Ustawą z dnia 12 marca 2004 roku o pomocy społecznej do kompetencji rady gminy należy uchwalenie gminnej strategii rozwiązywania problemów społecznych ze szczególnym uwzględnieniem programów pomocy społecznej, profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych i innych, których celem jest integracja osób i rodzin z grup szczególnego ryzyka²⁶. Załóżmy, że inicjatorzy referendum, na przykład z powodów oszczędnościowych, choć mogą to być przyczyny daleko mniej humanitarne, chcą poddać pod głosowanie kwestię potrzeby uchwalenia tej strategii lub zamierzają poddać pod głosowanie powszechne przygotowany projekt; mianowicie do dziś niezwykłą frustracją lokalnego społeczeństwa wzbudza opieka nad osobami najuboższymi oraz wywodzącymi się ze środowisk patologicznych – uważa się finansowanie ich potrzeb za niczym nieuzasadnione rozdawnictwo publicznych pieniędzy. W wyniku przeprowadzonego referendum mogłoby nie dojść do uchwalenia strategii. Już pod rządami ustawy o referendum gminnym art. 13, ust. 1 uzależniał dopuszczalność przeprowadzenia

²⁴ Art. 7 ust. 2 u.s.g.

²⁵ K. Bandarzewski, P. Chmielnicki, W. Kisiel, *op. cit.*, s. 109.

²⁶ Tj. Dz. U. 2009 Nr 175 poz. 1362, por. art. 18. ust. 2 pkt. 15 u.s.g..

go od warunku, czy nie prowadzi do rozstrzygnięć sprzecznych z prawem. Podobnie w art. 17 ustawy o referendum lokalnym zamieszczono warunek, że „referendum nie może prowadzić do takiego skutku”. A. Kisielewicz w *Komentarzu do ustawy* wskazał, że mieszkańcy „wyrażając swoją wolę w drodze referendum, są władzą publiczną, a władza publiczna może działać tylko na podstawie i w granicach prawa (art. 7 Konstytucji)”²⁷. Teoretycy demokracji podnoszą, że jest to ustrój, w którym, wbrew etymologii tego pojęcia, suwerenem nie jest lud („rządy ludu”), lecz prawo („rządy prawa”)²⁸. Z tych rozważań wynika, że rozpatrując wnioski o przeprowadzenie referendum lokalnego, należy mieć na względzie prawne ograniczenia, szczególnie wyraźnie artykułowane w przypadku zadań obowiązkowych.

Należy przyjąć, że zadania zlecone ustawowo bezwzględnie nie mogą być przedmiotem pytań referendalnych w danej jednostce samorządu terytorialnego. Obowiązek ich realizacji wynika wprost z ustaw samorządowych oraz ustaw szczególnych, a nadto cel, który ma być osiągnięty, wykracza poza potrzeby wspólnoty²⁹.

Inną sytuację dostrzegamy, gdy chodzi o zadania o charakterze fakultatywnym. Ich fakultatywność wynika z różnych przyczyn: albo zadanie własne nie ma charakteru obowiązującego na podstawie przepisów szczególnych, albo nieobowiązkowość wynika z braku przymusu w odniesieniu do zawarcia porozumienia z organem administracji rządowej względnie inną jednostką samorządu terytorialnego. Analizie należy poddać ten drugi przypadek dobrowolności. Skoro organ jednostki samorządu terytorialnego decyduje się na zawarcie porozumienia, to należy przyjąć, że widzi w tym interes wspólnoty. A zatem, zarówno organy administracji rządowej, jak i jednostki samorządu terytorialnego, zlecając do wykonania określone zadanie biorą (lub powinny wziąć) pod uwagę możliwość przeprowadzenia w tej sprawie

²⁷ A. Kisielewicz, *Komentarz do art. 2 ustawy o referendum lokalnym (stan prawny na 10.09.2007)*, <http://lex.adm.uj.edu.pl> (dostęp: 20.04.2012).

²⁸ Por. B. Szlachta, *Demokracja a rządy prawa*, [w:] *Oblicza demokracji*, red. R. Legutko, J. Kłockowski, Kraków 2002, s. 83–101, także A. Jamróz, *Demokracja*, Białystok 1999, s. 58.

²⁹ Por. uwagi P. Uziębły, *idem*, *Ustawa o referendum...*, *op. cit.*, s. 22, s. 24–25.

referendum lokalnego³⁰. Liczyć się z tym powinny również organy danej jednostki, które to porozumienie zamierzają zawrzeć; wszak chodzi o dobro mieszkańców ich wspólnoty. Zagadnieniem, które pozostaje do rozstrzygnięcia, jest kwestia jego skutku prawnego względem podmiotów, które to porozumienie zawarły. Wynik referendum wiąże organy samorządowe bezwzględnie; jeśli mieszkańcy opowiedzieli się przeciwko treści porozumienia, to organy samorządowe są zobowiązane do podjęcia działań zmierzających do rozwiązania zawartego porozumienia. Jest to prawnie możliwe; wszak umowy te stanowią o dopuszczalności ich rozwiązania.

Skutek prawny referendum lokalnego

Art. 56 ust. 1 referendum lokalnego stanowi, że: „Wynik referendum jest rozstrzygający, jeżeli za jednym z rozwiązań w sprawie poddanej pod referendum oddano więcej niż połowę ważnych głosów”. Wymowa tego stwierdzenia wydaje się jednoznaczna: jeśli inne warunki zostaną spełnione (wymóg frekwencji) skutkiem prawnym referendum jest podjęcie rozstrzygnięcia wiążącego *erga omnes*. Sprawa staje się bardziej skomplikowana, gdy w procesie podejmowania rozstrzygnięcia uczestniczą organy inne niż organy samorządu terytorialnego; w szczególności chodzi tu o organy administracji rządowej w wypadku oddanych im do kompetencji spraw dotyczących żywotnych interesów wspólnot samorządowych na mocy powszechnie obowiązujących przepisów prawnych. Czy referendum lokalne w takiej sprawie może zostać przeprowadzone i jaki skutek odniesie jego wynik w odniesieniu do organów danej jednostki samorządu terytorialnego oraz organów administracji rządowej, skoro ustawa o referendum lokalnym stanowi, że referendum ważne odbyte ma charakter rozstrzygający.

³⁰ O poglądach odmiennych zob. *ibidem*, s. 24; pogląd dopuszczający referendum w omawianych sprawach, por. A. Kisielewicz, [w:] K.W. Czaplicki, B. Dauter, A. Kisielewicz, F. Rymarz, *Ustawa o referendum lokalnym. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 51.

Powyższe zagadnienie stało się przedmiotem orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 lutego 2003 roku³¹. Sprawa została zainicjowana przez Rzecznika Praw Obywatelskich, który we wniosku o zbadanie konstytucyjności art. 2 Ustawy o referendum lokalnym wskazał, że uchwalenie nowej ustawy z dnia 15 marca 2002 roku o ustroju miasta stołecznego Warszawy spowodowało zasadnicze zmiany w sytuacji mieszkańców dawnych gmin warszawskich, którzy pod rządami nowej ustawy stali się mieszkańcami jednej gminy Warszawa, gdyż dotychczasowy obligatoryjny związek gmin uległ likwidacji, a w miejsce gmin powstały jednostki pomocnicze³². Mieszkańcy Warszawy nie mieli na to żadnego wpływu. Rzecznik Praw Obywatelskich jako wzorzec konstytucyjny wskazał art. 170 Konstytucji RP, stanowiący, że: „Członkowie wspólnoty samorządowej mogą decydować, w drodze referendum, o sprawach dotyczących tej wspólnoty, w tym o odwołaniu pochodzącego z wyborów bezpośrednich organu samorządu terytorialnego. Zasady i tryb przeprowadzania referendum lokalnego określa ustawa” oraz art. 2 Konstytucji RP, stanowiący, iż „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”. Rzecznik posiłkował się także art. 5 Europejskiej Karty Samorządu Lokalnego, który stanowi, że: „Każda zmiana granic społeczności lokalnej wymaga uprzedniego przeprowadzenia konsultacji z zainteresowaną społecznością, możliwie w drodze referendum, jeśli ustawa na to zezwala”³³. Z obu przepisów wnioskodawca wywodził niekonstytucyjność art. 2 ustawy o referendum lokalnym. Trybunał Konstytucyjny, analizując wniosek, zauważył, że wyrażenie „mogą decydować” oznacza nie tylko „prawo do wypowiedzania się decydującego, tzn. rozstrzygającego daną sprawę co do jej istoty”, ale także „prawo współdecydowania” oraz „prawo wpływania kształtującego”. A zatem TK z tego rozumowania wywiódł prawo społeczności lokalnej do „wypowiedzania się w drodze referendum wiążącego, a na-

³¹ Sygn. K 30/02.

