

STUDIA PRAWNICZE

STUDIA PRAWNICZE
ROZPRAWY I MATERIAŁY

pod redakcją Marka Nowaka

Kraków 2007

Rada Wydawnicza Krakowskiej Szkoły Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego:
Klemens Budzowski, Zbigniew Maciąg, Jacek M. Majchrowski

Recenzje:

prof. dr hab. Bogumił Brzeziński, prof. dr hab. Krzysztof Pałęcki,
prof. dr hab. Andrzej Szumański, dr Iwona Skrzydło-Niżnik

Redaktor prowadzący:

Halina Baszak-Jaroń

Korekta redakcyjna:

Margeryta Krasnowolska, Kamila Zimnicka-Warchoń

Projekt okładki i stron tytułowych:

Joanna Sroka

Copyright© by Krakowska Szkoła Wyższa im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
Kraków 2007

ISBN 978-83-89823-64-9

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

Na zlecenie:

Krakowskiej Szkoły Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
www.ksw.edu.pl

Wydawca:

Krakowskie Towarzystwo Edukacyjne sp. z o.o.
– Oficyna Wydawnicza AFM Kraków 2007

Sprzedaż prowadzi:

Księgarnia Krakowskiego Towarzystwa Edukacyjnego sp. z o.o.
Kampus Krakowskiej Szkoły Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
ul. Gustawa Herlinga-Grudzińskiego 1
30-705 Kraków
tel/faks: (012) 252 45 93; e-mail: ksiegarnia@kte.pl

Łamanie:

Joanna Sroka

Druk i oprawa:

Eikon Plus

SPIS TREŚCI

Jerzy Malec Rzeczpospolita w dobie demokracji szlacheckiej, czyli tzw. polska anomalia?	9
---	---

The Commonwealth of Poland–Lithuania at the time of the Noble Democracy, or the Polish Anomaly?	20
--	----

Die Republik Polen im Zeitalter der Adeligen-Demokratie – polnische Anomalie?	32
--	----



Marek Nowak Wstęp	45
----------------------------	----

Część pierwsza Z PROBLEMATYKI OGÓLNOUSTROJOWEJ

Tadeusz Biernat Miejsce doktryny prawniczej w procesie tworzenia prawa.....	51
--	----

Marcin Sala-Szczypiński Zasadność zmiany klauzuli „zasady współżycia społecznego”	65
--	----

Diane Ryland Patient Mobility in the European Union: A Freedom to Choose?.....	79
---	----

Część druga

ZAGADNIENIA PRAWNOADMINISTRACYJNE

Samanta Kowalska
Prawna ochrona dóbr kultury. Wybrane regulacje
oraz proponowane zmiany 97

Agnieszka Zemke-Górecka
Prywatyzacja w ochronie zdrowia 113

Marek Balicki
Obecny kształt służby cywilnej w Polsce a tendencje światowe 133

Piotr Feczko
Partnerstwo publiczno-prywatne (PPP) instrumentem realizacji
zadań publicznych w Polsce i w innych krajach UE 147

Marcin Halkiewicz
Masowe uczestnictwo osób jako przesłanka reglamentacji
organizowania zgromadzeń, imprez masowych
i pozostałych imprez artystycznych i rozrywkowych 161

Jerzy Paśnik
Stosunek służbowy funkcjonariuszy służb mundurowych.
Uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda* 175

Część trzecia

DYLEMATY DOKTRYNY – PRAWO KARNE I PROCESOWE

Marek J. Lubelski
O racjonalny system kar i środków karnych 195

Katarzyna Banasik
Wokół projektu zmian prawa wykroczeń 211

Zyta Dymińska	
Świadek koronny jako instrument zwalczania przestępczości	
w świetle zmiany ustawy o świadku koronnym	225

Część czwarta

Z ZAGADNIEŃ PRAWA FINANSOWEGO

Apoloniusz Kostecki	
Prawotwórcze oddziaływanie orzecznictwa	
na kształt prawa podatkowego.....	239

Irena Czaja-Hliniak	
Postulaty zmian ustawowych regulacji ograniczających	
korzystanie z niektórych uprawnień emerytalnych.....	255

Marek Klink	
Rola doradców podatkowych i ich wpływ	
na działalność legislacyjną	269

Magdalena Pelikan-Krupińska	
Zasada wewnętrznej i zewnętrznej spójności systemu	
podatkowego i jej realizacja w praktyce polskiej.....	285

Robert Wolański	
Zmiany o charakterze progospodarczym w prawie podatkowym	
w latach 1995–2007	301

Wojciech Fill	
Sprzedaż wysyłkowa w podatku od towarów i usług	
na tle dyrektywy Rady z 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego	
systemu podatku od wartości dodanej	319

Anna Folgier	
Działalność gospodarcza gmin – wybrane zagadnienia.....	333

Część piąta

KONSTRUKCJE PRAWA CYWILNEGO I HANDLOWEGO

Bogusława Gnela

Propozycje uregulowania ochrony konsumenta
w polskim prawie prywatnym międzynarodowym340

Paweł Jan Juszczyk

Krajowa Izba Odwoławcza – nowy system
w prawie zamówień publicznych.....365

Jakub Biernat

Odpowiedzialność spadkobierców za długi spadkowe
po dziale spadku. Uwagi *de lege ferenda*.....377

Tamara Milenkovic Kerkovic

The Legal Issues of Franchising Agreement in Serbia
– Enacting the Disclosure Law or Not.....395

Część szósta

PRAWO PRACY – ODNIESIENIA WSPÓŁCZESNE

Henryk Lewandowski

Transfer czy likwidacja. Rozważania na gruncie polskiego
prawa pracy z uwzględnieniem prawa wspólnotowego417

Jaroslav Nekoranec, Miroslav Hrášok

Právna ochrana pred pracovnou diskrimináciou.....425

Jaroslav Nekoranec, Miroslav Hrášok

Právny aspekt etického kódexu zamestnanca v štátnej službe439

Jowita Natalia Grochowska

Alimentacja osób niepełnosprawnych i w podeszłym wieku453

Noty o autorach461

Jerzy Malec

**RZECZPOSPOLITA
W DOBIE DEMOKRACJI SZLACHECKIEJ,
CZYLI TZW. POLSKA ANOMALIA?**

Gdy dziś zastanawiamy się nad istotą polskiej demokracji, chętnie odwołujemy się do naszych tradycji z tego zakresu, czyli do tzw. demokracji szlacheckiej, której narodziny datują się na przełom XV i XVI stulecia. Służy ona jednak także niekiedy nawet do usprawiedliwiania niedostatków naszego teraźniejszego porządku demokratycznego, bo z jednej strony ową demokrację stanu szlacheckiego cechować miała szerząca się anarchia i nadmierna decentralizacja państwa, z drugiej – po jej upadku, nastąpił kres polskiej państwowości, zabory i pozbawienie polskiego społeczeństwa jakichkolwiek elementów demokracji. Czy rzeczywiście Rzeczpospolita doby demokracji szlacheckiej stanowiła nie najlepszy wzór demokratycznego porządku państwa? Czy ów wykreowany w XVI wieku system ustrojowy państwa należy określić mianem polskiej anomalii? W jakiej rzeczywistości geopolitycznej przyszło mu funkcjonować? Oto kilka pytań, na które należałoby udzielić odpowiedzi.

Podstawowym systemem politycznym nowożytnej Europy był bez wątpienia absolutyzm, zatem ustrój zgoła odmienny od tego, który

rozpoczęła w Polsce budować średnia szlachta zrzeszona w tzw. ruchu egzekucyjnym, zdecydowanie wroga hasłom *absolutum dominium*.

Powstanie absolutnej formy państwa było ściśle związane z limitowaniem uprawnień politycznych, nabytych przez stany w dobie ustroju stanowego. Wiązało się to najczęściej z likwidacją, a co najmniej ze znacznym ograniczeniem przez władcę zgromadzeń stanowych i przejmowaniem przezeń pełnej władzy suwerennej.

Monarchia absolutna charakteryzowała się skupieniem w jednym ręku pełni władzy, a także instytucjonalnym utożsamieniem osoby monarchy z najwyższym organem państwa. Klasyczny reprezentant tej formy ustrojowej, król Francji Ludwik XIV, miał wyrazić tę zasadę w formule *l'Etat ce moi* („państwo to ja”). Władca absolutny był jednocześnie najwyższym ustawodawcą, wykonawcą praw i sędzią. Podległy mu aparat administracyjny państwa spełniał niepomiarłą rolę w utrwaleniu i zabezpieczeniu nieograniczonej władzy króla. Dlatego też w procesie wykształcania i ugruntowywania się władzy absolutnej budowano nowoczesną dostosowaną do potrzeb strukturę zarządu, zarówno centralnego, jak i lokalnego. Miała ona zarazem zapewnić poddanym racjonalny ład, stabilizację, porządek i bezpieczeństwo.

Zarząd państwa oparty został na dwóch podstawowych zasadach: centralizmu i biurokratyzmu. Pierwsza związana była z obowiązkiem podporządkowania się organu niższego organowi wyższemu, a ostatecznie z podporządkowaniem całej struktury władzy monarsze. Zasadę biurokratyzmu cechował natomiast zawodowy charakter administracji i profesjonalizm jej przedstawicieli, czyli urzędników. Stopniowo kształtowały się wówczas dalsze zasady organizacji aparatu władzy, takie jak: resortowość, hierarchiczne podporządkowanie oraz kolegiałość¹.

Monarchia absolutna oparta została na dwóch zasadniczych filarach: silnej, scentralizowanej administracji oraz stale powiększanej armii za-

¹ D. Malec, J. Malec, *Historia administracji i myśli administracyjnej*, wyd. 2, Kraków 2003, s. 15, 31 i nast.

wodowej. Stanowiły one nieodzowny element stabilności sprawowania rządów, choć zarazem był to niebywale kosztowny instrument władzy. W monarchiach absolutnych XVIII stulecia utrzymanie armii pochłaniało niemal połowę wydatków budżetu państwa, niewiele mniej kosztowała rozbudowywana sukcesywnie administracja.

Absolutyzm przechodził różne fazy rozwoju, przybierał także w poszczególnych okresach historycznych rozmaite odmiany: od wczesnego absolutyzmu, poprzez jego wydanie klasyczne, absolutyzm oświecony, aż po schyłkową formę monarchii policyjnej². W rezultacie przetrwał w niektórych państwach do połowy XIX wieku, a w Rosji nawet do początków XX stulecia.

Podkreślić wypada, że absolutyzm oświecony stanowił próbę modernizacji starego porządku społeczno-politycznego, dość zresztą skuteczną biorąc pod uwagę trwałość centralistycznych monarchii w Austrii, Prusach czy Rosji, w przeciwieństwie do losów klasycznej monarchii absolutnej we Francji, obalonej krwawą rewolucją u schyłku XVIII wieku³.

Kształtowanie się polskiej formy państwa

Do końca istnienia monarchii stanowej ustroj państwa polskiego nie różnił się zasadniczo od form ustrojowych funkcjonujących w innych państwach europejskich. Sytuacja poczęła się zmieniać w wyniku uzyskania przez szlachtę niezwykle szerokich przywilejów. Za kres monarchii stanowej w Polsce przyjmuje się rok 1454, kiedy stan szlachecki wywalczył sobie przodującą pozycję w państwie, pozbawiając króla sprawowania najwyższej władzy

² S. Grodziski, *Porównawcza historia ustrojów państwowych*, Kraków 1998, s. 143 i nast.

³ J. Malec, *Ustrój polityczny*, [w:] *Encyklopedia historyczna świata*, t. 5: *Historia nowożytna*, oprac. nauk. A. Podraza, red. tomu P. Franaszek et al., Kraków 2000, s. 112 i nast.

ustawodawczej, prawa nakładania podatków nadzwyczajnych, czy zwoływania pospolitego ruszenia bez zgody szlacheckich sejmików ziemskich. W przeciwieństwie do większości krajów europejskich, w Polsce nie doszło zatem do wykształcenia się absolutyzmu, lecz zaczęła się rodzić specyficzna forma ustrojowa – *rzeczpospolita szlachecka*.

Okres Rzeczypospolitej szlacheckiej, istniejący do upadku państwa w 1795 roku, cechowało przejęcie pełni władzy w ręce jednego stanu – szlachty, a zwłaszcza tej jego części, która określana jest mianem posesjonatów (szlachty osiadłej). Do początków XVII wieku dzierżyła ona władzę jako całość, później nastąpił zwrot w kierunku umocnienia się pozycji magnaterii kosztem pozostałych warstw stanu szlacheckiego⁴.

Rzeczpospolita szlachecka od zawartej w 1569 roku unii lubelskiej była związkiem dwóch państw: Polski czyli Korony, i Wielkiego Księstwa Litewskiego, połączonych węzłem unii realnej, będącej swoistą formą konfederacji. Zakładała ona istnienie wspólnego władcy, sejmu oraz prowadzenie jednolitej polityki zagranicznej, przy zachowaniu odrębnych praw, urzędów, armii, skarbu oraz sądownictwa⁵.

System demokracji szlacheckiej cechowała słabość władzy monarszej. Stąd wytworzyło się przekonanie, że państwo polskie nie może być uznawane za czystą monarchię, a raczej za formę mieszaną (tzw. *republika mixta*). Polegała ona na przyjęciu nomenklatury republikańskiej przy jednoczesnym utrzymaniu instytucji monarchii. Po wprowadzeniu elekcyjności tronu monarcha był jednak wybierany przez ogół szlachty, podległy prawu, a nawet mógł być pozbawiony tronu przy pomocy prawa oporu. Prawo takie, słynny *articulus de non praestanda oboedientia* (artykuł o prawie wypowiedzenia posłuszeństwa), zapisane zostało w uchwalonych w 1576 roku (choć sformułowanych trzy lata

⁴ Z. Kaczmarczyk, B. Leśnodorski, *Historia państwa i prawa Polski*, t. 2: *Od połowy XV wieku do r. 1795*, red. J. Bardach, Warszawa 1966, s. 31 i nast., 189 i nast., 474 i nast.

⁵ J. Malec, *Szkice z dziejów federalizmu i myśli federalistycznej w nowożytnej Europie*, wyd. 2, Kraków 2003, s. 39 i nast.

wcześniej) *Artykułach henrykowskich* i weszło do przysięgi koronacyjnej królów polskich.

Najwyższym organem władzy w państwie był sejm, w którym monarcha był tylko jednym z trzech stanów sejmujących, obok senatu i izby poselskiej. Sejm walny ukształtował się w drugiej połowie XV wieku, przez następne dwa stulecia rozszerzając swe kompetencje. Uważano, że za jego pośrednictwem szlachta realizuje swą suwerenną władzę w państwie. Stąd przejął on pełnię władzy ustawodawczej, uchwalanie podatków, zwoływanie pospolitego ruszenia i powoływanie wojska zaciężnego, prawo wypowiedzania wojny i kontrolę nad polityką zagraniczną. Do niego należało także nadawanie szlachectwa (nobilitacje oraz – dla szlachty cudzoziemskiej – indygenaty) jak również stosowanie prawa łaski.

Sejm był dwuizbowy. Składał się z senatu oraz izby poselskiej. Senat, wykształcony z dawnej rady królewskiej, tworzyli arcybiskupi i biskupi katoliccy, najwyżsi urzędnicy ziemscy: wojewodowie i kasztelanowie oraz grupa dygnitarzy zwanych ministrami. Zaliczano do nich kanclerza, podkanclerzego, marszałków – wielkiego i nadwornego, a także podskarbiego. Po unii lubelskiej weszli do senatu odpowiedni dostojnicy z Wielkiego Księstwa Litewskiego i Prus Królewskich. Izba poselska była od 1505 roku reprezentacją wyłącznie szlachty. Posłów wybierano na sejmikach ziemskich, wyposażając ich w instrukcje dotyczące głosowania na sejmie zgodnie z wolą wyborców. Z czasem zobowiązano ich do zaprzysięgania instrukcji, co powodowało, że poseł stawał się reprezentantem interesów ziemi, z której został wybrany, nie zaś państwa. Obradami izby kierował wybierany z grona posłów marszałek.