³² Dz.U. Nr 41, poz. 361.

³³ Dz.U. 1994 Nr 124, poz. 607, zmiana tytułu obwieszczeniem Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 22 sierpnia 2006 r. o sprostowaniu błędów, Dz.U. z 2006 r. Nr 154, poz. 1107.

stępnie opiniodawczego lub konsultacyjnego”. Rozstrzygnięcie zapadłe w takim referendum wiąże organy jednostki samorządu terytorialnego, zobowiązane na mocy przepisów szczególnych do wydania opinii w sprawie, należącej do kompetencji organu administracji rządowej.

Orzeczenie TK może budzić uzasadnione wątpliwości, choćby w świetle poglądu, że „(...) przedmiotem referendum lokalnego mogą być sprawy, które nie tylko mieszczą się w zakresie zadań danej jednostki samorządowej, ale również są rozstrzygane przez organy tej jednostki; ostatnia kwestia wynika z faktu, że „normy zadaniowe nie mogą być utożsamiane z normami kompetencyjnymi”, a „kompetencje to prawem udzielone upoważnienie do posługiwania się określonymi (władczymi) formami działania, pozwalającymi na wkraczanie w sferę praw i obowiązków podmiotów nienależących do systemu organizacyjnego samorządu terytorialnego”³⁴.

Wskazany wyżej wyrok TK był przedmiotem częściowo krytycznej glosy Wojciecha Kręcisz i Wojciecha Tarasa³⁵. Autorzy stwierdzili, że wyrok TK zmierza do wykazania, iż w zależności od formy, w jakiej działa podmiot kompetencji (wspólnota mieszkańców), zakres tychże kompetencji może być węższy lub szerszy, tzn. węższy, gdy wspólnota mieszkańców realizuje atrybuty swojej władzy przez swoich przedstawicieli, szerszy zaś, gdy realizuje je bezpośrednio w drodze referendum, o czym miałyby decydować zasada fakultatywności referendum lokalnego w każdej sprawie dotyczącej tej wspólnoty³⁶. Uznając to stanowisko za bezpodstawne, autorzy przyjęli, że „(...) wyrażona na gruncie art. 170 konstytucji zasada fakultatywności referendum lokalnego (»członkowie wspólnoty samorządowej mogą decydować, w drodze referendum«) nie może oznaczać dowolności, w sensie niczym nie ograniczonej swobody głosowań powszechnych w postaci referendum. Oznacza ona tylko tyle, że w zakresie wynikającym z przepisów obowiązującego prawa dopusz-

³⁴ A. Kisielewicz, [w:] K.W. Czaplicki, B. Dauter, A. Kisielewicz, F. Rymarz, *Ustawa o referendum lokalnym. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 45.

³⁵ W. Kręcisz, W. Taras, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 lutego 2003 r. (sygn. K 30/03)*, „Przegląd Sejmowy” 2003, nr 3, s. 85 i n.

³⁶ *Ibidem*, s. 96.

cza się możliwość rozstrzygnięć zapadających w trybie referendalnym³⁷. W związku z tym opowiedzieli się przeciwko możliwości przeprowadzania referendum o charakterze opiniodawczym względnie głosowań powszechnych, przybierających postać konsultacji³⁸. Stanowisko takie nie jest odosobnione w literaturze³⁹.

Wobec powyższego, z uwzględnieniem wyroku TK z 26 lutego 2003 roku, w sprawach, które są rozstrzygane na mocy przepisów szczególnych przez inne niż organy jednostek samorządu terytorialnego, organy administracji publicznej, możliwość przeprowadzenia referendum zależy od tego, czy organy samorządowe biorą udział w procesie podejmowania tego rozstrzygnięcia. Jeśli natomiast organy administracji rządowej decydują się na zlecenie jednostce samorządu terytorialnego zadania publicznego do wykonania to muszą się liczyć z możliwością przeprowadzenia referendum wśród mieszkańców, którego wyniki będą wiązać organy tej jednostki. Oczywiście, obowiązują te same zasady, jak w przypadku omówionym w wyroku TK; sprawa musi mieć charakter zasadniczy dla danej wspólnoty, nie może należeć do zakresu kompetencji, skutkujących wydaniem indywidualnych decyzji z zakresu administracji publicznej.

Powracając do podanego na początku naszych rozważań przykładu referendum w sprawie przebiegu obwodnicy Augustowa odbyło się w dniu 20 maja 2007 roku razem z przedterminowymi wyborami do sejmiku województwa podlaskiego⁴⁰. Mieszkańcy województwa mieli odpowiedzieć na jedno pytanie, które brzmiało: „Czy jest Pan/Pani za utrzymaniem lokalizacji przebiegu obwodnicy Augustowa w ciągu drogi krajowej S8, określonej w Planie Zagospodarowania Przestrzennego Województwa Podlaskiego uchwalonym uchwałą nr IX/80/03 Sejmiku Województwa Podlaskiego z dnia 27 czerwca 2003 r., zgodnie z projektem zatwierdzonym decyzją Wojewody Podlaskiego?”⁴¹.

³⁷ *Ibidem*, s. 97.

³⁸ *Ibidem*, s. 98.

³⁹ A. Kisielewicz, [w:] K.W. Czaplicki, B. Dauter, A. Kisielewicz, F. Rymarz, *op. cit.*, s. 54.

⁴⁰ http://www.wrotapodlasia.pl/pl/adm/referendum_obwodnica_augustowa/Obwodnica_przez_Rospude_zdecyduje_referendum.htm (dostęp: 2.05.2012).

⁴¹ Podlaskie: Trwa referendum w sprawie Rospudy, [http://www.money.pl/archiwum/wiadomo-](http://www.money.pl/archiwum/wiadomo)

Referendum okazało się nieważne, gdyż nie spełniono wymogu frekwencyjnego – do urn poszło 21,555 procent mieszkańców uprawnionych do głosowania, z których ponad 92 procent wyraziło aprobatę dla lokalizacji obwodnicy, przewidzianej pytaniem referendalnym⁴². Losy tego referendum pokazują szerszy problem braku zainteresowania obywateli nie tylko sprawami ogólnopństwowymi, ale nawet tymi, które dotyczą ich najbliższego otoczenia. W latach 1990–2002 przekraczano próg ważności referendum lokalnych przeciętnie w przypadku 10 procent głosowań; te zaś odbywały się głównie w sprawach odwołania organu samorządowego (ok. 85% wszystkich referendum)⁴³.

Podsumowanie

Zagadnienie, jakie sprawy mogą być przedmiotem referendum lokalnego, nadal w orzecznictwie oraz literaturze wywołuje wiele wątpliwości i budzi sprzeczne opinie. Po przyjęciu założenia, że przedmiotem referendum lokalnego mogą być sprawy, wynikające nie tylko z samych zadań i kompetencji organów, ale zadań jednostki samorządu terytorialnego, należy rozważyć, czy art. 2 ust. 1 ustawy o referendum lokalnym dotyczy tylko zadań własnych czy również zadań zleconych. Autorka stoi generalnie na stanowisku, że pytaniem referendalnym można objąć każdą sprawę wynikającą z zadań własnych danej jednostki samorządowej, natomiast z istoty zadań zleconych wynika, że wykraczają poza potrzeby lokalne wspólnoty terytorialnej; ich celem jest realizacja potrzeb państwa. Z tego powodu należałoby odrzucić możliwość organizacji referendum w sprawach, wynikających z zadań zleconych. Jednak dystynkcja uczyniona pomiędzy zadaniami zleconymi o cha-

sci_agencyjne/pap/arttykul/podlaskie;trwa;referendum;w;sprawie;rospudy,191,0,242367.html (dostęp: 14.04.2012).

⁴²http://www.wrotapodlasia.pl/pl/adm/referendum_obwodnica_augustowa/Wyniki_referendum.htm (dostęp: 2.05.2012).

⁴³ A.K. Piasecki, *Samorząd terytorialny i wspólnoty lokalne*, Warszawa 2009, s. 354–355.

rakterze obligatoryjnym, realizowanymi z mocy ustaw, a zadaniami dobrowolnymi, wykonywanymi na mocy porozumień z organami administracji rządowej, skłania do wysunięcia tezy, że w pierwszym wypadku chodzi o realizację potrzeb ogólnopństwowych, w drugim zaś widoczne jest, w związku z podpisaniem porozumienia przez organ samorządowy, zainteresowanie i potrzeby wspólnoty lokalnej. Wobec tego należałoby przyjąć, że realizacja zadania z zakresu administracji rządowej na mocy porozumienia dotyczy danej wspólnoty, a zatem może być poddana pod referendum lokalne. Zarówno tego rodzaju porozumienia, jak i porozumienia, zawierane pomiędzy jednostkami samorządu terytorialnego tego samego lub różnego szczebla zawierają (lub powinny zawierać) klauzulę, umożliwiającą ich rozwiązanie.

Ryszard Szostak

O potrzebie usprawnienia odpowiedzialności organizatora przetargu za szkody wyrządzone konkurentom ubiegającym się o zamówienie publiczne

I

Postępowanie przetargowe¹ rozgrywa się w ramach wielostronnego z założenia stosunku cywilnoprawnego o charakterze ofertowo-eliminacyjnym. Wybór oferty najkorzystniejszej połączony jest jednak z jej przyjęciem, w wyniku którego powstaje odrębny stosunek dwustronny, zmierzający do zawarcia umowy finalnej. W ramach postępowania

¹ Według Ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. nr 113/2010, poz. 759, dalej: „Pzp”) podstawowym sposobem udzielenia zamówienia publicznego jest tryb przetargowy, pozostałe procedury mają zastosowanie wyjątkowe, ale ponieważ większość z nich wywodzi się z tradycyjnego przetargu pisemnego – w znacznym zakresie odzwierciedlają one przetargowe elementy konstrukcyjne. Dotyczy to zwłaszcza trybu tzw. zapytania o cenę (art. 69 Pzp) oraz trzech procedur negocjacyjno-przetargowych (por. art. 54, 60a i 61 Pzp). Od modelu przetargowego odbiega jednak, rzadko organizowany, konkurs na dzieło projektowe z wykorzystaniem publicznego przyrzeczenia nagrody (art. 110 Pzp), licytacja elektroniczna w ujęciu kodeksowej aukcji (art. 74 Pzp) i udzielenie zamówienia z wolnej ręki (art. 66 Pzp), polegające na przeprowadzeniu niewiążących negocjacji. Dlatego, nie licząc trzech ostatnich trybów, w praktyce operuje się nieco uproszczonym pojęciem „procedur przetargowych”.

eliminacyjnego² przewiduje się dwie fazy proceduralne. W pierwszej kolejności powinna się odbyć selekcja konkurentów, z punktu widzenia ich wiarygodności, zwłaszcza zdolności do należytego wykonania zamówienia (możliwe są wykluczenia – 24 Pzp), natomiast na dalszym planie pozostają: kwalifikacja ofert przetargowych (każda sprzeczność oferty z prawem lub warunkami zamówienia uzasadnia jej odrzucenie na podstawie art. 89 Pzp) oraz wartościująca ich ocena, przeprowadzona w oparciu o zobiektywizowane kryteria umożliwiające sprawiedliwy wybór oferty najkorzystniejszej (por. art. 53 dyrektywy 2004/18/WE). Podstawą więzi przedkontraktowej są ustalone z góry przez zamawiającego warunki zamówienia, akceptowane następnie przez konkurentów przystępujących do przetargu³. Kształtują one nie tylko wymagania i przebieg samej procedury, ale i postanowienia planowanej umowy, do których poszczególni konkurenci dostosowują treść swoich ofert pod rygorem odrzucenia⁴. W świetle ogólnego art. 70¹ § 4 kc organizator przetargu od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty według ogłoszenia (zaproszenia) są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków przetargu. Poszczególne czynności postępowania nabierają zatem wymiaru powinnościowo-obligacyjnego. Zapadają według z góry zdeterminowanej kolejności, w określonej treści, przepisanej formie, niekiedy nawet w oznaczonym miejscu i czasie. Zamawiają-

² Właściwość ta nabrała szczególnego znaczenia na gruncie dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r., a mianowicie: 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz 2004/17/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.Urz. UE L-134, 30.04.2004).

³ Por. zwłaszcza Z. Radwański [w:] *System prawa prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2002, s. 363, J. Rajski, *Aukcja i przetarg w ujęciu znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 5, s. 8, R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne – zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 140 oraz M. Krajewski [w:] *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2006, s. 794 i n.

⁴ W literaturze przedmiotu ofertę przetargową rozpatruje się w kategoriach tzw. oferty wywołanej. Por. zwłaszcza A. Całus, *Prawo cywilne i handlowe państw obcych*, Warszawa 1985, s. 283, oraz M. Boratyńska, *Przetarg w prawie polskim (zagadnienia cywilistyczne)*, Warszawa 2004, s. 127.

cy-organizator powinien czuwać nad porządkiem i formalnościami prowadzonej procedury. Każdorazowo jest obowiązany do usunięcia uchybienia, a nawet zastosowania swoistej sankcji w postaci wykluczenia niesumiennego konkurenta z postępowania lub odrzucenia jego oferty. Z kolei zainteresowanym konkurentom służy możliwość zacze-
pienia wadliwej czynności organizatorskiej zamawiającego w trybie publiczno-skargowym.

Obligacyjny charakter stosunku przetargowego upraszcza wyraźnie przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej, zwłaszcza organizatora za naruszenie ustalonych wymagań procedowania, realizowanej w ramach reżimu kontraktowego, bardziej dogodnego dla poszkodowanego w porównaniu z reżimem deliktowym nasuwającym się w braku porozumienia przedkontraktowego⁵. Ubiegający się o zamówienie konkurenci są obowiązani przestrzegać wyznaczonych ramami porozumienia przetargowego warunków konkurencji. Dodatkowy obowiązek wynika jednak z zastrzeżenia powinności ustanowienia stosownego wadium, którego zaniechanie może być podważane przez pozostałych oferentów, w imię wielostronnego charakteru procedury.