Od czasu przyjęcia, jako fundamentalnych praw ustrojowych, *Artykułów henrykowskich*, monarcha zobowiązany był zwoływać sejm co dwa lata. W sytuacjach szczególnych przewidywano zwoływanie sejmów nadzwyczajnych, pomiędzy sesjami zwyczajnymi. Ściśle okre-

ślony, krótki czas obrad (sześć tygodni, a sesje nadzwyczajne zaledwie dwa tygodnie) można było wydłużyć tylko za zgodą ogółu posłów. Porządek obrad kształtowany był w drodze praktyki i nigdy nie został wyczerpująco unormowany. Ustawy sejmu nosiły nazwę konstytucji i ogłaszane były w imieniu króla.

Do podjęcia uchwały sejmowej wymagana była jednomyślność wszystkich posłów oraz zgoda senatu i króla. Stało się to później jedną z głównych przyczyn kryzysu tej instytucji, a w rezultacie i całego państwa. Zaznaczyć trzeba, że w dobie demokracji szlacheckiej często w praktyce rezygnowano z tej zasady, przechodząc do porządku nad protestami oponentów. Przysługujące każdemu posłowi prawo sprzeciwu, osławione *liberum veto*, traktowane było początkowo jako środek zupełnie wyjątkowy, mający stanowić zabezpieczenie i gwarancję ochrony wolności szlacheckiej. Do połowy XVII wieku nie zdarzyło się, by jeden poseł doprowadził do zerwania obrad sejmu.

Na początku XVI wieku wśród szlachty zwyciężył pogląd o suwerenności prawa w państwie; podporządkowany został mu także sam monarcha, zgodnie z zasadą głoszącą, iż: in Polonia *lex est rex* („w Polsce prawo jest królem”)⁶. Konstytucja *Nihil novi* ograniczyła władzę królewską przekazując ustawodawstwo w ręce sejmu, w którym władca był jedynie jednym z trzech elementów procesu legislacyjnego. Pozostawiono mu najwyższą władzę administracyjną, ograniczoną jednak w praktyce głównie do obsady urzędów w państwie, formalnego zwierzchnictwa nad wojskiem oraz kierowania polityką zagraniczną w okresie między sejmami. Powodowało to ewoluowanie tej instytucji w stronę zbliżoną raczej do pozycji dożywotniego prezydenta „republiki” szlacheckiej. W zestawieniu z modelem absolutystycznym, gdzie monarcha był prawem (*rex est lex*) i najwyższą władzą w państwie, w Polsce można było co najwyżej powtórzyć za Janem Zamoyskim, że

⁶ Zob.: W. Uruszcak, „Sejm walny wszystkich państw naszych”. Konstytucja *Nihil novi* i sejm w Radomiu w 1505 roku, Radom 2005, s. nlb. 5.

rex regnat et non gubernat („król panuje lecz nie rządzi”), przy czym owo panowanie ograniczono do minimum.

Instytucją mającą służyć królowi radą i sprawować kontrolę nad jego polityką, byli senatorowie rezydenci. Powoływano ich na sejmach zwykłych, w liczbie 16 na okres dwóch lat, przy czym u boku władcy stałe przebywać miało czterech rezydentów. Ze swej działalności składali oni sprawozdania sejmowi. Wprowadzeni na mocy *Artykułów henrykowskich*, stanowili kolejny element ograniczający samodzielność monarchy.

W terenie szlachta sprawowała rządy za pośrednictwem sejmików ziemskich. Z uwagi na anachroniczną strukturę administracji lokalnej, te właśnie organy samorządu szlacheckiego zyskiwały stale na znaczeniu. Od połowy XVII wieku, w związku ze słabnącą pozycją sejmu i postępującą decentralizacją władzy wykonawczej, w nich począł się koncentrować główny zakres władzy państwowej. Doprowadziło to do wykształcenia się swoistej formy „rządów sejmikowych”⁷.

Podkreślić wypada, że szlachta, realizująca swe prawa polityczne poprzez m.in. wybór elekcyjnego monarchy, udział w sejmikach i wybór posłów, stanowiła ok. 8–10% ogółu społeczeństwa, co było ewenementem w skali Europy. Przykładowo, tak znaczny procent społeczeństwa uzyskał prawa wyborcze w Anglii – uważanej za kolebkę demokracji – dopiero w 1. połowie XIX wieku.

Wszystkie urzędy w państwie były obsadzone dożywotnio, bez przykładania szczególnej wagi do fachowości kandydatów. Powstawała też rozbudowana sieć urzędów czysto tytularnych: cześników, stolników, mieczników, łowczych itd. Na tle państw Europy zachodniej niezbyt chwalebnie wyróżniał więc Polskę całkowity brak nowoczesnych, biurokratyzowanych form administracji.

Do końca Rzeczypospolitej szlacheckiej istniała stanowa struktura sądownictwa. Sądami pierwszej instancji dla szlachty były sądy ziemskie,

⁷ J. Malec, *Ustrój polityczny...*, s. 126 i nast.

grodzkie i podkomorskie. Powołano natomiast instancję odwoławczą (apelacyjną), którą był utworzony w 1578 roku Trybunał Koronny (i odpowiednio dla Litwy, w 1581 roku, Trybunał Litewski)⁸. W miastach nadal funkcjonowały sądy rady miejskiej i ławy miejskiej oraz niektóre sądy wyższe prawa niemieckiego. Te ostatnie traciły na znaczeniu w związku z utworzeniem – jako sądu apelacyjnego w sprawach miejskich – sądu asesorskiego pod przewodnictwem kanclerza. Sądownictwo wiejskie pozostało w rękach właścicieli wsi, którzy uzyskali prawo karania swych poddanych nawet śmiercią. W praktyce rzadko z tego korzystali, przekazując w takim wypadku sprawę do rozpoznania przez sąd najbliższego miasta lub grodu.

Zdecydowanym mankamentem w organizacji państwa była słabość armii. Bazowanie na pospolitym ruszeniu szlacheckim, jako zasadniczej sile zbrojnej, przyczyniało się do nieustannego wzrostu zagrożenia Rzeczypospolitej ze strony państw ościennych.

W dobie oligarchii magnackiej sam model ustrojowy państwa nie uległ zmianie. Zmienił się natomiast, w związku z opanowaniem przez magnaterię struktur władzy, krąg osób decydujących o życiu politycznym kraju. Za początek rządów oligarchicznych przyjmuje się lata 1606–1607, czasy rokoszu Zebrzydowskiego, kiedy szlachta po raz ostatni wystąpiła w walce m.in. o zerwanie sojuszu króla z senatorami oraz zahamowanie prób wprowadzenia władzy absolutnej. Klęska rokoszan stała się początkiem rządów magnaterii, która w drugiej połowie XVII wieku, po rokoszu Lubomirskiego, całkowicie przejęła ster władzy. Nastąpił wówczas dalszy upadek pozycji króla, a także – w wyniku kryzy-

⁸ VL, t. 2, s. 962–969. Por też: A. Lisiecki, *Trybunał Główny Koronny siedmiu splendorów oświecony*, Kraków 1638; H. Rutkowski, *Trybunał Koronny w Piotrkowie*, [w:] *Dzieje Piotrkowa Trybunalskiego*, red. B. Baranowski, Łódź 1989; W. Zarzycki, *Trybunał Koronny dawnej Rzeczypospolitej*, Piotrków Trybunalski 1993; I. Wierchowicka, *Uwagi do funkcjonowania Trybunału Litewskiego na tle przemian ustrojowych Rzeczypospolitej w drugiej połowie XVII wieku*, [w:] *Wielokulturowość polskiego pogranicza. Ludzie – Idee – Prawo*, red. A. Lityński i P. Fiedorczyk, Białystok 2003, s. 343–348; W. Witkowski, *Trybunał Koronny w Lublinie – organizacja i funkcjonowanie*, [w:] *400-lecie utworzenia Trybunału Koronnego w Lublinie*, Lublin 1982, s. 59.

su ekonomicznego po licznych wojnach prowadzonych podczas tego stulecia – upadek znaczenia politycznego średniej szlachty. Stawała się ona coraz częściej uległym narzędziem w rękach magnatów, rywalizujących między sobą o władzę. Odwoływanie się przez rządzącą elitę do ciągle rzekomo aktualnej zasady równości szlacheckiej schlebiało szlachcie, dając złudne poczucie uczestnictwa w sprawowaniu władzy. To z kolei sprzyjało trwałości rządów magnackiej oligarchii i przyczyniło się jednocześnie do rozkładu struktur państwa.

Rozpowszechniła się w tym czasie doktryna głosząca apoteozę „złotej wolności” szlacheckiej, której podstawowe źrenice stanowić miały: wolna elekcja i *liberum veto*. Zakładała ona też konieczność uzyskania równowagi *inter maiestatem et libertatem*, między królem dążącym do wzmocnienia władzy kosztem szlachty, a wolnością szlachecką prowadzącą ku anarchii. Instytucję strzegącą tej równowagi upatrywano w senacie, który coraz bardziej stawał się symbolem rządów oligarchicznych⁹.

W zakresie organizacji władz doszło wówczas do istotnego ograniczenia uprawnień króla i dalszej decentralizacji państwa. W 1652 roku po raz pierwszy uznano za ważny sprzeciw jednego tylko posła podczas uchwalania limitacji obrad sejmu. *Liberalum veto* poczęło się stawać środkiem stosowanym nagminnie w interesie poszczególnych rodów magnackich, a często także obcych mocarstw. Prowadziło to do paraliżu obrad sejmu, a w konsekwencji i całego państwa. Czasy największego upadku sejmu przypadły na okres panowania dynastii saskiej (1697–1762), kiedy to pomyślnie zakończyło obrady zaledwie pięć sejmów. Wraz z postępującą dezorganizacją aparatu państwa, rosło znaczenie prywatnych „państw” magnackich, często dysponujących rozbudowaną strukturą administracji biurokratycznej, bliższą monarchiom absolutnym. Tym samym nakreślony w XVI stuleciu model ustrojowy państwa, nowoczesny i mogący stanowić przeciwwagę, czy wręcz konkurencję dla tendencji absolutystycznych, począł się degenerować i w rezultacie osłabiać struktury

⁹ S. Grodziski, *Porównawcza historia...*, s. 152 i nast.

państwa. Swoista polska anomalia ustrojowa, jeszcze w dobie „złotego wieku” mająca jak najbardziej pozytywne konotacje, już w wieku XVII, a przede wszystkim w 1. połowie XVIII stulecia, nabierać poczęła coraz bardziej pejoratywnego znaczenia.

W epoce saskiej, wraz z przenikaniem do Polski idei oświecenia, ujawniać się zaczęły załączki nowoczesnych koncepcji postulujących pełną reformę ustroju Rzeczypospolitej. Zaczęto dostrzegać niebezpieczeństwo płynące z ówczesnego przeświadczenia większości szlachty, że Polska „nierządem stojąca” daje gwarancję pomyślnej przyszłości państwa i jego niewzruszonego *status quo*. Rzeczywistość polityczna była zgoła inna. Spadek znaczenia Polski na arenie międzynarodowej, permanentne zrywanie sejmów i sejmików, brak silnej władzy centralnej oraz przejście administracji lokalnej przez nieskuteczny w swym działaniu i anachroniczny w formie samorząd szlachecki, a wreszcie znikoma liczba wojska – wszystko to prowadziło Rzeczpospolitą do ostatecznego upadku. Sąsiedztwo silnych państw absolutnych wyposażonych w sprawny, scentralizowany aparat władzy czyniło to zagrożenie niezwykle realnym.

Przeciwdziałać miała temu podjęta w latach 1764–1792 reforma państwa, której apogeum przypadło na obrady Sejmu Czteroletniego. Wtedy to uchwalono pierwszą w Europie a drugą na świecie konstytucję pisaną – Konstytucję 3 Maja, tworzącą nowoczesną strukturę władzy publicznej.

Podjęte reformy przyszły jednak zbyt późno. Nakreślony w „Ustawie Rządowej” model ustrojowy państwa nie przetrwał długo. Ostateczny kres położyły mu wydarzenia mające miejsce po 1792 roku: konfederacja targowicka, sejm grodzieński i trzeci rozbiór Polski. Przyczyn upadku Rzeczypospolitej nie sposób jednak upatrywać wyłącznie w czynnikach zewnętrznych, rozkładzie instytucji państwowych i nasilającej się anarchii w epoce saskiej, czy wreszcie w specyficznej polskiej anomalii ustrojowej, która nie wytrzymała próby konfrontacji ze

scentralizowaną monarchią absolutną państw ościennych. Przyczyniła się do tego także, zapewne jeszcze przedwczesna, próba budowania w Polsce demokratycznego państwa opartego na prawie¹⁰.



¹⁰ *Ibidem*. Ponadto o ustroju Rzeczypospolitej szlacheckiej zob.: T. Maciejewski, *Historia ustroju i prawa sądowego Polski*, Warszawa 1999, 34 i nast.; R. Łaszewski, S. Salmonowicz, *Historia ustroju Polski*, Toruń 1995, s. 37 i nast.; A. Korobowicz, W. Witkowski, *Historia ustroju i prawa polskiego (1772–1918)*, Kraków 1998, s. 15 i nast. Na temat reform Sejmu Czteroletniego: B. Leśnodorski, *Dzieło Sejmu Czteroletniego (1788–1792). Studium historycznoprawne*, Wrocław 1951.

Jerzy Malec

THE COMMONWEALTH OF POLAND –
– LITHUANIA AT THE TIME OF THE NOBLE
DEMOCRACY, OR THE POLISH ANOMALY?

Today, when we ponder upon the essence of Polish democracy, we eagerly refer to our traditions in the area, namely the so-called the Nobles' Democracy, which was born at the turn of the 15th century. It is even used at times as justification of the deficiencies in our current democratic order, even though the characteristic traits of that democracy of the noble estate included the spread of anarchy and excessive decentralisation of the State. This is because after its fall, Polish Statehood came to an end and with the Partitions, Polish society was denied any element of democracy.

Did the Commonwealth of Poland – Lithuania (*Rzeczpospolita*) provide an imperfect standard of democratic order in the State in the days of the Nobles' Democracy? Or should we, rather, refer to this political structure of the state created in the 16th century as the Polish anomaly? What was the geopolitical reality that that system operated in? These are but a handful of questions that require answers.

The basic political system of modern Europe was beyond doubt absolutism: a political structure lying at the other extreme from what was built in Poland by the middle ranking nobility. These latter gathered

in the so-called Executive Movement and were hostile to the ideas of *absolutum dominium*.

The development of the absolutist form of the state was closely linked to the limiting of the political rights acquired by the estates at the time of an estate-based system. In most cases this was paralleled by the significant limitation, if not liquidation, of estate councils by the monarch and his takeover of absolute sovereign power.

The gathering of all power in a single hand was characteristic of absolute monarchy, much like the institutional personification of the highest state organ in the person of the ruler. The classic representative of this form of political structure, Louis XIV, is supposed to have expressed this principle in *l'Etat ce moi* ("the state is myself"). The absolute ruler was at the same time the supreme legislator, executor of laws and judge. The state administration apparatus subject to the will of the monarch played an immeasurably important role in the reinforcement and securing of the ruler's absolute power. This is why modern management structures adjusted to the needs were built both at central and local levels as part of the process of development and reinforcement of absolute power. At the same time, they were to provide the subjects with rational organisation, stability, order, and security.