Organizatorskie funkcje przypisane zamawiającemu sprawiają, że zasadniczą rolę odgrywa właśnie jego odpowiedzialność majątkowa z tytułu popełnionych uchybień proceduralnych. Wzajemne rozszczenia konkurentów, a także ich odpowiedzialność za szkody wyrządzone zamawiającemu schodzi na dalszy plan, tym bardziej że zamawiający jako organizator może od razu wykluczyć z ubiegania się o zamówienie niewiarygodnego wykonawcę lub oferenta uchylającego się od wniesienia wadium (art. 26 Pzp) albo zdyskwalifikować ofertę, złożoną w warunkach nieuczciwej konkurencji lub dumpingu (art. 89 ust. 1 Pzp). Przeciwno zaś zamawiającemu ubiegający się o zamówienie wykonawca dysponuje kilkoma żądaniami, a mianowicie co do: a) skorygowania uchybienia w trybie odwoławczym (art. 179 Pzp), b) unie-

⁵ Por. R. Szostak, *Przetarg na zamówienie publiczne – zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 135 i n. oraz K. Horubski, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za naruszenie reguł udzielania zamówień publicznych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 1, s. 44 i n.

ważnienia umowy finalnej zawartej w wyniku naruszenia wymagań proceduralnych (art. 146 Pzp), c) stosownego odszkodowania (art. 471 kc), a w razie uchylecia się zamawiającego od zawarcia umowy może ponadto domagać się: d) przymusowego jej zawarcia przed sądem albo podwójnego wadium bądź odszkodowania (art. 70⁴ § 2 zd. 2 kc).

II

Obecnie zasadnicze znaczenie ma jednak żądanie skorygowania wadliwej czynności postępowania lub czynności zaniechanej, do której zamawiający był zobowiązany, aby ze względu na ekonomikę proceduralną dalej idące odszkodowanie, czy nawet roszczenie o unieważnienie umowy finalnej, stało się zbędne. Podstawowe żądanie korekcyjne może być dochodzone w trybie publiczno-procesowym przed Krajową Izbą Odwoławczą (KIO) na zasadach art. 184 i n. Pzp. Równorzędność stron w układzie: zamawiający – wykonawcy ubiegający się o zamówienie przesądza o tym, że sprawa jest cywilna i nie traci tego charakteru wskutek przekazania jej do właściwości organu pozasądowego⁶. Odwołanie zaś pełni rolę szczególnego środka skargowego, zapewniającego realne wykonanie zobowiązania proceduralnego przez zamawiającego-organizatora (art. 354 kc)⁷. Chodzi bowiem o żądanie prawidłowego spełnienia obowiązków przetargowych *in natura*, aby nie dopuścić do szkody po stronie konkurenta, czy też do zawarcia wadliwej umowy finalnej podlegającej unieważnieniu. Nie bez znaczenia jest też ochrona interesu publicznego, który wyraża się koniecznością sprawiedliwego rozstrzygnięcia przetargu i zawarcia niewadliwej umowy finalnej.

⁶ J. Gudowski, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza: postępowanie rozpoznawcze*, t. 2, Warszawa 1999, s. 12, R. Szostak, *Rozstrzygnięcie sporów przedumownych wynikających z uchybień popełnianych przy udzielaniu zamówień publicznych*, „Przegląd Sądowy” 2007, nr 3, s. 72 i n., K. Horubski, *Publiczno- i prywatnoprawne elementy zamówień publicznych*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 7, s. 75 i n.

⁷ O realnym zaspokajaniu roszczenia według prawa polskiego zob. F. Zoll [w:] *System prawa prywatnego*, t. 6: *Prawo zobowiązań – część ogólna. Suplement*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2010, s. 83 i n.

Zapobiegawcza funkcja odwołania znajduje oparcie w ogólnym art. 477 § 1 kc, w świetle którego w razie zwłoki dłużnika wierzyciel może żądać, niezależnie od realnego wykonania zobowiązania, naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki. Dlatego właśnie w przypadku uznania zarzutów odwołania, zamawiający według art. 186 ust. 2 Pzp wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności postępowania, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Podobnie uwzględniając odwołanie, Izba może nakazać zamawiającemu wykonanie zaniechanej lub powtórzenie zakwestionowanej czynności proceduralnej, a nawet jej unieważnienie – jeśli jest wadliwa (art. 192 ust. 2 Pzp).

Wymuszone w trybie odwoławczym realne wykonanie powinności przetargowych, w połączeniu z ustawowym zakazem zawarcia umowy aż do czasu rozstrzygnięcia sprawy przez KIO (art. 183 Pzp), zapobiega wprawdzie szkodom, ale ich w zupełności nie wyklucza. Stosunkowo często uchybienia wyrządzające szkodę w ogóle nie są podważane w trybie odwoławczym, zazwyczaj wskutek spóźnionego ich ujawnienia. Z drugiej strony niektóre uchybienia organizatorskie mogą wyrządzać szkodę od razu, tak że nawet bezzwłoczne ich podważenie w trybie odwoławczym nie może zapobiec uszczerbkowi majątkowemu, np. w wypadku udzielenia błędnej informacji, niedopuszczenia do zapoznania się z protokołem postępowania lub spóźnionego zawiadomienia o wyniku przetargu. Poza tym w razie unieważnienia postępowania z przyczyn po stronie zamawiającego, przetarg ulega zamknięciu bez względu na to, czy ktokolwiek wniósł odwołanie, natomiast wszystkim konkurentom, którzy złożyli prawidłowe oferty należy się wtedy odszkodowanie w oparciu o szczególny art. 93 ust. 4 Pzp.

III

Zaniechanie w polskim prawie odrębnej regulacji odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego uzasadnia *de lege lata* zastosowanie reżimu kodeksowego, operującego przesłanką winy domniemanej

(art. 471 kc), z wyjątkiem przypadku odszkodowania z tytułu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 4 Pzp). W znacznym stopniu odbiega to od wymagań dyrektyw Rady: 89/665/EWG z 21 grudnia 1989 r. w sprawie procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych⁸ oraz 92/13/EWG z 25 lutego 1992 r. o stosowaniu przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych udzielanych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji⁹, niedawno gruntownie zmodernizowanych dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 grudnia 2007 r. w sprawie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych¹⁰. W szczególności widoczny jest brak dostatecznej implementacji dyspozycji art. 2 ust. 1 pkt c dyrektywy 89/665 w ujęciu nadanym jej przez orzecznictwo ETS (por. poniżej), co najmniej w zakresie uzależnienia roszczenia odszkodowawczego od przesłanki winy. Postulować trzeba zatem rychłe uregulowanie tej odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, w zgodzie z wymaganiami europejskimi, bezpośrednio w prawie zamówień publicznych¹¹, bez żadnych wyłączeń¹², najlepiej na wzór unormowania z art. 93 ust. 4 Pzp.

Także odpowiedzialność zamawiającego z tytułu uchylenia się od obowiązku zawarcia umowy finalnej (odszkodowawcza lub wadialna) konsekwentnie powinno się uwolnić od przesłanki winy, skoro postę-

⁸ Dz.Urz., L-395 z 30.12.1989, s. 33 ze zm.

⁹ Dz.Urz., L-76 z 23.03.1992, s. 14 ze zm.

¹⁰ Dz.Urz., L-335 z 20.12.2007, s. 31.

¹¹ W myśl § 126 niemieckiej Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (BGBL. I. 2005, nr 44, s. 2114) niezależne od winy roszczenie odszkodowawcze z tytułu nadużycia zaufania (w rozumieniu § 242 i 3112 BGB) przysługuje w związku z naruszeniem prawa przez zamawiającego wyłącznie temu wykonawcy, który miał realną szansę na otrzymanie przybycia, jakiej został pozbawiony w wyniku uchybienia popełnionego przez zamawiającego. Odszkodowanie ogranicza się do zwrotu kosztów przygotowania oferty lub uczestnictwa w postępowaniu. Nie wyklucza to dochodzenia innych roszczeń odszkodowawczych na zasadach ogólnych.

¹² Trudno zgodzić się, z wyrażonym niekiedy w praktyce, poglądem wskazującym na potrzebę przyznania roszczeń odszkodowawczych jedynie wykonawcom, którzy skorzystali w terminie z odwołania zmierzającego do usunięcia in natura szkodliwego uchybienia popełnionego przez zamawiającego-organizatora przetargu.

powanie o udzielenie zamówienia ulega zamknięciu dopiero z chwilą podpisania umowy. W świetle art. 93 ust. 4 Pzp zamawiający odpowiada za szkodę wyrządzoną konkurentom z jakichkolwiek przyczyn leżących po jego stronie, do których zalicza się zdarzenia od niego zależne (zawinione i niezawinione), jak i zależne od jego pomocników (pracowników), a nawet zdarzenia od niego bezpośrednio niezależne, byleby związane były z jego działalnością, np. utratę pokrycia finansowego wskutek cofnięcia promesy dotacyjnej.

Uogólnienia wymaga ponadto przesłanka tzw. normatywnego związku przyczynowego, obecnie uwzględniana jedynie w ramach następstw unieważnienia postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Chodzi o oderwanie odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego od nieznanej dyrektywom europejskim zasady przyczynowości adekwatnej, aby naprawienia szkody mógł żądać nie tylko ten, kto miał rzeczywistą szansę na uzyskanie zamówienia, lecz także i ten, kto w ogóle pozbawiony był takiej szansy, a koszty uczestnictwa w przetargu i tak poniósłby nadaremnie, nawet gdyby zamawiający prawidłowo prowadził postępowanie. Związek normatywny dopuszcza się wyjątkowo, gdy ustawa łączy obowiązek naprawienia szkody wprost z określonym zdarzeniem, bez względu na towarzyszące temu okoliczności, jak np. w ramach odpowiedzialności prowadzącego hotel (art. 846 § 1 kc)¹³.

Wobec zaś nadal niejasnego stanowiska prawa i orzecznictwa europejskiego w odniesieniu do zakresu odszkodowania obciążającego zamawiającego, za dopuszczalne w zasadzie uznać należy jego zamknięcie w granicach ujemnego interesu umowy¹⁴, podobnie jak w niemieckim

¹³ Por. o tym A. Koch, *Związek przyczynowy jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie polskim*, Warszawa 1975, s. 72 i n., T. Dybowski, *System prawa cywilnego*, t. III/1: *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Ossolineum 1981, s. 271–272 oraz M. Kaliński, *System prawa prywatnego*, t. 6: *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2009, s. 123–124.

¹⁴ W aktualnym stanie prawa polskiego jest to pogląd dominujący w odniesieniu do wszystkich sytuacji przedumownych, zwłaszcza objętych art. 72§ 2, 103§3, 387§2 i 390§1 kc. Por. J. Górski: *Przygotowanie umowy w świetle kodeksu zobowiązań*, Poznań 1938, s. 49, Z. Radwański, *op. cit.*, s. 68, R. Szostak, *Przetarg...*, *op. cit.*, s. 173, a także wyrok Sądu Najwyższego z 21 listopada 2003 r. (CK-12/03), z aprobowaną glosą R. Szostaka, „Rejent” 2005, nr 3, s. 107 i n.

prawie zamówień publicznych¹⁵. Z tego punktu widzenia liczy się stan majątkowy, w jakim poszkodowany znajdowałby się, gdyby w ogóle nie wdawał się w wadliwie prowadzony przetarg. Odszkodowanie nie może więc przewyższać kosztów uczestnictwa w postępowaniu, zwłaszcza zgromadzenia koniecznych dokumentów, ustanowienia wadium, dokonania oględzin miejsca realizacji planowanej umowy, a przede wszystkim wydatków poniesionych na przygotowanie oferty. Jednakże w wypadku bezpodstawnego niewybrania oferty (wyboru innej) lub uchylenia się zamawiającego od obowiązku zawarcia umowy z najlepszym wykonawcą, dochodzi w istocie do pozbawienia tego wykonawcy zamówienia publicznego. *De lege ferenda* mogłoby to uzasadniać żądanie odszkodowania w granicach dodatniego interesu umownego, obejmującego utracony zysk transakcyjny¹⁶. W tym wypadku roszczenie odszkodowawcze należałoby uzależnić od uprzedniego unieważnienia umowy bezpodstawnie zawartej z innym oferentem, celem jednoznacznej potwierdzenia naruszenia prawa przez zamawiającego¹⁷.

IV

Według nowego art. 2 ust. 1 pkt c dyrektywy 89/665 państwo członkowskie powinno wprowadzić w ramach procedur odwoławczych odpowiednie środki zapewniające odszkodowanie każdemu pod-

¹⁵ Por. uwagi w przypisie 14.

¹⁶ Na tle kodeksowego stanu normatywnego pogląd taki wyrazili A. Łupszak-Zajac, P. Machnikowski, *Nowa regulacja zawarcia umowy w trybie przetargowym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 9, s. 13, natomiast na gruncie postanowień dyrektyw odwoławczych rozważa go A. Sołtysińska, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Kraków 2004, s. 274–275, powołując się na rozwiązania przyjęte w kilku krajach zachodnioeuropejskich.

¹⁷ Wobec chwiejności poglądów co do zakresu kompensaty świadczeń niemożliwych do zwrotu z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia wymagalnych wskutek unieważnienia umowy, pożądane jest ustawowe zastrzeżenie, usprawiedliwione ochroną interesu publicznego, według którego zamawiający powinien mieć prawo do żądania zwrotu co najmniej tej części ceny (wynagrodzenia), która obejmowała zysk transakcyjny niedoszłego wykonawcy. W efekcie w razie wypłaty pełnego odszkodowania innemu wykonawcy, poszkodowanemu wadliwym wyborem oferty, zamawiający nie popadnie w rażącą stratę.

miotowi, który doznał uszczerbku w wyniku naruszenia prawa przez zamawiającego. Można jednak uwarunkować prawo do odszkodowania od uprzedniego zweryfikowania uchybienia zamawiającego i jego skorygowania w wyniku orzeczenia organu odwoławczego (w Polsce KIO), a tym bardziej uzależnić odszkodowanie od uprzedniego unieważnienia umowy finalnej, o ile doszło do jej zawarcia. Postanowienie art. 2 ust. 1 pkt c dyrektywy nie przesądza jednak wprost ani o przesłankach odpowiedzialności, ani też o granicach samego odszkodowania¹⁸. Dalej idące rozwiązanie przewiduje funkcjonująca już prawie 20 lat w sferze tzw. zamówień sektorowych dyrektywa 92/13, która – obok analogicznych dyspozycji – zastrzega dodatkowo w art. 2 ust. 7 konieczność dopuszczenia ułatwienia dowodowego, postanawiając, że „w przypadku roszczenia odszkodowawczego obejmującego zwrot kosztów przygotowania oferty lub uczestniczenia w procedurze udzielenia zamówienia, od osoby występującej z roszczeniem należy wymagać jedynie udowodnienia naruszenia prawa (...) oraz tego, że miała ona rzeczywistą szansę uzyskania zamówienia, która w wyniku naruszenia została zagrożona”¹⁹. Atrakcyjność tego rozwiązania – wobec niejasnego brzmienia art. 2 ust. 1 pkt c dyrektywy 89/665 co do przesłanek odszkodowania – na tle tendencji do wzmocnienia ochrony uzasadnionego zaufania do warunków i wyniku przetargu, przyczyniła się do jego implementacji w niektórych krajach bez jakichkolwiek ograniczeń sektorowych, w odniesieniu do wszystkich rodzajów zamówień publicznych (np. w Niemczech i częściowo Austrii).

¹⁸ W doktrynie zaznaczył się pogląd, odwołujący się do analogicznych reguł odpowiedzialności traktatowej państwa za naruszenie prawa wspólnotowego, że roszczenia odszkodowawcze przeciwko zamawiającemu powinny być oparte na zasadzie winy. Por. A. Arrowsmith, *Law of Public and Utilities Procurement*, London 1996, s. 148, oraz A. Sołtysińska, *op. cit.*, s. 273.