The management of the state was based on two fundamental principles: centralism and bureaucracy. The first was linked to the lower-ranking organ's obligation to fall in line with the higher one, and eventually with the subordination of the entire structure of power to the monarch. The principle of bureaucracy in turn revolved around the professional character of the administration and its representatives, i.e. officers. With these in place, further organisation of the apparatus of power was gradually developing¹ based, among other things, on the principles of departmentalism, hierarchic subordination, and collegiality.

¹ D. Malec, J. Malec, *Historia administracji i myśli administracyjnej*, [History of administration and administrative thought], 2nd ed, Kraków 2003, pp. 15&ff, 31&ff.

Absolute monarchy was based on two principal pillars: powerful, centralised administration and a permanently increasing permanent professional military force. Although an essential element of stability in exercising power, they were uncommonly expensive to wield. In the absolute monarchies of the 18th century, maintenance of the army consumed nearly a half of the state's expenditure, while the successively developed administration accounted for not much less.

Absolutism went through various stages of development, and would assume different characters in different eras. From the early absolutism, via its classical form – the enlightened absolutism, to the final form of police monarchy². As a result, it survived in some states until the mid-19th century, and in Russia even to the early 20th.

It should be emphasised that enlightened absolutism was an attempt at modernising the old social and political order, and a fairly efficient one, should we take into account the robustness of centralist monarchies in Austria, Prussia, and Russia, as contrasted with a classic example of absolutist monarchy in France abolished towards the end of the 18th century in the bloodthirsty revolution³.

² S. Grodziski, *Porównawcza historia ustrojów państwowych*, [Comparative history of state systems], Kraków 1998, pp. 143&ff.

³ J. Malec, *Ustrój polityczny*, [Political system], [in:] *Encyklopedia historyczna świata*, [Historical encyclopaedia of the world], Vol. 5: *Historia nowożytna*, [Modern history], Kraków 2000, pp. 112&ff.

HOW THEN WAS POLISH STATEHOOD MOULDED INTO ITS FINAL FORM?

Up until the end of the estate monarchy, the political structure of the Polish state did not differ significantly from the political structures that operated in other European states. The situation began to change though as a result of the exceptionally broad privileges acquired by the Polish nobility. The year 1454 is assumed to have brought an end to estate monarchy in Poland as the noble estate claimed and acquired the leading position in the state, depriving the king of the supreme legislative power, the right to levy extraordinary taxes, and raising the noble *pospolite ruszenie* (*levee-en-masse*) without the consent of noblemen's land assemblies (*sejmiki*). Unlike in most European countries, no absolutism developed in Poland. On the contrary, a peculiar form of political structure – *rzeczpospolita szlachecka*, or the Noble Republic – began to take shape.

The period of the Noble Republic continued until the demise of the state in 1795 and brought the transfer of power into the hands of a single estate: the nobility, and especially that part of the nobility which is defined as the propertied nobility. Until the early 17th century, power was held by the nobility as a single whole, later there came a shift towards the reinforcement of the position of magnates at the expense of all the other layers of the noble estate⁴.

In the Union of Lublin concluded in 1569, the Noble Republic became the commonwealth of two states – Poland (referred to as The Crown) and the Grand Duchy of Lithuania – united by the ties of a real union: a particular form of confederation. It assumed the existence of a single ruler and a single parliament, and common foreign policy,

⁴ Z. Kaczmarczyk, B. Leśnodorski, *Historia państwa i prawa Polski*, [History of Polish state and law], Vol. 2: *Od połowy XV wieku do r. 1795*, [From mid-15th century to 1795], ed. by J. Bar-dach, Warszawa 1966, pp. 31&ff, 189&ff, 474&ff.

while maintaining separate laws, offices, armies, treasury, and courts⁵. A characteristic trait of the Noble Democracy as a system was the weakness of royal power. Hence the conviction that the Polish state may not be considered a pure monarchy but rather a particular type of formal mixture: the so-called *republica mixta*. It involved the assumption of the republican terminology with simultaneous maintenance of the institution of monarchy. Yet, after the introduction of elections to the throne, the monarch was elected by the rank and file nobility, was subject to the law, and could even be dethroned via the power of the right of dissent. Such a law, the famous *articulus de non praestanda oboedientia* (the article on the right to pledge defiance), was taken down in the Henrician Articles approved in 1576 (though formulated three years earlier) and entered into the coronation pledge of Polish kings. The highest organ of power in the state was the Sejm (lower house of the parliament), where the monarch was only one of the three estates participating in the Sejm, besides the Senate and the Chamber of Envoys. The Full Sejm took shape in the latter half of the 15th century, and continued to broaden its competence for the two following centuries. It was believed that through the agency of the Sejm, the nobility exercises its sovereign power in the state. This is why it took over full legislative authority, approval of taxation, summoning the *levee-en-masse* and the mustering of mercenary troops, the right to wage war, and control over foreign policy. Furthermore, its prerogatives included ennoblement (granting nobility to non-nobles and naturalisation of foreign nobility through *indygenat*), and the exercising of the right of pardon.

The Sejm consisted of two chambers: the Senate and the Chamber of Envoys. The Senate evolved from the former royal council and consisted of Catholic archbishops and bishops, and senatorial officials tempo-

⁵ J. Malec, *Szkice z dziejów federalizmu i myśli federalistycznej w nowożytnej Europie*, [Essays from the history of federalism and the federalist thought in modern Europe], 2nd ed., Kraków 2003, pp. 39&ff.

rary: palatine governors (*województwie*) and castellans and a group of dignitaries known as ministers. Their number included the Chancellor, Deputy Chancellor, marshals (of court and of the crown), and the Grand Treasurer. After the Union of Lublin, their counterparts from the Grand Duchy of Lithuania and Royal Prussia entered the Senate. From 1505, the Chamber of Envoys only represented the nobility. Envoys were elected at land assemblies and equipped with instructions on how to vote at the Sejm, in line with the preferences of their electors. Later they were obliged to swear these instructions under oath, which made them represent the interest of their constituency (land) rather than the state. The sessions of the Chamber were chaired by the Marshal of the Sejm selected from among the envoys.

From the moment of assuming the Henrician Articles as the fundamental rights, the monarch was obliged to convene Sejm every alternate year. The summoning of extraordinary Sejms, between the ordinary sessions, was reserved for special situations. The brief and strictly defined duration of sessions (six weeks, and two in the case of extraordinary Sejms) could be extended only if the consent of all the envoys was achieved. The agenda of the proceedings was shaped through practice and was never sufficiently standardised. The acts of the Sejm were published as resolutions (*konstytucje*) in the name of the king.

For the Sejm to pass a resolution, not only was the unanimity of all the envoys required but also the consent of the Senate and king. This would later turn into one of the main reasons for the crisis of this institution, and consequently of the entire state. It is to be emphasised that in the practice of noble democracy, this principle was often suspended, and the dissent was disregarded. The right of dissent vested in every envoy, that is the infamous *liberum veto*, was initially treated as an absolutely extraordinary measure to guarantee and safeguard the noble

liberties. Until mid-17th century, it never happened that a single envoy would disrupt the session of the Sejm.

Early in the 16th century, the idea of the sovereignty of law in the state prevailed among the nobility. Now, even the ruler was subjected to the idea, following the principle of *in Polonia lex est rex* ("in Poland, law is the king")⁶. The constitution of Nihil Novi limited royal power, transferring legislation into the hands of the Sejm, where the monarch was only one of the three elements of the legislative process. He was left with the supreme administrative powers, which in practice was mostly limited, to the nomination of state officials, formal command of the army, and management of foreign policy between the sessions of the Sejm. This resulted in the institution of the king evolving rather towards the post of lifelong president of the noble 'republic'. Unlike in the absolutist model, where the monarch was law (*rex est lex*) and the supreme power, in Poland one could at most quote Jan Zamoyski's *rex regnat et non gubernat* ("the king reigns but does not rule"), with the reign being actually limited to the minimum.

The resident Senators formed the institution appointed to serve the king with counsel and exercise control over his policy. The 16 resident Senators were appointed at ordinary Sejms, of which four were to remain constantly by the monarch. They reported to the Sejm on their activity. Introduced on the power of the Henrician Articles, they were another element limiting the monarch's independence of action.

In the regions, the nobility exercised rule through land assemblies (*sejmiki*). Being organs of noblemen's local government, these were gaining in importance due to the anachronistic structure of local administration. It was here that the main substance of state power began to concentrate from the mid-17th century onwards, due to the weakening position of the Sejm and the progressive decentralisation

⁶ See: W. Uruszczak, "Sejm walny wszystkich państw naszych". *Konstytucja Nihil novi i sejm w Radomiu w 1505 roku*, ["The General Assembly of all our states". The *Nihil Novi* Constitution and the *Sejm* in Radom in 1505], Radom 2005, p. 5 (unpaginated).

of executive power. This brought about the peculiar form of “rule of land assemblies”⁷.

It is to be emphasised that the nobility exercising their political rights, e.g. through the election of the monarch, participation in land assemblies, and election of envoys, accounted for 8-10% of the country's population: a most unusual phenomenon on a European scale. In comparison with this, in England, considered the cradle of democracy, such a high share of population had not acquired election rights until the 1st half of the 19th century.

All the positions in the state were lifelong tenures, without much attention paid to the competence of the candidates. A network of purely titular offices developed and included cup-bearers (*cześnicy*), masters of the pantry (*stolnicy*), sword-bearers (*miecznicy*), masters of the hunt (*łowczy*), etc. The utter lack of modern, bureaucratised forms of administration was quite an unpraiseworthy feature distinguishing Poland from other European states.

The estate-based judiciary structures continued to the end of the “Noble Republic”. For the nobility, the district courts administered by royal starosts, castellans, and chamberlains were the lower courts. The Crown Tribunal, a court of appellate jurisdiction was established in 1578, with its counterpart Lithuanian Tribunal established for Lithuania in 1581⁸. The courts of the municipal council and bench as well as

⁷ J. Malec, *Ustrój polityczny...*, pp. 126&ff.

⁸ VL, vol. 2, pp. 962–969. See also: A. Lisiecki, *Trybunał Główny Koronny siedmiu splendorów oświecony*, [The High Crown Court in the light of seven splendours], Kraków 1638, H. Rutkowski, *Trybunał Koronny w Piotrkowie*, [The Crown Court in Piotrków], [in:] *Dzieje Piotrkowa Trybunalskiego*, [History of Piotrków Trybunalski], Łódź 1989; W. Zarzycki, *Trybunał Koronny dawnej Rzeczypospolitej*, [The High Crown Court of the bygone Commonwealth], Piotrków Trybunalski 1993; I. Wierzbowiecka, *Uwagi do funkcjonowania Trybunału Litewskiego na tle przemian ustrojowych Rzeczypospolitej w drugiej połowie XVII wieku*, [Comments on the functioning of the Lithuanian Court against the systemic changes in the Commonwealth in the latter half of the 17th century], [in:] *Wielokulturowość polskiego pogranicza. Ludzie – Idee – Prawo*, [Multiculturality of the Polish boarded marches. People – ideas – law], ed. by A. Lityński, P. Fiedorczyk, Białystok 2003, pp. 343–348; W. Witkowski, *Trybunał Koronny w Lublinie – organizacja i funkcjonowanie*,

some higher courts under the German Magdeburg Law, continued their operation in the cities. The last of these were losing their importance due to the establishment of the supreme court of appeal chaired by the Chancellor in the capacity of the appellate court in municipal matters. In villages, the judicial authority remained in the hands of landowners, who acquired the right to punish their subjects even with the death sentence. Such a practice was rarely resorted to, however, with the cases being rather transferred for consideration by the court of the nearest city or borough.

A major weakness in the organisation of the state was the weakness of the army. Treatment of the *levee-en-masse* of the nobility as the primary armed force helped to increase the threat that the neighbouring states posed for Poland.

The political structural model of the state did not change at the time of the oligarchy of the magnates. What nonetheless changed, due to the magnates capturing the structures of power, was the circle of persons deciding about the political life of the country. Zebrzydowski's Rebellion (1606–1607) when nobility for the last time took to arms to disrupt the alliance between the king and senators and to check the attempts to introduce absolute power, is assumed as the beginning of oligarchic rule. The defeat of the rebellion became the beginning of the reign of magnates who completely took over at the helm in the latter half of the 17th century, after the Lubomirski Rebellion. It was followed by a further decline in the position of the monarch and the decrease in the political importance of the middle nobility resulting from the economic crisis being the aftermath of the numerous wars conducted in that century. The middle nobility would ever more frequently become a compliant and obedient tool in the hands of magnates competing for power among themselves. References by

[The Crown Court in Lublin – organisation and operation], [in:] *400-lecie utworzenia Trybunału Koronnego w Lublinie*, [400 years of establishing the Crown Court in Lublin], Lublin 1982, p. 59.

the continuously governing elite to the, allegedly valid, principle of noble equality flattered the nobility, giving them with an illusory sense of participation in the exercise of power. This in turn favoured the stability of government by the magnatial oligarchy, contributing to the decomposition of state structures.

This was the time when the doctrine of the “Golden Freedom” of the nobility was spreading. This doctrine’s basic foci of attention was to be free elections and *liberum veto*. Moreover, it assumed that there was a need to acquire balance *inter maiestatem et libertatem* – between the king pursuing the strengthening of power at the cost of nobles, and the noble liberties leading to anarchy. The Senate, which was becoming ever more the symbol of oligarchic rule, was perceived to be the institution safeguarding this balance⁹.

As far as the organisation of state authorities was concerned, this was the time of significant limitation of royal prerogatives and further decentralisation of the state. In the year 1652, the dissent of a single envoy was recognised as valid for the first time when making resolutions concerning the limitation of the session of the Sejm. *Liberum veto* was slowly becoming a means frequently resorted to in the interest of individual magnate dynasties, and often also of foreign powers. This stymied the sessions of the Sejm, and consequently paralysed the entire state. The Saxon Era (1697–1762) was the time of the worst decline, with only five Sejms managing to complete their sessions. Parallel to the progressive disorganisation of the state apparatus, the importance of the private magnate ‘estates’, frequently featuring developed structures of bureaucratic administration closer in character to absolute monarchies, continued to grow.

This is how the model of the state defined in the 16th century as modern and capable of being a counterweight, if not competitor, to ab-

⁹ S. Grodziski, *Porównawcza historia ustrojów państwowych*, [Comparative history of state systems], Kraków 1998, pp. 152&ff.

solutist tendencies began to degenerate and consequently weaken the structures of the state itself. The peculiar anomaly of Polish political structures that had most positive connotations even during the “Golden Age” began to acquire an increasingly negative sense throughout the 17th and especially during the 18th century.

Under the reign of the Saxon kings, with the ideas of enlightenment penetrating to Poland the primal modern concepts postulating full reform of the political order in the Commonwealth began to surface. The danger resulting from the conviction popular among the majority of the nobility that “it is by lack of rule that Poland stands” guaranteeing the promising future of the state and its inviolable *status quo*, begun to be noticed. The political reality was entirely different. The decrease of Poland’s standing on the international scene, the permanent disruptions of Sejms and land assemblies, the lack of strong central power, and the local administration being taken over by an inefficient and formally anachronistic nobles’ government, not to mention the meagre army – all these brought about the final fall of the Commonwealth. At the same time, the presence of strong absolute powers as neighbours equipped with efficient, centralised apparatus of power made the threat very real. The reform of the state undertaken in the years 1764–1792 was to counter such a state of affairs. Its high point was the time of the Four Years’ Sejm, when the Assembly adopted the Constitution of 3rd May – Europe’s first, and the world’s second written constitution – in order to build modern structures of public authority.