¹⁹ W pierwszej wersji projektu ogólnej dyrektywy 89/665 przygotowanego przez Komisję Europejską przewidziano podobną dyspozycję z jeszcze bardziej poszerzonymi granicami odszkodowania, które miało obejmować nie tylko zwrot kosztów uczestnictwa w postępowaniu, ale także i utracone korzyści. Parlament Europejski wypowiedział się jednak za skreśleniem tej dyspozycji, jako zbyt radykalnej, a także w obawie przed praktycznymi trudnościami przy szacowaniu utraconych korzyści. Por. M. Lemke, *Zamówienie publiczne w Unii Europejskiej – procedury odwoławcze w świetle dyrektyw*, Warszawa 2000, s. 19.

Zaostrzający kierunek wykładni, lakonicznego art. 2 ust. 1 pkt c dyrektywy 89/665, prezentuje także orzecznictwo europejskie. W wyroku ETS z 14 października 2004 r. (C-275/03, Komisja/Portugalia)²⁰ za sprzeczne z zasadami dyrektywy 89/665 uznano przepisy portugalskiego dekretu nr 48051 z 21 listopada 1967 r. o zamówieniach publicznych, który uzależniał odszkodowawczą odpowiedzialność zamawiającego za uchybienia proceduralne od udowodnienia mu winy. Dopatrzone się sprzeczności zwłaszcza z wymogami równości, przejrzystości i efektywnej ochrony interesów konkurentów przy udzielaniu zamówień publicznych. Podkreślono jednocześnie, że w dyspozycji art. 2 ust. 1c brak wskazania uzależniającego roszczenie odszkodowawcze od przesłanki winy. W rezultacie zdaniem Trybunału konieczność udowodnienia winy zamawiającemu może powstrzymywać przedsiębiorców wspólnotowych od przystępowania do przetargów organizowanych z uwzględnieniem takiego ograniczenia. Z uwagi na brak reakcji ze strony władz Portugalii w marcu 2005 r. Komisja Europejska wezwała je do stosowanej zmiany prawa, a wobec dalszej zwłoki w uchyleniu zakwestionowanych przepisów, Komisja skutecznie wniosła o ukaranie Portugalii tzw. karą okresową w związku z naruszeniem art. 228 TWE²¹.

Warunki odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego były też przedmiotem rozstrzygnięcia zawartego w wyroku ETS z 19 czerwca 2003 r. (C-315/01, GAT/Osterreichische Autobahnen)²², w którym powołując się na wynikającą z dyrektywy 89/665 konieczność zapewnienia szybkiej i skutecznej ochrony interesów konkurentów ubiegających się o zamówienia publiczne, Trybunał wyraził zapatrywanie, że odszkodowanie powinno być dostępne dla każdego poszkodowanego, bez względu na indywidualne okoliczności. Stąd poszkodowany wadliwym zachowaniem zamawiającego nie może być pozbawiony pra-

²⁰ Dotychczas niepublikowany w zbiorze urzędowym.

²¹ Szerzej o tego rodzaju sankcji zob. zwłaszcza J. Łacny, *Okresowe kary pieniężne, ryczałty i korekty finansowe nakładane na państwa członkowskie za naruszenia prawa UE*, Warszawa 2010, s. 23 i n.

²² „European Court Reports” 2003, I-06351.

wa do odszkodowania, nawet wtedy, gdy procedura udzielenia zamówienia była i tak bezprawna, biorąc pod uwagę inne naruszenie prawa (uwzględnione z urzędu przez organ odwoławczy). W szczególności, gdy państwo członkowskie, korzystając z możliwości wynikających z dyrektywy, wprowadziło ograniczenie w dostępie do środków korygujących, zgodnie z którym po zawarciu umowy o zamówienie publiczne organ odwoławczy może przyznać wyłącznie odszkodowanie.

Najważniejsze znaczenie ma jednak wyrok Trybunału UE z 30 września 2010 r. (C-314/09, St. Graz/StrabagAG)²³ dotyczący zamówienia drogowego udzielonego przez austriackie miasto Graz. Trybunał w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne sądu krajowego wyraził pogląd, że z brzmienia art. 2 ust. 1, 5 i 6, a także z szóstego motywu dyrektywy 89/665 w żaden sposób nie wynika, iż naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych mogące stanowić podstawę roszczenia o zasądzenie odszkodowania i odsetek na rzecz podmiotu, który doznał uszczerbku, musi posiadać jakieś cechy szczególne, takie jak przykładowo związek przyczynowy z dowiedzioną lub zakładaną winą po stronie instytucji zamawiającej czy też brak podstaw do zwolnienia od odpowiedzialności na zasadzie ryzyka²⁴. Chodziło o dopuszczalność zastosowania ogólnego § 1298 ABGB, zgodnie z którym ciężar dowodu niezawinionego niewykonania zobowiązania spoczywa na osobie, która powołuje się na brak winy (odwrócenie ciężaru dowodu – wina domniemana), a także § 1299 ABGB stanowiącego, że kto sprawuje

²³ Por. wyrok ETS z 10 stycznia 2008 r. (C-70/06, Komisja/ Portugalia), <http://eur-lex.europa>.

²⁴ W 1999 r. m. Graz udzieliło zamówienia budowlanego na rzecz Held & Franck Ban GrubH, natomiast spółka Strabag wniosła odwołanie do Krajowej Izby Kontroli, które zostało oddalone. Wskutek późniejszego uwzględnienia skargi w trybie sądowym umowa o to zamówienie została wprawdzie unieważniona, lecz wobec jej wykonania po stronie Strabag AG doszło do uszczerbku majątkowego. Orzekający w przedmiocie roszczenia odszkodowawczego wyższy sąd krajowy wystąpił do Trybunału z pytaniem „czy przepisy art. 1 ust. 1 oraz art. 2 ust. 1c dyrektywy 89/665 stoją na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, zgodnie z którym roszczenia odszkodowawcze z tytułu naruszenia przez zamawiającego wspólnotowego prawa zamówień publicznych są uzależnione od spełnienia przesłanki zawinięcia, także wtedy, gdy uregulowanie to stosowane jest w ten sposób, że co do zasady domniemuje się winę organu zamawiającego i wyklucza możliwość powołania się przez niego na brak indywidualnych umiejętności i tym samym na brak subiektywnego zawinięcia?”.

urząd, prowadzi działalność artystyczną, zawodową lub rzemieślniczą albo też przyjmuje dobrowolne zlecenie, którego wykonanie wymaga umiejętności artystycznych albo nadzwyczajnej staranności, daje tym samym rękojmię, że jest w stanie dołożyć koniecznej staranności lub że posiada wymagane umiejętności i odpowiada za brak tych umiejętności. Na gruncie bowiem austriackiego i niemieckiego prawa zamówień publicznych przyjęto koncepcję kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego za uchybienia organizatorskie, adekwatną do umownej natury stosunku przetargowego²⁵. Stosownie do poprzednio obowiązującego w Austrii § 181 Bundesvergabesetz²⁶, a także w świetle przepisów krajów związkowych (komentowana sprawa objęta była prawem Styrii) warunkiem odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego było „zawinione naruszenie ustawy” (w rozumieniu kodeksowym), a rozmiar roszczenia odszkodowawczego łączono „ze zwrotem kosztów przygotowania oferty i uczestnictwa w postępowaniu”, które ulegało jednak wyłączeniu, jeśli „poszkodowany nie miałby realnej szansy na uzyskanie zamówienie”. Pomimo jednoznacznego stanowiska ETS powyższe unormowania zostały jednak powtórzone w § 338 aktualnie obowiązującej ustawie federalnej z 31 stycznia 2006 r. o zamówieniach publicznych²⁷.

Według Trybunału odszkodowawcza odpowiedzialność zamawiającego nie może być uzależniona od winy ani nawet od jakichkolwiek innych okoliczności egzoneracyjnych ograniczających zasadę ryzyka, z uwagi na podstawowy cel dyrektywy 89/665 w postaci efektywnej ochrony interesów konkurentów. Zastrzeżenie budzi jednak stanowisko wyrażone ubocznie w uzasadnieniu powyższego wyroku, że z przepisów dyrektywy 89/665 nie wynika, aby przesłanką roszczenia odszkodowawczego był związek przyczynowy. Wprawdzie nie został on wskazany ani wykluczony *expressis verbis* w tej dyrektywie, ale wynika z samej istoty odpowiedzialności zamawiającego za naruszenie prawa.

²⁵ Por. A. Machnicka, *Przedkontraktowe porozumienia – umowa o negocjacje i list intencyjny. Studium prawno porównawcze*, Warszawa 2007, s. 95 i n.

²⁶ BGBl. I. 2002, Nr 99.

²⁷ BGBl. I. 2006, Nr 17, zm. 2010, Nr 15.

Poza tym związek przyczynowy wyznacza granice odszkodowania, zgodnie z odwieczną zasadą, że zobowiązany ponosi odpowiedzialność tylko za szkodę stanowiącą następstwo jego zachowania. Istotne jest zatem jego dopuszczenie lub odrzucenie na rzecz innej podstawy odpowiedzialności. Być może Trybunał miał na uwadze tzw. związek normatywny, zachodzący pomiędzy uchybieniem a szkodą, stąd „odciął się” od tradycyjnej zasady przyczynowości adekwatnej.

W uzasadnieniu komentowanego orzeczenia nie poruszono jednak problemu dopuszczalnej redukcji odszkodowania do granic ujemnego interesu umownego, ponieważ kwestia ta w ogóle nie były przedmiotem sprawy. Zabrakło też określenia samego reżimu odpowiedzialności: kontraktowy czy deliktowy. Odnotować tu jednak trzeba doniosłe spostrzeżenie Trybunału, że dyrektywa 89/665 ustanawia jedynie minimalne warunki odpowiedzialności, natomiast prawo krajowe powinno zawierać szczegółowe rozwiązania, zwłaszcza określać środki zapewniające „skuteczne zasądzenie odszkodowania wraz z odsetkami każdemu kto doznał uszczerbku w wyniku naruszenia prawa zamówień publicznych”. Zgodnie z przewodnią ideą wyroku z 30 września 2010 r. przy interpretacji dyrektywy 89/665 w zakresie warunków odszkodowawczej odpowiedzialności zamawiającego za uchybienia proceduralne trzeba kierować się skutecznością tej odpowiedzialności, która właśnie dlatego nie może być uzależniona od przesłanki winy, nawet domniemanej.

Dotychczasowe zapatrywanie Trybunał skorygował nieco w uzasadnieniu wyroku z 13 września 2011 r. (T-8/09)²⁸, podnosząc, że zasadność skargi odszkodowawczej zależy od trzech przesłanek: bezprawności uchybienia zamawiającego, rzeczywistej szkody oraz związku przyczynowego między zarzucanym uchybieniem a szkodą. Jeśli jedna z tych okoliczności nie jest spełniona, skarga zasługuje na odrzucenie bez konieczności badania pozostałych przesłanek. Nie wyjaśnił jednak charakteru związku przyczynowego ani rozmiarów należnego odszkodowania.

²⁸ Por. eur-lex.europa.eu/lexUriServ=CElex:62009T.

W wyroku z 9 grudnia 2010 r. (C-568/08, *Combinatie Spijker*)²⁹ Trybunał UE doprecyzował częściowo swój pogląd, stwierdzając, że warunkiem roszczenia odszkodowawczego jest, aby naruszenie prawa przez zamawiającego było istotne i pozostawało w bezpośrednim związku przyczynowym ze szkodą. Wobec braku europejskiej regulacji kryteriów ustalania i szacowania szkody wynikłej z tego naruszenia, należy kierować się wewnętrznym porządkiem krajowym, jednak z zachowaniem zasad równoważności i skuteczności. Zdaniem Trybunału (pkt 91) ochrona poszkodowanego w związku z naruszeniem przez zamawiającego wymagań wspólnotowego prawa zamówień publicznych nie może być mniej korzystna niż w wypadku podobnych żądań opartych wyłącznie na prawie krajowym. Przepisy regulujące zaś sposób ustalenia szkody i zakres odszkodowania nie mogą powodować w praktyce, że realne korzystanie z uprawnień przez poszkodowanego stanie się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione.

V

Oderwanie odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego-organizatora od przesłanki winy w przytoczonych rozstrzygnięciach Trybunału UE pozostaje w zgodzie z europejskimi tendencjami rozwojowymi prawa kontraktowego. W szczególności według art. 74 i n. konwencji wiedeńskiej NZ z 11 kwietnia 1980 r. o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów³⁰ dłużnik odpowiada w zasadzie za każdą szkodę wyrządzoną wierzycielowi w wyniku naruszenia zobowiązania, o ile nie udowodni, że uchybienie nastąpiło z powodów od niego niezależnych i że nie można było rozsądnie oczekiwać wzięcia pod uwagę tych przeszkód w chwili zawarcia umowy lub uniknięcia lub przewyciężenia ich następstw (art. 79). Podobnie w świetle art. 9.501

²⁹ Dotychczas niepublikowane w zbiorze urzędowym.

³⁰ Dz. U. 1997, Nr 4, poz. 286.

PECL³¹ można żądać naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania umownego przez dłużnika, jeśli nie zdoła on wykazać, że naruszenie to było następstwem przeszkody pozostającej poza jego kontrolą, której nie mógł on przewidzieć ani jej zapobiec. Związek między szkodą a naruszeniem zobowiązania jest okolicznością dorozumiewaną. W konsekwencji dłużnik odpowiada za szkodę wynikłą z naruszenia powinności umownych, jeśli mógł ją przewidzieć w chwili zawarcia umowy, jako prawdopodobne następstwo nienależytego wykonania zobowiązania. Zbliżone rozwiązanie zawiera ponadto art. 3.401 europejskich zasad Aquis³².

Od dawna bowiem w doktrynie utrzymuje się krytyka rozwiązania uzależniającego kontraktową odpowiedzialność odszkodowawczą na zasadach ogólnych od przesłanki winy, nawet domniemanej (art. 472 kc), w rezultacie której zmierza się do obiektywizacji samego pojęcia winy³³. Tymczasem zwycięża bardziej radykalny kierunek, odrywający analizowaną odpowiedzialność od przesłanki winy, uzależniając ją – na wzór prawa anglosaskiego – od samego złamania warunków umowy (*breach of contract*)³⁴. Za obiektywizacją odpowiedzialności odszkodowawczej przemawiają zatem nie tylko względy integracyjne, ale i rodzime trudności interpretacyjne wyrosłe na gruncie art. 471–472 kc. Nie bez znaczenia jest też ogólna potrzeba zaostrzenia odpowiedzialności dłużnika-wykonawcy w warunkach szybkiego obrotu gospodarczego. W zakresie odpowiedzialności za uchybienia popełniane w toku procedury udzielenia zamówienia publicznego potrzeba jej zaostrzenia wynika wprost z organizatorskiej roli zamawiającego zajmującego z tego tytułu uprzywilejowaną pozycję w wielostronnym z założenia stosunku obligacyjno-proceduralnym.

³¹ Principles of European Contract Law 2000.

³² Zasady obowiązującego europejskiego prawa umów 2007.

³³ Por. zwłaszcza uwagi M. Sośniaka, *Elementy zawodowe w odpowiedzialności odszkodowawczej*, „Palestra” 1964, nr 9, s. 4 i n., W. Czachórskiego, *Zasady i funkcje odpowiedzialności cywilnej według kodeksu cywilnego – ich ewolucja. Studia z prawa zobowiązań*, Warszawa–Poznań 1979, s. 29 i n., J. Rezler, *O odpowiedzialności kontraktowej w jej stosunku do odpowiedzialności deliktowej – inaczej*, „Palestra” 1987, nr 10–11, s. 86 i n. oraz M. Krajewski, *Niezachowanie należytej staranności – problem bezprawności czy winy*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 10, s. 42 i n.