All in all, the reforms embarked on came too late. Unfortunately, the political model of the political structure of the state defined in the “Governing Act” (*Ustawa Rządowa*) did not last long. Its final demise was caused by the events that occurred soon after 1792: the Confederation of Targowica, the Sejm of Grodno, and the Third Partitioning of Poland. Yet it would be impossible to only look for the reasons of the fall of the Commonwealth in external factors, in the decomposition of state

institutions and the escalation of anarchy under the Saxon reign, and in the peculiarly Polish anomaly of political order that did not stand the test when confronted with the centralised absolute monarchies of the neighbouring powers. Contributions to such a fall must have included the still premature attempt to build a democratic state based on the rule of law in Poland¹⁰.



¹⁰ *Ibidem*. For more information on the political structure and order of the Noble Republic, see: T. Maciejewski, *Historia ustroju i prawa sądowego Polski*, [History of Polish political system and judicial law], Warszawa 1999, pp. 34&ff; R. Łaszewski, S. Salmonowicz, *Historia ustroju Polski*, [History of Polish political system], Toruń 1995, pp. 37&ff; A. Korobowicz, W. Witkowski, *Historia ustroju i prawa polskiego (1772–1918)*, [History of Polish political system and law 1772–1918], Kraków 1998, pp. 15&ff. On the reforms of the Four Years' Sejm, see: B. Leśnodorski, *Dzieło Sejmu Czteroletniego (1788–1792). Studium historycznoprawne*, [The achievements of the Four Years's Sejm 1788–1792. A study in history and law], Wrocław 1951.

Jerzy Malec

DIE REPUBLIK POLEN IM ZEITALTER DER ADELIGEN-DEMOKRATIE – POLNISCHE ANOMALIE?

Wenn heute über den Charakter der polnischen Demokratie gesprochen wird, werden gerne unsere Traditionen in dieser Materie herbeigerufen, nämlich die sog. Adelligen-Demokratie, deren Entstehung auf die Wende des 15. und 16. Jahrhunderts datiert wird. Sie dient gelegentlich auch als eine Rechtfertigung der Mängel unserer heutigen demokratischen Ordnung, da einerseits diese Demokratie des adeligen Standes von sich ausbreitenden Anarchie und übermäßiger Dezentralisierung geplagt sein sollte, andererseits – nach ihrem Fall das Ende der polnischen Staatlichkeit, die Teilungen Polens und die Beraubung der polnischen Gesellschaft jeglicher demokratischen Elemente stattgefunden hatte.

War aber die Republik im Zeitalter der Adelligen-Demokratie tatsächlich ein ungelungenes Beispiel einer demokratischen Gesellschaftsordnung? Soll dieses im 16. Jahrhundert kreierte Staatssystem als polnische Anomalie bezeichnet werden? In welcher geopolitischen Umgebung war dieses System platziert? Dies sind nur einige der Fragen, die beantwortet werden sollten.

Das populärste politische System der Neuzeit in Europa war zweifellos der Absolutismus, ein vollkommen anderes System also, als das, was in Polen die in sog. Exekutive-Bewegung vereinigte Adeligen der mittleren Schicht zu gestalten angingen, was der Parole *absolutum dominium* in klarer Opposition stand.

Die Entstehung der absoluten Form des Staates war eng mit der Limitierung der in der Phase des Ständesystems errungenen politischen Rechte verbunden. Es bedeutete in den meisten Fällen eine Abschaffung oder zumindest strenge Begrenzung der Ständeversammlungen und Übernahme voller souveräner Macht von dem Herrscher.

Typisch für die absolute Monarchie war die Versammlung aller Macht in einer Hand und der institutionellen Gleichstellung der Person des Herrschers mit dem höchsten Staatsorgan. Klassischer Vertreter dieser Staatsform, Ludwig XIV., sollte diese Regel in der Formel: *l'Etat ce moi* („ich bin der Staat“) ausgedrückt haben. Der absolute Herrscher war zugleich der höchste Rechtgeber, -anwender und Richter. Eine enorme Rolle in der Festigung und Sicherung der unbegrenzten Macht des Königs hat die ihm unterordnete Staatsadministration gespielt. Deswegen entstand im Prozess der Gestaltung und Begründung der absoluten Macht eine moderne, den Bedürfnissen angepasste, sowohl zentrale, als auch lokale Verwaltungsstruktur. Diese sollte den Untertanen gleichzeitig eine rationelle Ordnung, Stabilität und Sicherheit garantieren.

Die Staatsverwaltung wurde auf zwei grundsätzlichen Regeln gestützt: Zentralisierung und Bürokratisierung. Die erste Regel war mit der Pflicht der Unterordnung des niedrigeren Organs dem höheren Organ, und letztendlich der Unterordnung der gesamten Struktur dem Monarchen verbunden. Die Regel der Bürokratisierung wurde dagegen von dem administrativen Professionalismus deren Vertreter, der Beamten, charakterisiert. Schrittweise wurden später weitere Or-

ganisationsregeln des Machtsapparates entwickelt, wie die Ressortmäßigkeit, hierarchische Unterordnung und Kollegialismus¹.

Die absolute Monarchie wurde auf zwei Pfeilern gestützt: auf starker, zentralisierter Verwaltung und stets wachsender Berufarmee. Dies waren unverzichtbare Elemente der Stabilität der Machtausübung, wenngleich aber auch sehr kostenaufwendige Machtinstrumente. In den absoluten Monarchien des 18. Jahrhunderts wurde knapp die Hälfte der Ausgaben des Staatshaushalts für die Armee verwiesen, der konsequent aufbauende Verwaltungsapparat kostete nicht weniger.

Der Absolutismus ging mit der Zeit verschiedene Entwicklungsphasen durch, auch in einzelnen historischen Perioden nahm er verschiedene Gestalten an; vom frühen Absolutismus, durch seine klassische Form, aufgeklärten Absolutismus, bis zu seiner dekadenten Form der polizeilichen Monarchie². Im Endeffekt überdauerte der Absolutismus in einigen Staaten bis zur Hälfte des 19. Jahrhunderts, und in Russland sogar bis zu dem Beginn des 20. Jahrhunderts.

Es soll dabei aber betont werden, dass der aufgeklärte Absolutismus doch ein Versuch war, die alte gesellschaftlich-politische Ordnung zu modernisieren, ein erfolgreicher Versuch sogar, wenn man die Stabilität der zentralistischen Monarchien in Österreich, Preußen oder Russland im Gegenteil zum Schicksal der im 18. Jh. in Frankreich in blutiger Revolte gestürzten klassischen absoluten Monarchie bedenkt³.

¹ D. Malec, J. Malec, *Historia administracji i myśli administracyjnej*, [Geschichte der Staatsverwaltung und des administrativen Denkens], Kraków 2003, S. 15 u.v., 31 u.f.

² S. Grodziski, *Porównawcza historia ustrojów państwowych*, [Vergleichsgeschichte der Staatssysteme], Kraków 1998, S. 143 u.f.

³ J. Malec, *Ustrój polityczny*, [w:] *Encyklopedia historyczna świata*, t. 5: *Historia nowożytna*, [Politisches System], [in:] [Lexikon der Weltgeschichte], Band V: [Geschichte der Neuzeit], Kraków 2000, S. 112 u.f.

WIE HAT SICH DABEI DIE POLNISCHE STAATSFORM GESTALTET?

Bis zum Ende der Stände-Monarchie hat sich das polnische Staatssystem nicht wesentlich von den Systemformen anderer europäischen Staaten unterscheidet. Diese Situation begann sich infolge der vom Adel errungenen ungewöhnlich breiten Privilegien langsam zu ändern. Für den Schluss der Stände-Monarchie in Polen gilt das Jahr 1454, als der Stand der Adeligen die dominierende Position im Staat erkämpft hatte, indem dem König die höchste Macht der Gesetzgebung, das Recht zur Auferlegung von Sondersteuern, und die Erklärung des Adelsaufgebotes (*pospolite ruszenie*) ohne Zustimmung der Landesparlamente (*sejmiki ziemskie*) entzogen wurde. Im Gegenteil zu den meisten europäischen Ländern kam es in Polen also nicht zur Entwicklung des Absolutismus, sondern es begann eine spezifische Staatsform zu entstehen – die Adelsrepublik (*Rzeczpospolita szlachecka*).

Die Zeit der Adelsrepublik, die bis zum Fall des Staates 1795 dauerte, war gekennzeichnet durch die Übernahme voller Macht von einem Stand – dem Adel, und vor allem von jenem Teil des Adels, welcher als „posessionates“ (einsässiger Adel) bezeichnet wurde. Bis zum Beginn des 17. Jahrhunderts hielt diese Gruppe als eine Gesamtheit die volle Macht, später kam es zu einer Wende in Richtung der Stärkung der Magnaten zum Nachteil anderer Schichten des Adels⁴.

Ab der 1569 abgeschlossenen Lubliner Union war die Adelsrepublik ein Bund von zwei Staaten: Polen, auch Krone genannt, und des Großfürstentums Litauen, verbunden mit dem Knoten einer realen Union, einer gewissen Form von Konföderation. Diese bedeutete ei-

⁴ Z. Kaczmarczyk, B. Leśnodorski, *Historia państwa i prawa Polski*, t. 2: *Od połowy XV wieku do r. 1795*, [Staats- und Rechtsgeschichte Polens], Band II: [Ab der Hälfte des 15. Jahrhunderts bis 1795], Red.: J. Bardach, Warszawa 1966, S. 31 u.f., 189 u.f., 474 u.f.

nen gemeinsamen Herrscher, gemeinsames Parlament (Sejm) und gemeinsame Außenpolitik bei gleichzeitiger Beibehaltung getrennter Rechtgebung, Ämter, Armee, des Staatsschatzes und der Gerichte⁵.

Das System der Adelsrepublik zeichnete sich durch schwache Position des Königs aus. Daher entfaltete man die Ansicht, dass der polnische Staat nicht als eine regelrechte Monarchie, sondern eine gemischte Form (sog. *republica mixta*) anerkannt werden soll. Es bedeutete die Annahme der republikanischen Nomenklatur bei gleichzeitiger Beibehaltung der Institution der Monarchie. Nach der Einführung der Wahl der Könige war der Monarch zwar von der Gesamtheit der Adelligen gewählt, war aber dem Recht unterlegen, und ihm konnte sogar der Thron durch das Recht des Widerstandes entzogen werden. Dieses Recht, das berühmte *articulus de non praestanda oboedientia* (Artikel über das Recht der Kündigung der Folgsamkeit) wurde in den 1576 beschlossenen (obwohl bereits drei Jahre früher formulierten) *Articuli Henriciani* festgeschrieben, und wurde zum Element des Krönungseides der polnischen Könige.

Das höchste Machtorgan des Staates war der Sejm (Volksvertretung), in dem der Monarch lediglich einer der drei tagenden Stände, neben dem Senat und der Abgeordnetenversammlung, war. Der Hauptlandtag (*Sejm walny*) hat seine Form in der 2. Hälfte des 15. Jahrhunderts angenommen und wurde während zwei folgenden Jahrhunderten durch die Ausbreitung seiner Kompetenzen entwickelt. Man behauptete, dass durch das Parlament der Adel seine souveräne Macht im Staat ausübt. Daher übernahm der Sejm die volle Kompetenz der Gesetzgebung, Auferlegung der Steuer, Erklärung des Adelsaufgebotes und der Berufung der Soldtruppen, das Kriegserklärungsrecht und die Kontrolle über die Außenpolitik. Dem Sejm gehörte das Recht der Adellung (Standeserhebungen und das Indigenat für fremdländischen Adel), als auch die Anwendung des Gnadenrechtes.

⁵ J. Malec, *Szkice z dziejów federalizmu i myśli federalistycznej w nowożytnej Europie*, [Skizze zur Geschichte des Föderalismus und des föderalistischen Denkens im Europa der Neuzeit], Ausg. II, Kraków 2003, S. 39 i u.f.

Der Sejm bestand aus zwei Kammern: dem Senat und der Abgeordnetenkommission. Dem Senat, ausgebildet von dem ehemaligen Königsbeirat, gehörten die katholischen Erzbischöfe und Bischöfe, die höchsten Landesbeamten: Woiwoden und Kastellane, und eine Gruppe der als Minister bezeichneten Dignitäre an. Diesen gehörten der Kanzler, Vizekanzler, die Marschälle – der Großmarschall und der Hofmarschall, sowie der Kämmerer, zu. Nach der Lubliner Union wurde der Senat um entsprechende Dignitäre des Großfürstentums Litauen und des Königlichen Preußen vergrößert. Die Abgeordnetenkommission war bis 1505 Vertretung ausschließlich vom Adel. Die Abgeordneten wurden in den regionalen Landtagen (*Sejmiki*) gewählt, wo sie auch Anweisungen für die bevorstehenden Abstimmungen erhielten. Mit der Zeit wurden sie zur Beedigung dieser Anweisungen verpflichtet, was dazu führte, dass der Abgeordnete Vertreter des Landes, von welchem er gewählt wurde, und nicht des States war. Die Tagungen der Kommission wurden von dem aus den Abgeordneten gewählten Marschall (Kammervorsitzenden) geleitet.

Seit der Beschließung der *Articuli Henriciani* als fundamentaler Systemregelung war der Monarch verpflichtet, den Sejm je zwei Jahre zu berufen. In Sonderfällen war die Berufung von Sonder-Sejms zwischen den regulären Tagungsperioden vorgesehen. Eine genaue Begrenzung der Tagungszeit (sechs Wochen, Sondersessionen lediglich zwei Wochen) durfte nur mit der Zustimmung der Mehrheit der Abgeordneten aufgehoben werden. Die Tagesordnung wurde praxisgemäß gestaltet und wurde nie genügend normalisiert. Die Gesetze des Sejms wurden Konstitutionen genannt und wurden im Namen des Königs verkündet.

Die Abschließung eines Gesetzes benötigte der Einmütigkeit aller Abgeordneten, sowie der Zustimmung des Senats und des Königs. Dies wurde später zu einem der Hauptgründe der Krise dieser Institution und infolge dessen des gesamten Staates. Hier soll auch betont wer-

den, dass im Zeitalter der Adelsdemokratie auf diese Regel praktisch oft verzichtet und von den Protesten der Opposition oft weggesehen wurde. Das einem jeden Abgeordneten zustehende Einspruchrecht, das verrufene *liberum veto*, wurde einst als ein absolutes Sondermittel zur Sicherung und Garantie der Freiheit des Adels betrachtet. Bis zur Hälfte des 17. Jahrhunderts ist es nicht vorgekommen, dass die Tagung des Sejms von nur einem Abgeordneten abgebrochen würde. Zu Beginn des 16. Jahrhunderts gewann unter den Adeligen die Ansicht über die Souveränität des Rechtes im Staat, welchem auch der Monarch selbst unterworfen wurde, laut der Parole, dass *in Polonia lex est rex* („in Polen ist das Recht der König“)⁶. Die Konstitution *Nihil novi* hat die königliche Macht weiterhin begrenzt und die Gesetzgebung in die Hände des Sejms übergeben, wo der Herrscher lediglich ein der drei Elemente des Legislationsprozesses war. Dem König wurde die höchste Verwaltungsmacht überlassen, in der Praxis begrenzt aber zu der Ernennung der Beamten, formeller Oberherrschaft über die Armee und Führung der Außenpolitik in der Zeit zwischen den Tagungen des Sejms. Es führte also zur Evolution dieser Institution in Richtung eines lebenslänglichen Präsidenten der „Republik“ der Adeligen. Im Vergleich zu einem absolutistischen Modell, wo der Monarch dem Recht gleich (*rex est lex*) und die absolute Obrigkeit im Staat war, konnte in Polen nur nach Jan Zamoyski wiederholt werden, dass *rex regnat et non gubernat* („der König herrscht, aber regiert nicht“), wobei diese Herrschaft bis auf das Mindeste reduziert wurde. Eine Institution, die dem König mit Rat beistehen und seine Politik unter Kontrolle behalten sollte, waren die Senatoren-Residenten. Sie wurden während der ordentlichen Tagungen des Sejms, in einer Menge von 16 Personen für eine Kadenz von zwei Jahren berufen, wobei zur Seite des Königs stets vier Residenten verweilen sollten.

⁶ Siehe W. Uruszczak, „*Sejm walny wszystkich państw naszych*“. *Konstytucja Nihil novi i sejm w Radomiu w 1505 roku*, [„Hauptlandtag aller unseren Staaten“. Konstitution *Nihil novi* und der Sejm in Radom 1505], Radom 2005, S. nlb. 5.

Ihre Tätigkeit haben sie an den Sejm berichtet. Eingeführt mit den *Articuli Henriciani*, bildeten sie ein weiteres Element der Begrenzung der königlichen Selbstständigkeit.

In der Provinz wurde die Macht von dem Adel durch Landtage (*Sejmiki*) ausgeübt. Wegen der veralteten Struktur der lokalen Staatsverwaltung gewannen diese Organe der Selbstverwaltung der Adeligen stets an Bedeutung. Seit der Hälfte des 17. Jahrhunderts, verbunden mit der fallenden Position des Sejms und fortschreitender Dezentralisierung der exekutiven Macht, wurde der Hauptbereich der Staatsmacht in den Sejmiki konzentriert. Dies führte zur Entwicklung einer einzigartigen Form von „Sejmiki-Regierung“⁷.

Es soll dabei betont werden, dass der Adel, der seine politischen Rechte u. a. durch die Wahl des Wahlkönigs, Teilnahme an den Landtagen und Wahl der Sejm-Abgeordneten ausübte, 8-10% der Gesellschaft darstellte, was eine europaweite Ausnahme war. Beispielsweise gewann in England, welches als die Wiege der Demokratie gilt, ein so hohes Prozent der Gesellschaft die Wahlrechte erst in der 1. Hälfte des 19. Jahrhunderts.

Alle Ämter im Staat wurden lebenslänglich besetzt, ohne eine besondere Wertung der Fachkundigkeit der Kandidaten. Es hat sich auch ein breites Netz rein titulärer Ämter entwickelt: die Mundschenke (*cześnicy*), die Truchsesse (*stolnicy*), die Schwerträger (*miecznicy*), die Jägermeister (*łowczy*) usw. Dieser vollkommene Mangel an jeglichen modernen, bürokratisierten Administrationsformen hat Polen von den Staaten Westeuropas ungünstig unterschieden.

Die Struktur des Gerichtswesens blieb bis zum Ende der Adelsrepublik den Ständen nach konstruiert. Für den Adel waren Gerichte erster Instanz die Landesgerichte, Amtsgerichte und Kämmerergerichte. Es wurde aber auch eine Apellationsinstanz in Form des 1578 gegründeten Kronentribunals (und parallel für Litauen – ab 1581 Litauischen

⁷ J. Malec, *Ustrój polityczny...*, S. 126 u.f.

Tribunals) berufen⁸. In den Städten arbeiteten weiterhin die Gerichte des Stadtrates und der Stadtschöffen und einige höhere Gerichte des deutschen Rechts. Die letzten verloren ihre Bedeutung nach der Gründung eines Schöffengerichts mit dem Kanzler als Vorsitzenden, als eines Berufungsgerichtes für die Städte. Das ländliche Gerichtswesen blieb in den Händen der Dorfbesitzer, die sogar das Recht der Todesstrafe bekommen haben. In der Praxis wurde diese Strafe jedoch selten angewandt, in solchen Fällen wurden die Sachen den Gerichten der nächsten Stadt oder Burg zur Entscheidung übergeben.

Ein wesentlicher Mangel der Staatsorganisation war die Schwäche der Armee. Die andauernde Stützung auf dem Adelsaufgebot als grundsätzlicher Streitkraft hat die permanente Bedrohung der Republik seitens der Nachbarmächte stets erhöht.

In der Zeit der Magnaten-Oligarchie hat sich das Staatssystem an sich nicht geändert. Wegen der Besetzung der Machtstrukturen von den Magnaten wurde aber der Kreis der über das politische Leben entscheidenden Personen geändert. Beginn der oligarchischen Regierungen datiert man auf die Jahre 1606-1607 – die Zeit der Zebrzydowski-Rebellion, als der Adel zum letzten Mal im Kampf und den Abbruch des Bündnisses des Königs mit den Senatoren und um die Aufgabe der Versuche, absolute Macht einzuführen, aufgestanden ist.

⁸ VL, Band II, S. 962-969. Siehe auch: A. Lisiecki, *Trybunał Główny Koronny siedmiu splendorów oświecony*, [Das Kronentribunal von sieben Glänzen erleuchtet], Kraków 1638; H. Rutkowski, *Trybunał Koronny w Piotrkowie*, [w:] *Dzieje Piotrkowa Trybunalskiego*, [Das Kronentribunal in Piotrków], [in:] [Geschichte von Piotrków Trybunalski], Łódź 1989; W. Zarzycki, *Trybunał Koronny dawnej Rzeczypospolitej*, [Das Kronentribunal der alten Republik], Piotrków Trybunalski 1993; I. Wierchowicka, *Uwagi do funkcjonowania Trybunału Litewskiego na tle przemian ustrojowych Rzeczypospolitej w drugiej połowie XVII wieku*, [w:] *Wielokulturowość polskiego pogranicza. Ludzie – Idee – Prawo*, [Bemerkungen zum Funktionieren des Litauischen Tribunals auf dem Hintergrund des Systemwandels der Republik in 2. Hälfte des 17. Jahrhunderts], [in:] [Multikultureller Charakter des polnischen Grenzlandes. Menschen-Ideen-Recht], Hrsg. A. Lityński, P. Fiedorczyk, Białystok 2003, S. 343-348; W. Witkowski, *Trybunał Koronny w Lublinie – organizacja i funkcjonowanie*, [w:] *400-lecie utworzenia Trybunału Koronnego w Lublinie*, [Das Kronentribunal in Lublin – Organisationsform und Arbeitsmethode], [in:] [400 Jahre der Gründung des Kronentribunals in Lublin], Lublin 1982, S. 59.

Die Niederlage der Rebellion wurde zu Beginn der Regierungen von Magnaterie, die volle Macht ging in ihre Hände in der 2. Hälfte des 17. Jahrhunderts, nach der Rebellion von Lubomirski. Es führte zum weiteren Fall der Position des Königs, und – infolge der wirtschaftlichen Krise nach vielen Kriegen dieses Jahrhunderts – zum Fall der Bedeutung des Mitteladels. Diese Schicht wurde immer öfter zum gehorsamen Werkzeug in den Händen der Magnaten, die untereinander um Einfluss und Macht rivalisierten. Die von der regierenden Elite immer wieder herbeigerufene Regel der Gleichheit aller Adeligen schmeichelte dem Adel mit einem trügerischen Gefühl der Teilnahme an der Machtausübung. Dies dagegen hat die Magnaten-Oligarchie gefestigt, bei gleichzeitiger Demontage der Staatsstrukturen.

Sehr populär wurde in dieser Zeit eine Doktrin der „goldenen Freiheit“ der Adeligen, deren wichtigste Punkte die freie Königswahl und das *liberum veto* sein sollten. Diese Doktrin bedeutete auch eine Annahme über das Gleichgewicht *inter maiestatem et libertatem*, zwischen dem zur Stärkung der Macht zum Nachteil des Adels strebenden König und der Freiheit des Adels, die zur Anarchie führt. Eine dieses Gleichgewicht wehrende Institution sollte der Senat sein, der immer stärker zum Symbol der oligarchischen Ordnung wurde⁹.

Im Bereich der Organisation der Macht kam es zur wesentlichen Einschränkung der Rechte des Königs und weiterer Dezentralisierung des Staates. 1652 wurde zum ersten Mal der Einspruch eines einzigen Abgeordneten während der Abstimmung der Limitationen der Sejm-Tagungen als bindend anerkannt. Das *Liberum veto* wurde zu einem permanent im Interesse einzelner Magnaten-Familien, und oft auch fremder Staaten, angewandten Mittel. Es führte zur Lähmung der Sejm-Tagungen und infolge dessen des gesamten Staates. Der tiefste Fall des Sejms kam in den Zeiten der Wettiner-Dynastie (1697-1762), während welcher nur fünf Sejms erfolgreich zu Ende tagen konnten.

⁹ S. Grodziski, *Porównawcza historia...*, Kraków 1998, S. 152 u.f.

Parallel zu der fortschreitenden Demontage des staatlichen Apparates gewannen die privaten „Staaten“ der Magnaten an Bedeutung, die oft über eine ausgebaute administrative Struktur, den absoluten Monarchien näher, verfügten.

Auf diese Weise begann das im 16. Jahrhundert etablierte, moderne Staatssystem, welches ein Gegengewicht oder sogar eine Konkurrenz für die absolutistischen Tendenzen darstellen konnte, zu degenerieren und im Endeffekt seine eigenen Staatsstrukturen abzuschwächen. Die eigenartige polnische staatliche Anomalie, die noch in der Zeit des „Goldenen Zeitalters“ durchaus positive Konnotation hatte, bekam bereits im 17. und besonders in der 1. Hälfte des 18. Jahrhunderts eine immer stärker negative Bedeutung.

Während der Zeit der sächsischen Dynastie wurden samt anderen Einflüssen der Aufklärung in Polen auch erste moderne Konzepte der vollen Systemreform der Republik bemerkbar. Die Gefahr aus der Ansicht der Mehrheit des Adels, dass das *mit Unordnung stehende* Polen die Garantie der erfolgreichen Zukunft des Staates und dessen unantastbaren *status quo* ist, wurde jetzt erkannt. Die politische Realität war vollkommen anders. Der Verlust der Bedeutung Polens auf der internationalen Ebene, ein permanentes Abbrechen der Sejms und der Sejmiki, der Mangel an starker zentraler Macht und die Übernahme der Verwaltung von der unwirksamen und in ihrer Form veraltete Selbstverwaltung des Adels, zuletzt auch geringe Zahl der Soldaten – all das führte die Republik bis zu ihrem endgültigen Fall. Gleichzeitig wurde diese Gefahr durch die Nachbarschaft starker absolutistischer Staaten mit ihrem gut funktionierenden, zentralisierten Machtapparat, sehr real.

Entgegenwirken sollte die in den Jahren 1764-1792 unternommene Staatsreform. Höhepunkt der Reform wurden die Tagungen des Vierjährigen Sejms, während welches die erste in Europa und die zweite in der Welt schriftlich erfasste Verfassung abgestimmt wurde – die Ver-

fassung vom 3. Mai, mit der eine moderne Struktur der öffentlichen Gewalt gegründet werden sollte.

Die unternommene Reform kam jedoch zu spät. Das in dem „Regierungsgesetz“ skizzierte Modell des Saatsystems überdauerte leider kurz. Seinen endgültigen Fall brachten die Ereignisse mit, die nach 1792 stattgefunden haben: die Targowica-Konföderation, Sejm in Grodno und die dritte Teilung Polens. Nach den Ursachen des Niedergangs der Republik darf jedoch nicht allein in den externen Faktoren gesucht werden, oder in der Demontage der Staatsinstitutionen und immer stärkerer Anarchie der sächsischen Epoche, oder endlich in der spezifischen polnischen System-Anomalie, welche die Probe der Zeit in Konfrontation mit der zentralisierten absoluten Monarchie der Nachbarländer nicht überstanden hat. Dazu trug bestimmt der sicherlich noch zu vorzeitige Versuch des Baus eines demokratischen auf dem Recht gestützten Staates bei¹⁰.



¹⁰ *Ibidem*. Zum System der Adelsrepublik siehe auch: T. Maciejewski, *Historia ustroju i prawa sądowego*, [Geschichte des politischen Systems und des Gerichtsrechtes in Polen], Hrsg. C.H. Beck, Warszawa 1999, 34 u.f.; R. Łaszewski, S. Salmonowicz, *Historia ustroju Polski*, [Geschichte des politischen Systems Polens], Toruń 1995, S. 37 u.f.; A. Korobowicz, W. Witkowski, *Historia ustroju i prawa polskiego (1772–1918)*, [Geschichte des politischen und des Rechtssystems in Polen (1772–1918)], Kraków 1998, S. 15 u.f. Zu den Reformen des Vierjährigen Sejms: B. Leśnodorski, *Dzielo Sejmu Czteroletniego (1788–1792). Studium historycznoprawne*, [Das Werk des Vierjährigen Sejms (1788–1792). Historisch-rechtliche Studien], Wrocław 1951.

Wstęp

O doniosłości zmiany społecznej A. Giddens napisał, co warto przytoczyć, następująco: „Historia ludzkości liczy około pół miliona lat. Rolnictwo, warunek osiadłego trybu życia, ma jedynie około dwunastu tysięcy lat. Pierwsze cywilizacje powstały mniej więcej sześć tysięcy lat temu. Gdyby cały czas istnienia ludzkości skrócić do jednej doby, rolnictwo powstałoby o 23.56, a cywilizacje o 23.57. Rozwój społeczeństw nowoczesnych zacząłby się z wybiciem 23.59 i 30 sekund. A jednak w ciągu tych ostatnich trzydziestu sekund dnia ludzkości zaszło prawdopodobnie tyle zmian, co przez cały wcześniejszy okres”¹. Jak stwierdza znakomity socjolog brytyjski: „Teoretycy społeczni już od dwustu lat próbują stworzyć wielką teorię, która wyjaśniałaby naturę zmiany społecznej. Nie istnieje jednakże pojedynczy czynnik zmiany i żadna taka teoria nie obejmie skali zróżnicowania systemów społecznych w dziejach ludzkości”². W odniesieniu do zmian w epoce nowoczesnej wskazuje na czynniki, jego zdaniem, decydujące: ekonomiczne, polityczne, kulturowe.

Przytoczone powyżej zjawiska znajdują zawsze, przy założeniu prawidłowości przebiegu procesów społecznych, swój finalny wyraz

¹ A. Giddens, *Socjologia*, przeł. A. Szulżycka, Warszawa 2007, s. 64.

² *Ibidem*, s. 65.

w zaistnieniu normy prawnej, a tym samym ewolucja systemu społecznego musi obejmować zmiany w prawie. Fluktuacja prawa tworzy zjawisko złożone, także i nauki – dyskusyjności poglądów, opinii, interpretacji. Pojawiają się bowiem zasadnicze pytania. Czy prawo mają tworzyć, zgodnie z historią i tradycją, sędziowie, czy też, jak np. pisze B. Leoni, proces ten ma zależeć wyłącznie „od woli zwycięskiej większości w ciałach ustawodawczych”. A więc, czy prawo ma być nakazem ustawodawcy, czy też ideą realizującą się stopniowo w działalności jurystów. Niemniej doniosłą kwestią jest problem stanowienia prawa, względnie akceptacji już istniejącego, sprzecznego z opinią publiczną, ale mimo to obowiązującego, mimo że *de facto* narzuconego społeczeństwu. Dyskusyjnym może być również nadmiar ukazujących się aktów ustawodawczych – inflacja prawa, zbieżnych z doraźnym interesem partii politycznych i tylko w tym celu wydawanych. Wiąże się to z problemem niskiej jakości przepisów, wyrażania woli ustawodawcy za pomocą reguł niedookreślonych, narzucających niewyraźny kształt normy prawnej i degenerujących jej właściwy sens. Te właśnie zagadnienia nurtowały i nurtują społeczeństwo polskie lat ostatnich.

Złożoność poznawczych i praktycznych występujących w prawie kwestii przyczyniła się do różnorodności i różnobarwności tematów badawczych. Prezentowana czytelnikom całość obejmuje dwie części. Pierwsza z nich nosiła tytuł „Zmiany w prawie – zagadnienia doktryny i praktyki”³. Edycja obecna została pomyślana jako „Kierunki zmian w prawie – postulaty doktryny”.

Metodologia zbioru nasuwa kilka uwag. Po pierwsze, zakres poruszanych zagadnień tworzy szerokie i zróżnicowane spektrum badawcze, o podejściu, jak poprzednio, bardziej analitycznym niż syntetycznym. Po drugie, nie wszystkie właściwe dla zakreślonego tematu kwestie zostały tutaj wyczerpane, taka bowiem próba, jak można uważać, nie mogłaby się powieść. Po trzecie, układ tomu tłumaczy się występującymi współcześnie w nauce prawa tendencjami.

³ Opublikowana jako: *Studia prawnicze. Rozprawy i materiały*, red. M. Nowak, Kraków 2006.

Zeszyt otwiera artykuł Jerzego Malca poświęcony problematyce demokracji szlacheckiej. Model ustroju politycznego, konsekwencje stąd wynikłe, zaistniałe anomalie, polska rzeczywistość geopolityczna – to najważniejsze, a zarazem niezmiernie interesujące podnoszone przez autora kwestie.

Konstrukcja problemowa zbioru obejmuje kilka odrębnych nurtów. Pierwszy z nich wiąże się z tematyką ogólnoustrojową. Treścią procesu legislacyjnego zajmuje się Tadeusz Biernat. Problem klauzul generalnych podjął Marcin Sala-Szczypiński. Na złożoność prawa unijnego wskazuje Diane Ryland.

Szereg odrębnych wzajemnie zagadnień pojawia się w problematyce prawno-administracyjnej. Studium prawno-porównawcze *de lege lata* i *de lege ferenda* stanowi opracowanie Jerzego Paśnika, dotyczące roli służb mundurowych w koncepcji cech szczególnych, kształtu ustrojowego, regulacji prawnych. Ochrona prawna dóbr kultury w odniesieniu do prawa administracyjnego i konstytucyjnego stała się przedmiotem rozważań Samanty Kowalskiej. Zagadnienie służby cywilnej w kontekście państwa prawa bada Marek Balicki.

Dylematy doktryny stanowią treść badań z zakresu prawa karnego i procesowego. Wypowiadają się w tych kwestiach: Marek Lubelski (analiza wymiaru kary), Zyta Dymińska (status świadka koronnego) i Katarzyna Banasik (refleksje nad prawem wykroczeń).

Problematyka podatkowa przeważa w opracowaniach w zakresie prawa finansowego. Apoloniusz Kostecki w cennej poznawczo analizie bada wpływ orzecznictwa na kształt prawa podatkowego. Dalsze kwestie to: świadczenia emerytalne w aspekcie regulacji ograniczających (Irena Czaja-Hliniak), zasady spójności systemu podatkowego (Magdalena Pelikan-Krupińska), podatek od towarów i usług a dyrektywy unijne (Wojciech Fill).

Na złożoność i dyskusyjność problemów charakteryzujących polskie ustawodawstwo wskazują autorzy opracowań z różnorodnych dziedzin nauk o prawie. Bogusław Gnela podejmuje zagadnienie ochrony konsumenta w polskim prawie prywatnym międzynarodowym.

wym. Przedmiotem analizy jest projekt nowej ustawy w tym zakresie, w aspekcie *de lege ferenda* pojawia się artykuł Jakuba Biernata dotyczący odpowiedzialności za długi spadkowe po dziale spadku. Rozważania Henryka Lewandowskiego odnośnie do polskiego i wspólnotowego prawa pracy są prowadzone na gruncie orzecznictwa Sądu Najwyższego i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

Kończąc niniejszy przegląd, należy zaznaczyć, że wiele interesujących propozycji i konstrukcji prawnych przedstawiają autorzy innych opracowań, nieomawianych tutaj z uwagi na obszerność tomu.

Prezentowany czytelnikom zeszyt, podobnie jak i poprzedni, jest adresowany przede wszystkim do prawników, nie tylko teoretyków, ale również praktyków, oraz do studentów prawa. Poruszane w nim zagadnienia powinny być interesujące dla administratywistów. Być może znajdą odbiorców z dyscyplin nauk społecznych pokrewnych prawu. Rozważania te bowiem łączy wspólna idea zmiany społecznej. Postęp w badaniach nad zmianą w prawie jest widoczny. Prezentacje autorские tworzące treść zbioru, walory poznawcze w nich zawarte, powinny stanowić dalsze ich pogłębienie i działać na rzecz rozwoju nauk prawnych.

Marek Nowak

Część pierwsza

**Z problematyki
ogólnoustrojowej**

Tadeusz Biernat

Miejsce doktryny prawniczej w procesie tworzenia prawa

Zmiany w prawie a uwarunkowania i organizacja procesu prawotwórczego

Pytanie o miejsce doktryny prawniczej w procesie tworzenia prawa jest trudne. W aktualnym stanie tworzenia prawa w Polsce, udzielenie jednoznacznej odpowiedzi i próba sformułowania generalnych uwag na temat miejsca i roli nauki prawa w kształtowaniu porządku prawnego są praktycznie niemożliwe, nawet gdyby taką próbę poprzedzono bardzo wnikliwą analizą dokonań legislacyjnych z ostatnich kilkunastu lat¹. Wydaje się, że bardziej znaczące wyniki osiąga doktryna prawnicza, biorąc

¹ Interesujące uwagi dotyczące omawianego zagadnienia formułuje, na podstawie zrealizowanego programu badawczego, Aleksander Peczenik, wskazując na zasadnicze różnice występujące w Szwecji i Polsce, w zakresie wpływu nauki prawa na proces legislacyjny. A. Peczenik, *Introduction*, [w:] *Legal Research in Dynamic Society. A Polish – Swedish Research Project*, red. K. Pałecki, A. Peczenik, Kraków 2000, s. 8.

pod uwagę jej wpływ na stosowanie prawa i w tym zakresie jest bardziej „widoczna”. Częste powoływanie się na stanowisko nauki w orzeczeniach organów stosujących prawo, zwłaszcza sądów, najwyżej usytuowanych w strukturze wymiaru sprawiedliwości, korzystanie z ekspertyz prawników naukowców w zakresie interpretacji prawa w skomplikowanych sytuacjach politycznych są tego przykładem. Wpływ nauki prawa na proces tworzenia prawa jest jednak bardziej skomplikowany.

W dużej mierze jest to wynikiem dynamiki procesu prawotwórczego, istotnych zmian zarówno w sferze organizacji tworzenia prawa, jak i lawinowo powiększającego się zakresu uregulowań prawnych. Stwarza to paradoksalną sytuację. Z jednej strony korzystanie z ustaleń nauki prawa w określaniu treści i zakresu interwencji prawnej wydaje się niezbędne. Z drugiej – efektywne włączenie tych ustaleń do tworzonego prawa staje się trudniejsze. Zaznaczyć należy, że nie polega to tylko na powiększającej się luce między normatywnym modelem tworzenia prawa, w którym nauce prawa przypisuje się uprzywilejowaną pozycję a praktyką procesu prawotwórczego². Jest to raczej problem stopnia realnego oddziaływania naukowych dokonań w zakresie szeroko rozumianego prawoznawstwa, a zwłaszcza dogmatyki prawa, na kształt tworzonego prawa. Jest to problem powiązania rezultatów badań naukowych i formułowanych postulatów dotyczących treści prawa z konkretnymi decyzjami podejmowanymi przez uprawnione podmioty. Jakie są przyczyny takiego stanu rzeczy?

Zmiany w prawie stanowionym, będące konsekwencją uruchomienia, „wdrożenia” i przeprowadzenia całego procesu prawotwórczego, są realizowane według schematu dobrze zbadanego i rozpoznanego w prawoznawstwie. Proces ten staje się jednak w coraz większym stopniu złożony. Jego skomplikowany charakter wynika nie tylko z faktu, że w krajach takich jak Polska mamy do czynienia z – mówiąc ogólnie – nikłym stopniem uporządkowania działań legislacyjnych, które tylko w pewnym stopniu dają się wytłumaczyć dostosowywaniem systemu prawnego do przeobrażeń wynikających z transformacji syste-

² S. Wronkowska, *Na czym polega dobra legislacja?*, „Przegląd Legislacyjny” 2002, nr 1, s. 10.

mu politycznego i wejścia Polski do Unii Europejskiej. Ten brak uporządkowania jest przede wszystkim spowodowany brakiem stabilności w sferze polityki. Niezależnie od tego, należy wskazać jednak na to, że współczesny proces prawotwórczy ma swoją wewnętrzną dynamikę, odzwierciedlającą skomplikowaną grę zróżnicowanych interesów społecznych. Proces ten składa się z łańcucha decyzji, różnego typu i różnej rangi, podejmowanych w rozbudowanych relacjach między podmiotowych. Liczba podmiotów uczestniczących w podejmowaniu decyzji gwałtownie rośnie, a same decyzje dotyczą bardzo trudnych i skomplikowanych zagadnień przedmiotowych.

Mimo wywoływanych tym ograniczeń, postulat zaangażowania nauki prawa w proces prawotwórczy jest bardzo ważny z punktu widzenia możliwości skonstruowania i wprowadzenia do systemu prawa o określonej treści³. W omawianym zakresie, dotyczącym zmian w prawie, nauka prawa i doktryna prawnicza powinny mieć znaczenie istotne. Wpływ ten powinien być widoczny zarówno w ogólnych, jak i bardziej szczegółowych kwestiach. Jest to zjawisko wielowymiarowe i trudno w tym szkicu dokładnie analizować wszystkie jego aspekty. W wymiarze podstawowym, dotyczącym zasad procesu prawotwórczego, są to zagadnienia z zakresu teorii prawa, gdzie dyskutowane są „ogólne warunki i reguły dynamiki prawa”, gdzie próbuje się formułować generalizacje i prawidłowości i gdzie przedstawia się alternatywne modele procesu prawotwórczego. W szerszym zakresie, gdy o chodzi zarówno o wpływy bezpośrednie, jak i pośrednie, analizowane mogą być dodatkowe zjawiska, np. ustalenia z zakresu socjologii prawa, polityki prawa.

W praktyce społecznej i politycznej przedmiotem analizy mogą być skomplikowane relacje podmiotowe przejawiające się w pełnieniu

³ Warto w tym miejscu podkreślić, że rozwiązanie proponowane przez prof. Wronkowską oparte jest na wskazaniu konieczności respektowania przez prawodawcę adresowanych do niego wymagań, wynikających z autonomicznych wartości prawa. „Respektowanie tych wskazań nie wystarczy, by prawo było sprawiedliwe, mądre i skuteczne, ale ich lekceważenie powoduje, że nie będzie się nadawało do kierowania ludzkimi zachowaniami i kształtowania ładu społecznego”. S. Wronkowska, *op. cit.*, s. 11.

wielu ról społecznych przez przedstawicieli doktryny, poczynając od dydaktyki, pracy naukowej, praktyki prawniczej, często także łączonej ze sprawowaniem funkcji politycznych czy administracyjnych. Jest to wreszcie wynik określonego typu kultury prawnej, a także pozycji i aurytetytu przypisanego naukowcom w systemie.

Nauka prawa.

Możliwości oddziaływania a poziom regulacji prawnej

Dyskusja na temat pozycji nauki prawa w kształtowaniu procesu prawotwórczego winna uwzględniać nie tylko sposób i zakres oddziaływania, ale przede wszystkim poziom zmian w prawie. W zależności od tego, z którym poziomem mamy do czynienia, będą wchodziły w grę zróżnicowane formy takiego zaangażowania. Mówiąc inaczej, typ zmiany prawa, niezależnie od tego, czy jest tylko postulowany czy realnie podejmowany, determinuje sposób współuczestnictwa zaangażowanych podmiotów, a także określa ich pozycję. Przyjmując jako kryterium zróżnicowane cele, do osiągnięcia których dąży się przez wprowadzenie do systemu regulacji prawnych, można próbować wyodrębnić poziomy prawnej ingerencji. Jest niewątpliwie kwestią trudną i skomplikowaną wprowadzenie do rozważań odnoszących się do analizy tworzenia prawa tego, jak zdefiniowane cele „uruchamiają” proces prawotwórczy. Dotyczy to zwłaszcza próby kategoryzowania tych ostatnich. Niemniej należy sądzić, że takie wyodrębnienie celów jest możliwe, przynajmniej w zakresie ich podstawowych typów.

Z punktu widzenia analizy tworzenia prawa, taki podstawowy podział może opierać się na tym, czy celem/wybozem jest reorganizacja samego procesu prawotwórczego, czy jest to ingerencja w prawo dokonywana w związku z realizacją celu, którym jest zmiana prawa, czy też jest to ingerencja w prawo dokonywana w związku z realizacją celu społecznego lub ekonomicznego. Inaczej mówiąc, chodzi o zakres dokonywanych zmian w sferze prawa lub innych, których realizacja

w różnym stopniu łączy się z prawem, a w konsekwencji stopnia powiązania ich i uzależnienia od decyzji politycznych⁴. Współcześnie realizacja każdego celu społecznego praktycznie wymaga ingerencji prawnej, jednakże między tymi formami ingerencji prawnej mogą występować bardzo duże różnice, w zależności od tego, w jakim stopniu wiąże się to z realizacją celów politycznych i uprawnień przysługujących władzy politycznej. Te różnice wpływają w sposób istotny na to, w jakim zakresie nauka prawa może angażować się w proces prawotwórczy. Szczególną postacią tego zaangażowania może być „naukowa polityka prawa”, ale jest to zagadnienie odrębne⁵.

Kategorie celów, których realizacja wiąże się z ingerencją w prawo, ze względu na zróżnicowane możliwości i sposób uczestnictwa nauki prawa w procesie prawotwórczym można określić w sposób następujący:

a) Zdeterminowanie i ukierunkowanie działania w ważnych kwestiach społecznych, ściśle łączących się z polityczną identyfikacją konfliktu lub problemu wymagającego rozwiązania⁶. Podejmowane decyzje polityczne wyznaczają stopień prawnej interwencji. Zaangażowanie instrumentów prawnych (tworzonego prawa) jako środka osiągania celów jest ważne i znaczące. Dotyczy to zwłaszcza takiej sytuacji, gdzie rozwiązanie jakiegoś problemu czy konfliktu społeczne-

⁴ Pobocznym, ale wcale nie marginalnym problemem, są kwestie terminologiczne, związane z określaniem szczególnych typów działania w obrębie polityki tworzenia prawa. Z punktu widzenia naszego projektu badawczego i zakładanej publikacji w języku angielskim dotyczy to także użycia terminów anglojęzycznych. Kiedy możemy mówić o *politics of law* lub o *policy of politics of law*. Przy realizacji wyznaczonych politycznie celów, w sferze prawa możemy mówić o *legislative policy* w obszarze wyznaczonym.

⁵ Por.: J. Wróblewski, *Teoria racjonalnego tworzenia prawa*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Lódź 1985, s. 50.

⁶ Nie negując roli decyzji politycznych i sposobu ich podejmowania w zakresie formułowania celów, podkreślić należy również leżący u ich podstaw proces identyfikacji konfliktu lub problemu. Identyfikacja sytuacji i wybór celu są ze sobą ściśle powiązane i łącznie stanowią ważny moment determinujący tworzenie prawa. Należy jednak pamiętać, że w ramach dokonanych wyborów podejmowane są ukierunkowane działania polityczne dla realizacji celu, w tym również działania polityczne dotyczące tworzonego prawa. Prawa będącego istotnym składnikiem i instrumentem służącym realizacji celu. Te ukierunkowane działania polityczne (*policy*) będące „sumą decyzji” rozstrzygają o treści tworzonego prawa. O tym, co jest przedmiotem *policy*, można dyskutować w ramach „konkretnych punktów” polityki tworzenia prawa.

go sprowadza się faktycznie do wprowadzenia lub głębokiej zmiany istniejących regulacji prawnych (np. rozwój biotechnologii pozwala na przeprowadzanie takich badań, eksperymentów i zastosowania tych wyników w praktyce społecznej, że wprowadzenie prawnych regulacji jest niezastąpione), lub gdy wprowadzone prawo jest postrzegane jako rozwiązanie komplementarne dla realizacji celu społecznego, ale w danej sytuacji przyjmowane rozwiązania prawne mają szczególnie istotne znaczenie (np. proces wprowadzania kolejnych regulacji prawnych i wydawanych orzeczeń TK w zakresie ochrony praw lokatorów).

b) Zdeterminowanie i ukierunkowanie działania w kwestiach ustrojowych tworzenia prawa. Decyzje polityczne rozstrzygają o organizacji procesu tworzenia prawa i obowiązujących procedurach. Przykład realizacji takiego celu to wprowadzenie regulacji dotyczących lobbingu. Ponieważ to wszystko, co jest związane z podstawami prawnymi i organizacją procesu prawodawczego, ma szczególne znaczenie dla polityki tworzenia prawa, działania podejmowane w tym zakresie są interesujące w podwójnym wymiarze.

c) Zdeterminowanie i ukierunkowanie działania w kwestiach określających zmiany w treści prawa z przyczyn zewnętrznych, inicjowane przez polityków (zmiany prawa karnego materialnego polegające na zaostrzeniu kar).

d) Zdeterminowanie i ukierunkowanie działania w kwestiach określających zmiany w treści prawa z przyczyn systemowych (wewnętrznych związanych z funkcjonowaniem systemu prawa i jego powiązania z innymi systemami, np. prawem wspólnotowym czy międzynarodowym systemem ochrony praw człowieka). Sugerowanych i postulowanych przez prawników, adresowanych (z pozytywnym skutkiem) do polityków jako wymagających podjęcia decyzji.

e) Zdeterminowanie i ukierunkowanie działania w kwestiach określających zmiany w treści prawa z przyczyn wewnętrznych, merytorycznych, odnoszących się do treści obowiązującego prawa, funkcjonujących instytucji prawnych oraz ich adekwatności względem po-

trzeb ujawnianych przez realizację szeroko rozumianych stosunków społecznych. Związek, który występuje między działaniami prowadzącymi do zmiany prawa a oceną jego aktualnego stanu, jest w tym wypadku rozstrzygający. Podstawą tej oceny i określenia przydatności obowiązujących uregulowań jest stosowanie prawa.

f) Zdeterminowanie i ukierunkowanie działania w konkretnych kwestiach społecznych, gdy prawo jest „technicznym” wymogiem realizacji precyzyjnie określonego celu, a treść prawa w ograniczonym zakresie może go modyfikować. Zaliczenie tworzonego prawa do tej kategorii jest zawsze problematyczne. O ile, jak sądzę, jest to uzasadnione w stosunku do ustawy z 16 grudnia 2005 r. o finansowaniu infrastruktury transportu lądowego (Dz.U. z 30 grudnia 2005 r.), o tyle można mieć uzasadnione wątpliwości np. w wypadku ustawy z 16 grudnia 2005 r. o zmianie ustawy o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (Dz.U. z 30 grudnia 2005 r.) lub unormowań prawnych zawartych w ustawie z 29 grudnia 2005 r. o ustanowieniu programu wieloletniego „Pomoc państwa w zakresie dożywiania” (Dz.U. z 30 grudnia 2005 r.).

Podana wyżej charakterystyka typów interwencji w obowiązujący system prawa jest tylko zarysowaniem problemu, a nie stanowi wyczerpującego katalogu możliwych działań. Mogą one być uzupełnione zarówno przez kryteria przedmiotowe (np. ingerencja w sferze prawa publicznego i prywatnego), jak i formalne (np. ingerencja w sferę prawnych regulacji zawartych w kodeksach), jak i wiele innych. Jej przedstawienie pozwala jednak na bardziej precyzyjną analizę przedmiotu rozważań. Każdy z tak scharakteryzowanych poziomów regulacji prawnej wyznacza inną rolę dla doktryny prawnej i determinuje zarówno możliwości, sposoby, jak i skuteczność jej wpływu na tworzone prawo⁷.

⁷ Często spotykanym stanowiskiem przy wyznaczaniu skali ingerencji nauki prawa zwłaszcza w tworzenie prawa jest podkreślanie, że to, co najważniejsze, rozgrywa się na etapie ustalania społecznie ważnego celu, dla realizacji którego prawo jest instrumentem istotnym. Przyjęcie akceptowanych rozstrzygnięć w tym obszarze „kończy” politykę tworzenia prawa, a potem jest tylko lub powinno być tylko, niezakłócaną żadną ingerencją polityczną tworzenie prawa – takiego,

Odpowiedź na postawione na wstępie pytanie o to, jaki jest wpływ doktryny na zmiany w prawie, jest bardziej precyzyjna, jeśli odniemiemy ją do jednego z wymienionych wyżej poziomów. Z punktu widzenia dogmatyki prawa najbardziej interesujący wydaje się poziom wyznaczony w punkcie e. Jest to poziom praktyki formułowania postulatów *de lege ferenda*.

O skuteczności postulatów *de lege ferenda*

Wpływ doktryny na proces prawotwórczy w wymiarze szczególnym, można rzec bardziej konkretnym, przejawia się w przedstawianiu konkretnych rozwiązań prawnych i postulatów wprowadzenia ich do obowiązującego prawa. Idea zawarta w zwrocie *de lege ferenda*, znanym każdemu studentowi prawa⁸, jest wyrazem przekonania, że przedstawione rozwiązanie prawne, jeśli jest poprzedzone wnikliwą analizą naukową, ma wartość samoistną. Stanowi „gotowe rozwiązanie”, do którego warto, a nawet należy sięgnąć gdy podejmowane są działania prawotwórcze. Na tym tle powstaje pytanie, czy formułowane przez doktrynę prawniczą, naukę prawa postulaty *de lege ferenda*, jeśli są formalnie wyartykułowane np. w opracowaniach naukowych, są uwzględniane i w jakimś stopniu wkomponowane w proces prawotwórczy. Formalnie nie, a w każdym razie nie bezpośrednio. Pośrednio tak, np. jako podstawa uzasadnień orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, gdzie mogą te postulaty odgrywać rolę, np. w uzasadnieniach do projektowanych aktów prawnych, przede wszystkim

które będzie w pełni odzwierciedlało jego autonomiczne wartości. Takie stanowisko oznacza, że proces prawotwórczy jest postrzegany od momentu określenia skali interwencji prawnej, jako domena prawników, nauki prawa. Przyjmuje się bezkrytycznie, że na pewnym etapie tworzone prawo odcina się od swojego „politycznego korzenia”. Zob. szerzej: L. J. Wintgens, *Legisprudence as a New Theory of Legislation*, „Ratio Juris” 2006, Vol. 19, No 1.

⁸ *Lege ferenda* (łac.) *praw.*, dosł. „o prawie, które ma być uchwalone” – zagadnienia związane z tworzeniem prawa, z wprowadzaniem zmian do prawa. *Słownik wyrazów obcych*, cz. 2: *Sentencje, powiedzenia, zwroty*, red. nauk. I. Kamińska-Szmaj, autorzy haseł: M. Jarosz i zespół, Wrocław 2001.

ustaw. Zależy to jednak od ustaw (jedne są uzasadnianie, inne słabo lub wcale).

Postulaty *de lege ferenda* to tylko dodatkowy czynnik, który może mieć wpływ na przebieg procesu prawotwórczego. Postulaty doktryny *de lege ferenda* można w tym procesie traktować jako rodzaj impulsu inicjującego zmianę obowiązującego prawa lub jako źródło przyjmowanych rozwiązań a inspirowanych innymi przesłankami. Powstaje w związku z tym pytanie, do kogo postulaty doktryny formułowane w zakresie zmian prawa winny być adresowane? W jakim stopniu uwzględnianie tych wszystkich wymienionych okoliczności może przyczynić się do skutecznego realizowania postulatów doktryny prawniczej? I pytanie zasadnicze: co zrobić, aby postulaty doktryny były uwzględniane?

Odpowiedź na pierwsze z postawionych wyżej pytań można scharakteryzować w sposób następujący. Ponieważ w organizacji procesu prawotwórczego nie występują zinstytucjonalizowane formy inkorporowania postulatów doktryny dotyczących zmian w prawie, należy uzupełniać rutynowe działania, czyli opublikowanie naukowych rozważań o inne, zwiększające szansę dotarcia prezentowanych postulatów do konkretnego adresata.

Zmiany w prawie dokonywane są w określonych ramach, warunkach. Wyznaczają ten proces, przede wszystkim, ramy „ustrojowe” tworzenia prawa, a ściślej biorąc ramy ustrojowe tworzenia poszczególnych źródeł prawa, instytucje tworzące prawo, instytucjonalne rozwiązania. Wyznacza go również praktyka tworzenia prawa, która nie zawsze i nie do końca pokrywa się z tak określonymi zasadami. Bezpośrednie dotarcie do podmiotów uczestniczących w tworzeniu prawa może i powinno być wyznacznikiem działania. Określenie „dobrego adresata” jest zawsze wyznaczone „konkretną sytuacją”. Przekazanie postulatów *de lege ferenda* np. do działających komisji kodyfikacyjnych, do konkretnych podmiotów zarejestrowanych i zgłaszających uczestnictwo na podstawie ustawy lobbingowej, do departamentów prawnych poszczególnych resortów, do instytucji państwa, takich jak

np. Najwyższa Izba Kontroli, a także organizacji pozarządowych, czy *last but not least* partii politycznych, zwiększa szansę wprowadzenia do systemu przedstawianych propozycji⁹.

Odpowiedź na drugie pytanie, dotyczące tego, jak wzmocnić skuteczność oddziaływania doktryny na realizację postulowanych zmian w prawie przez wprowadzenie konkretnych uregulowań, musimy oprzeć na mocnym założeniu, według którego na wszystkich etapach procesu prawotwórczego mamy do czynienia ze szczególnego rodzaju procesem decyzyjnym, a podejmowane decyzje są elementem strategii w ramach ukierunkowanych działań politycznych (*policy*)¹⁰. Konkretnie rozwiązania przyjmowane przez uprawnione podmioty są wynikiem kompromisów osiągniętych pod wpływem czynników stymulujących poszczególne „etapowe” decyzje¹¹. Jeśli więc proponowane *de lege ferenda* rozwiązania mają być brane pod uwagę w toku podejmowanych decyzji, należy je wzmocnić i „obudować” takim zestawem argumentów, który potencjalnie maksymalnie zwiększy szansę wyboru przedstawianych propozycji na wszystkich etapach procesu decyzyjnego.

⁹ Przedstawiając projekty ustaw, wnioskodawcy powołują się często na postulaty *de lege ferenda* formułowane przez instytucje. Por. projekt ustawy o zmianie ustawy o samorządzie gminnym, ustawy o samorządzie powiatowym oraz ustawy o samorządzie województwa. Celem uchwalenia powyższych projektów jest potrzeba usprawnienia działania administracji publicznej poprzez zharmonizowanie poszczególnych przepisów ustaw, a zarazem dalsze wdrażanie w działalności administracji rządowej i samorządowej zasady transparentności procedur oraz eliminowania potencjalnych zagrożeń korupcyjnych. Ponadto projekty powyższe realizują wnioski *de lege ferenda* Najwyższej Izby Kontroli z lat 1999–2005, dotyczące sprawnego funkcjonowania administracji publicznej. W imieniu wnioskodawców wystąpiła poseł Małgorzata Sadurska. <http://www.pis.org.pl/doc.php?d=unit&id=102>.

¹⁰ Zajmując się dorobkiem naukowym Lasswella, Porębski zwraca uwagę na trudności spowodowane autorskim wkładem Lasswella w terminologię nauki o polityce, ale przede wszystkim na „od lat obecne problemy ze znalezieniem polskich odpowiedników dla powszechnie używanych pojęć anglojęzycznych”, w tym również pojęcia *policy*. „Pojęcie to – pisze Porębski – znane każdemu studentowi nauki o polityce – nieodmiennie sprawia sporo kłopotów polskim politologom starającym się oddać znaczenie przypisywane mu w języku angielskim”. L. Porębski, *Między przemocą a godnością. Teoria polityczna Harolda D. Lasswella*, Kraków 2007, s. 97.

¹¹ Etapy cyklu prawotwórczego zasadniczo pokrywają się z etapami procesu prawotwórczego. W schemacie cyklu eksponowany jest moment identyfikacji konfliktu/problemu. W zorganizowanym procesie tworzenia prawa ten moment nie jest wydzielany. Por.: S. Wronkowska-Jaskiewicz, *Zagadnienia procesu legislacyjnego*, „Przegląd Legislacyjny” 2000, nr 1, s. 13.

Typy argumentacji na rzecz zmiany w prawie nie tylko mogą ale powinny korzystać z szerokiego wyboru uzasadnień wywodzących się z różnych dziedzin. Bez roszczenia do przedstawienia ich pełnego katalogu wskazać można na najbardziej znaczące:

- argument ze sprawiedliwości,
- argument z racjonalności prawa i racjonalności prawodawcy,
- argument ze słuszności,
- argument z wartości przypisywanych prawu,
- argument z zasad i teorii tworzenia prawa,
- argument z kontekstu systemowego, systemu społecznego i systemu prawa,
- argument z aksjologii i kultury, społecznej akceptacji prawa,
- argument z funkcji prawa,
- argument ze standardów prawa i wzorów instytucji prawnych,
- argument z zasad techniki legislacyjnej.

Przedstawione obszary poszukiwania argumentacji wzmacniających postulatory *de lege ferenda*, możliwe do wykorzystania nie stanowią, jak już wspomniano, ich wyczerpującego katalogu, a ich uszeregowanie nie jest równoznaczne z przypisaniem im rangi czy waloru użyteczności w konkretnych propozycjach. Jest to jedynie sugestia dotycząca tego, do jakiego typu argumentacji należy sięgać. Chociaż wszystkie obszary mają walor uniwersalny, podkreślić należy, że część z nich nie zawsze jest dostatecznie wykorzystywana w niektórych rodzajach dogmatyki. Argumenty z szeroko rozumianego kontekstu systemowego mogą być tego przykładem.

Kontekst systemowy obejmuje relacje tworzonego prawa zarówno o odniesieniu do systemu prawa, jak również do szeroko ujmowanego systemu politycznego w znaczeniu politycznej organizacji społeczeństwa, systemu władzy, reżimu politycznego i jego podbudowy ideowo-doktrynalnej. Nie zawsze i nie w równym stopniu kontekst systemowy jest jednakowo ważny. Odnosi się to współcześnie przede wszystkim do sytuacji głębokich zmian systemu społecznego i politycznego, zwłaszcza transformacji ustrojowej. O ile bowiem część zmian w prawie wynikają-

cych z przekształcenia systemu, czy szerzej z przeobrażeń w określonych dziedzinach życia nie jest kwestionowana (np. odejście od zasady nominalizmu świadczenia w prawie cywilnym w warunkach występowania wysokiej inflacji), to w innych przypadkach może podlegać rozbieżnym ocenom (zmiany w prawie pracy, a zwłaszcza skali nasycenia postulowanych przepisów wymiarem „publicznoprawnym”). Wskazany problem jest równie ważny w obliczu zmian promowanych i uzasadnianych przez odwołanie się do relacji międzysystemowych, które wystąpiły po przyjęciu Polski do UE. Dotyczy to sytuacji rozumianej szerzej, a więc nie tylko tej, gdzie obowiązek dostosowania prawa krajowego do prawa wspólnotowego wynika z obowiązujących przepisów prawa lub orzecznictwa ETS, ale także tam, gdzie takiego zobowiązania prawnego nie ma, ale wynika to z realizacji polityki wskazanego obszaru i często jest wskazane przez instrumenty należące do *soft law*.

Coraz większe wyzwania pojawiają się w kwestiach techniki legislacji, konstrukcji i redakcji aktu normatywnego, ale także charakteru instytucji prawnych i rozwiązań postulowanych. I tu kontekst systemowy (w znaczeniu systemu prawa) odgrywa znaczącą rolę. Rozbudowane regulacje ustawowe prowadzą np. do mnożenia definicji legalnych o różnych treściach. Chociaż postulat ustawowego uregulowania tworzenia ustaw nie jest zbyt szeroko podzielany, zwraca się uwagę na konieczność rozwiązania problemu. Zagadnienia techniczne związane z tworzeniem prawa są bardzo często pochodną rozstrzygających, a mających wyraźnie wyższą rangę i znaczenie decyzji, np. takich, w których decyduje się o sposobie prawnego uregulowania określonej dziedziny stosunków społecznych (kodeksowy lub pozakodeksowy), wprowadzenie określonych instytucji, tworzenie rozwiązań oryginalnych, odwołania się do standardów, implementowanie rozwiązań funkcjonujących w innych porządkach prawnych¹².

¹² A. Zieliński, *Procesy standaryzacji prawa – konieczność czy wyzwanie?*, [w:] *Prawo a polityka*, red. A. Kubik, Warszawa 2007, s. 117.

Analiza tego kontekstu i uwzględnianie uzyskiwanych wyników analizy przy podejmowaniu problematyki postulowanych doktrynalnie zmian w treści obowiązującego prawa wydają się niezbędne.

Summary

The answer to the question to what extent the study of law participates in the process of law creation is a difficult one. It seems that legal doctrine achieves far more as far as its influence on law application is concerned. In this scope, the influence of research is more visible. This influence is reflected in frequent references to the stand of research in the rulings of the bodies applying law, in particular courts situated at the top of the judiciary hierarchy, as well as in using the expertise carried out by lawyers who are researchers in the field of law interpretation.

Nonetheless, in the range of research which is under discussion, concerning law creation and changes in the area of law, the study of law and legal doctrine have much to say. This influence can be observed both in general and in more particular issues. This phenomenon is multidimensional and in this draft it is difficult to analyse all its aspects. In its basic dimension, concerning the rules of law making process, these are issues in the theory of law. What is being discussed are general conditions and rules of the dynamics of law. One attempts to formulate generalizations and regularities as well as present alternative models of law making process. In the broader scope, where direct and indirect influences are discussed, additional phenomena can be analysed, namely findings in sociology, law and legal policy. In social and political practice some complicated subjective relations manifested in serving multiple social functions by the representatives of the doctrine can be the subject of analysis. The lawyers who are devoted to academic research, do not shun legal practice, often connecting it with political or administrative functions. Potentially, then, they can

favour their own or borrowed academic conceptions in the practice of law creation.

Finally, it is the outcome of a particular kind of legal culture as well as the position and authority attributed by the system to researchers. The influence of the doctrine on law making process in its particular dimension is manifested in presenting particular solutions, specific legal contents and the postulate of introducing them to currently binding law.

What can determine the effectiveness of *de lege ferenda* postulates? *De lege ferenda* postulates of legal doctrine can be treated in this process as a kind of impulse. The question then arises who should the postulates of the doctrine formulated in the scope of changes in law be addressed to. Can reasoning be applied at all and if it can, then the question occurs what kind. It can be assumed that particular kinds of reasoning can be combined with the hereunder mentioned areas.

By means of discussion, or rather signalling certain types of reasoning, I aim at pointing at the fact that their utilization constitutes the accomplishment of *de lege ferenda* postulates. This effectiveness is obviously a potential one, depending not only on the importance of the argument but also on whether and to what extent it is feasible to reach a particular decision making bodies with these arguments.

Marcin Sala-Szczypiński

Zasadność zmiany klauzuli „zasady współżycia społecznego”

Wprowadzenie

Coraz częściej w pracach rozmaitych komisji kodyfikacyjnych oraz w wypowiedziach przedstawicieli doktryny i praktyki podnoszone są postulaty zastąpienia pojęcia „zasady współżycia społecznego” innym kryterium oceny. Okres przemian politycznych i społecznych, wiążący się z częstymi nowelizacjami prawa, wprowadzaniem do niego nowych pojęć, w tym również stanowiących wyraz aksjologicznej otwartości systemu prawa, wymusza konieczność zastanowienia się nad dalszą „użytecznością” zasad współżycia społecznego oraz nad wadami i zaletami ewentualnego zastąpienia tej klauzuli jakimś innym kryterium, na przykład „dobrymi obyczajami”, „dobrą wiarą” (właściwsze w tym kontekście byłoby mówienie nie o zastąpieniu, lecz powrocie do dawnych kryteriów, mają one przecież długą tradycję i ustalone orzecznictwo).

Klauzula zasad współżycia społecznego zaczerpnięta została z systemu prawa sowieckiego i wprowadzona w miejsce tradycyjnych klauzul słuszności, dobrej wiary, uczciwości w obrocie. Jej wprowadzenie zmierzało do ustanowienia nowych jakościowo kryteriów oceny sposobu korzystania z uprawnień. Zwracano uwagę, że o ile wcześniejsze klauzule odwoływały się do przeciętnej czy minimalnej moralności, poszukując uzasadnienia i celów w samych sobie, o tyle „klauzula zasad współżycia była nakierowana na przekształcenie i doskonalenie rzeczywistości, jej dostosowanie do nowych ideologicznych i politycznych wymagań”¹. Takie ujmowanie zasad współżycia społecznego jako reguł zachowania niezbędnych do realizacji celów społeczeństwa socjalistycznego, na długo zaciążyło nad praktycznym stosowaniem i teoretyczną interpretacją tej klauzuli, owa socjalistyczno-moralna konotacja zasad podkreślana była na każdym kroku. Jak zauważa T. Zieliński, „względy językowo-polityczne narzuciły zarazem niektórym teoretykom prawa rozumienie owych «zasad» jako reguł będących produktem wyłącznie socjalistycznej kultury (norm moralności socjalistycznej)”². W takim ujęciu polityka zyskiwała prymat nad moralnością, gdyż polityczny cel (budowa socjalizmu) stanowił kryterium moralności zachowań temu celowi służących – „ogólnie charakteryzując normy specyficzne dla moralności socjalistycznej, można posłużyć się leninowską formułą, zgodnie z którą moralnym jest takie postępowanie, które zbliża zwycięstwo socjalizmu”³.

To właśnie ta silna historyczna relatywizacja klauzuli zasad współżycia w stosunku do reguł moralności socjalistycznej uzasadniać ma zastąpienie jej innymi klauzulami. Przyjmować można bowiem stanowisko uznające, iż liczne wypowiedzi doktryny oraz orzecznictwo narosło w tej formule interpretacyjnej uniemożliwiają jakiekolwiek odstępstwa od dotychczasowego rozumienia zasad. W moim przekonaniu można

¹ M. Safjan, *Klauzule generalne w prawie cywilnym (przyczynek do dyskusji)*, „Państwo i Prawo” 1990, nr 11, s. 49.

² T. Zieliński, *Klauzule generalne w nowym porządku konstytucyjnym*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 11–12, s. 156.

³ H. Jankowski, *Moralność jako forma świadomości społecznej*, [w:] *Filozofia marksistowska*, Warszawa 1971, s. 619.

jednak prowadzić argumentację w przeciwnym kierunku. Zapewne paradoksalnie dla zwolenników zastąpienia zasad innym kryterium to właśnie uznanie ich precedensowego i wiążącego charakteru umożliwi nadawanie im nowej treści – bo właśnie wytworzone w doktrynie precedensów zasady odstępowania od wcześniejszych orzeczeń, wykazywania istotnych różnic w rozstrzyganych sprawach (odwołujących się do pojęć *ratio decidendi* i *obiter dicta*) pozwolą na nadanie zasadom nowej treści – odpowiadającej zmienionej sytuacji politycznej, ekonomicznej i społecznej. Ostateczne rozstrzygnięcie należeć będzie oczywiście do prawodawcy, zwracać jednak musimy uwagę na fakt, że zachowanie tej klauzuli pozwoli na stopniową, ewolucyjną transformację prawa, bez radykalnego przekreślania dorobku przeszłości, natomiast wprowadzenie nowego kryterium będzie postrzegane jako rewolucyjna zmiana (mam tu na myśli przede wszystkim ewentualne zmiany kodeksu cywilnego, w szczególności jego art. 5 odnoszący się do nadużycia prawa – w innych bowiem gałęziach wspomniane wyżej klauzule, jak dobre obyczaje, już przecież występują). Zmiana taka byłaby pożądana, gdyby rzeczywiście intencją ustawodawcy było odstąpienie od dotychczasowej linii orzecznictwa – wprowadzenie istotnych różnic w merytorycznej treści rozstrzygnięć wydawanych na podstawie przepisów regulujących określone instytucje prawne, a zawierających odesłanie pozaprawne o uznanej funkcji korygującej. W istocie jednak trudno oczekiwać tak radykalnych i daleko idących zmian orzecznictwa. Zasady współżycia społecznego nazywane były, obok określenia „klauzula generalna”, również „klauzulą adaptacyjną” – gdyż jej funkcję można było sprowadzić do adaptacji przepisów *stricti iuris* na użytek konkretnego przypadku, łagodzenia napięć między wymogami prawa pozytywnego a poczuciem sprawiedliwości, bowiem „kodeks nawet najbardziej kompletny nie jest nigdy zakończony, a przed sędzią staje tysiąc nieoczekiwanych sytuacji, ponieważ ustawy raz zredagowane pozostają takie, jak zostały napisane, natomiast ludzie nie stoją nigdy w miejscu, stale działają [...]”. Siłą konieczności wiele jest pozostawione do unormowania zwyczajowego, do rozstrzygnięcia przez lu-

dzi wykształconych i sędziego”. Podzielić wypada ten pogląd wyrażony przez Portalisa⁴, jednego z twórców francuskiego kodeksu cywilnego, podkreślający konieczność wprowadzania do treści kodeksu przepisów pozwalających na uwzględnianie w każdym przypadku formalnej i materialnej sprawiedliwości. Ostatecznie więc drugorzędną kwestią wydaje się nazwa klauzuli generalnej, kryteria oceny, do których się ona odwołuje – najistotniejsza jest pełniona przez nią rola i zawarte w niej przyzwolenie dla sędziego do „uelastyczniania” prawa na potrzeby konkretnego przypadku. Można wręcz twierdzić, że nazwa klauzuli generalnej (rodzaj kryterium oceny) zależy wyłącznie od tego, jaką dziedzinę aktywności ludzkiej regulują przepisy zawierające daną klauzulę i w gruncie rzeczy w ograniczonym zakresie wpływa ona na ostateczną treść merytoryczną rozstrzygnięcia.

O wprowadzeniu do systemu prawa polskiego klauzuli zasad współżycia społecznego decydowały względy polityczne i one również zdecydować mogły o ewentualnym jej zastąpieniu innym pojęciem – zabieg taki miałby na celu uwiarygodnienie prawa polskiego w skali europejskiej. Niezależnie od faktycznego sposobu stosowania tej klauzuli w minionych latach i obecnie, dla przedstawicieli teorii prawa państw demokratycznych zasady współżycia społecznego stanowiły drogę do ideologizacji i nasycania prawa treściami politycznymi (pozwalając, między innymi, niejednokrotnie na usankcjonowanie prymatu interesu publicznego nad interesem jednostkowym⁵).

Niewątpliwie rację ma M. Safjan, gdy komentując fakt, że zastosowanie tej klauzuli w konkretnych sytuacjach w niczym nie odbiegało od stosowania klasycznych klauzul słusznościowych prawa cywilne-

⁴ Cyt. za: K. Sójka-Zielińska, *Zasada słuszności a założenia kodyfikacyjne w XIX w.*, „Państwo i Prawo” 1974, nr 2, s. 34.

⁵ Zob.: Wyrok Sądu Najwyższego z 26 czerwca 1980, sygn. II CR 164/80, OSNC 1981/4/61: „W przypadku, gdy przedsiębiorstwo zarządzające ściekami komunalnymi, nie chcąc dopuścić do wdarcia się do miasta poprzez kanały ściekowe wysokiej fali powodziowej, zamknęło odpływ tych ścieków do rzeki, wskutek czego doszło do zalania ściekami sąsiednich upraw i powstania szkody, ma zastosowanie przepis art. 142 kc [...], przy czym skoro działanie to było podjęte w interesie ogólnym, a więc także poszkodowanego, odszkodowanie powinno na podstawie przepisu art. 5 kc ulec stosownemu zmniejszeniu”.

go, stwierdza, iż „problem obiektywizacji klauzul generalnych leży w zupełnie innych obszarach, nie zaś w konwencji terminologicznej lub strukturze formalnej klauzuli, pozbawionej przecież własnej, precyzyjnie określonej zawartości treściowej”⁶.

Zbyt chyba jednak lekkomyślne byłoby akceptowanie bez zastrzeżeń poglądu stawiającego znak równości pomiędzy wszystkimi klauzulami słusznosciowymi – różnice w nazwie kryteriów odesłania były zamierzone i przez lata (stulecia!) stosowania znajdowały wyraz w orzecznictwie i poglądach doktryny. Zatrzymajmy się więc choć chwilę nad różnicami w tych klauzulach wskazywanymi w dotychczasowym dorobku nauki.

Klauzule słusznosciowe – porównanie

Odwołanie do dobrych obyczajów znane było klasycznym porządkom prawnym i obecne również na ziemiach polskich – począwszy od wielkich kodyfikacji cywilnych (Kodeks Napoleona, ABGB, BGB), aż po dzień dzisiejszy. Klauzula ta nigdy nie znikła z polskiego ustawodawstwa – nawet bowiem w drugiej połowie XX w., „zdominowanej” przez zasady współżycia społecznego Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, obecna była w zachowanej w mocy ustawie z 2 sierpnia 1926 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (gdzie zrównano ją z umieszczonym w nawiasie określeniem „uczciwość kupiecka”).

Konkretne normy postępowania, wskazywane przez doktrynę i orzecznictwo jako odpowiadające dobrym obyczajom, jak choćby w wypowiedzi, zgodnie z którą „niewątpliwie dobrym obyczajem jest spłata długu przez dłużnika”⁷, mogą być jednocześnie uznane za objęte zasadami współżycia społecznego. Każdy przecież zgodziłby się z twierdzeniem, iż zasady te wymagają spłaty długu – czy też zgodnie

⁶ M. Safjan, *op. cit.*, s. 57.

⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 22 grudnia 2000 r., sygn. I ACa 688/00, OSA 2001/5/28.

z przyjętą przez nas konwencją – iż można sformułować zasadę