³⁴ Por. więcej o tym A. Calus, *op. cit.*, s. 397 i n.

Do czasu zreformowania podstaw odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania w wymiarze uniwersalnym, na mocy nowego kodeksu cywilnego, powinno się uregulować w prawie zamówień publicznych szczególnie jej przesłanki, najlepiej odwołując się do projektowanego unormowania kodeksowego skutków naruszenia zobowiązania³⁵. Zgodnie z tym założeniem, poszkodowany może domagać się naprawienia szkody wynikłej z naruszenia zobowiązania, chyba że do naruszenia doszło z przyczyn leżących poza kontrolą dłużnika, których skutkom nie można było zapobiec, nawet przy dochowaniu należytej staranności. Poszkodowany ma prawo do żądania naprawienia szkody wynikłej z zachowania osoby, za pomocą której dłużnik spełnia swoje zobowiązanie (np. pracownik) lub której powierza jego wykonanie (np. zastępca), chyba że naruszenie powinno wynikać z przyczyn leżących poza kontrolą tej osoby, których skutkom nie można było zapobiec nawet przy dochowaniu należytej staranności. Nowe pojęcie „przyczyn leżących poza kontrolą dłużnika” projektodawcy łączą z okolicznościami leżącymi poza normalnym ryzykiem jego działalności³⁶. Tradycyjną przesłankę żądania odszkodowawczego w postaci odwołania się do adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy naruszeniem zobowiązania a szkodą, proponuje się zastąpić „przewidywalnością szkody”, na wzór rozwiązań francusko-anglosaskich (por. art. 1150 kc fr.), a także w zgodzie z europejskimi tendencjami rozwojowymi (por. art. 9.503 PECL). Dlatego według projektu nowego kodeksu dłużnik nie będzie odpowiadał za szkodę, której w chwili zawarcia umowy nie przewidział i nie mógł przewidzieć jako skutku naruszenia zobowiązania. Z jednej strony rozwiązanie to zmierza do pełnego urzeczywistnienia kompensacyjnej funkcji odszkodowania (powinno wyrażać się kwotą pozwalającą poszkodowanemu tak dalece, jak to możliwe, znaleźć się

³⁵ Por. art. 18 wstępnego projektu (pn. naprawienie szkody) z komentarzem U. Walczak [w:] *Wykonanie i skutki niewykonania zobowiązań*, oprac. pod kier. J. Pisulińskiego i F. Zolla, red. M. Pecyna, Kraków 2009, s. 426 i n.

³⁶ Por. U. Walczak, *op. cit.*, s. 435, która odwołuje się do komentarza do art. 3.100 Common Frame of Reference.

w sytuacji, w jakiej byłby, gdyby zobowiązanie zostało należycie wykonane), z drugiej zaś motywuje kontrahentów do wzajemnego informowania się o nietypowych ryzykach, wiążących się z naruszeniem zobowiązania, zwłaszcza w zakresie utraconych korzyści³⁷.

Ostatecznie można zgodzić się z poglądem o potrzebie ustawowego ograniczenia rozmiarów odszkodowania za uchybienia popełniane przez organizatora przetargu do tradycyjnych granic ujemnego interesu umowy, przy założeniu, że tak właśnie „ryczałtuje się” zwykła przewidywalność szkody w warunkach typowego organizatora postępowania o udzielenie zamówienia. Problem ten wymaga pogłębionej dyskusji co do zdolności przewidywania przez organizatora szkód, jakie może on wyrządzić uczestnikom postępowania przedumownego. Ponadto, podobnie jak na gruncie prawa niemieckiego³⁸, konieczne jednak wydaje się jasne stanowisko ustawodawcy w odniesieniu do tego, w jakim stopniu sąd orzekający o odszkodowaniu powinien być związany uprzednimi ustaleniami KIO lub sądu skargowego (weryfikującego orzeczenie KIO) co do kwalifikacji prawnej uchybień popełnionych przez zamawiającego w toku postępowania przetargowego.

³⁷ *Ibidem*, s. 449.

³⁸ Por. § 124 niemieckiej Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, powołanej w przypisie 11.

VARIA

Dziekan Wydziału Prawa i Administracji zaprasza

W 2011 roku odbyło się na Wydziale Prawa i Administracji Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego spotkanie z serii „Dziekan zaprasza...”. Zapoczątkowało ono cykl wykładów, których kontynuacja jest planowana w roku 2012. Ideą przedsięwzięcia, cieszącego się znaczącym zainteresowaniem studentów, jest uzupełnienie wykształcenia akademickiego elementami o walorach praktycznych. W spotkaniach jako prelegenci uczestniczą przedstawiciele zawodów prawniczych, reprezentujący różne środowiska zawodowe. Studenci mają możliwość zapoznania się z aktualnymi zagadnieniami związanymi z wykonywaniem danego zawodu oraz uzyskać odpowiedzi na nurtujące ich pytania.

16 grudnia 2011 roku odbyło się spotkanie o przewodnim temacie „Rola i funkcje adwokata a model wykształcenia prawniczego”. Zaproszonym referującym gościem był Pan mec. Jan Kuklewicz, Dziekan Okręgowej Rady Adwokackiej w Krakowie. Zarówno podczas wykładu, jak i późniejszej dyskusji podkreślano konieczność zdobywania doświadczenia zawodowego przez przyszłych adwokatów już podczas studiów.

Z początkiem roku 2012 Dziekan Wydziału Prawa i Administracji zaprasza na kolejne spotkania w ramach cyklu. Pierwsze z nich odbędzie się 19 stycznia 2012 roku o godzinie 14.00 w sali A026. Pan dr Bogdan Wrzochalski, Kierownik Aplikacji Dyplomatyczno-Konsularnej Ministerstwa Spraw Zagranicznych, wygłosi prelekcję pt. „Drogi do służby dyplomatycznej. Dyplomata i konsul. Zawód czy powołanie?”. Kolejny wykład jest planowany na 9 marca 2012 roku, na godzinę 14.00 w sali A130. Gościem będzie Pan prof. dr hab. Piotr Hofmański, pełniący funkcję Zastępcy Przewodniczącego Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego oraz sędziego Izby Karnej Sądu Najwyższego. Tematem spotkania będzie „Reforma polskiej procedury karnej – w kierunku kontradyktoryjnego modelu procesu karnego”.

Następna prelekcja będzie miała miejsce 23 marca 2012 roku o godzinie 13.00 i odbędzie się również w sali A130. Gościem będzie sędzia Sądu Apelacyjnego w Krakowie, Pan Rafał Dzyra, będący także Zastępcą Dyrektora ds. Aplikacji Ośrodka Szkoleniowego Wstępnego Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury. Jako główny temat spotkania, które powinno zainteresować wszystkich studentów prawa wahających się w wyborze ścieżki przyszłej kariery, zaproponowano: „Aplikacja w Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury”.

Dziekan Wydziału Prawa i Administracji serdecznie zaprasza!

Iga Bałos

Noty o autorach

dr Katarzyna Banasik

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego,
Wydział Prawa i Administracji

doc. dr Andrzej Buczek

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego,
Wydział Prawa i Administracji

Professor Jo Carby-Hall

Director of International Legal Research,
Centre for Legislative Studies, University of Hull

prof. dr hab. Irena Czaja-Hliniak

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego,
Wydział Prawa i Administracji

dr Wojciech Fill

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie

dr hab. Izabela Lewandowska-Malec

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego,
Wydział Prawa i Administracji

prof. nadzw. dr hab. Ryszard Szostak

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie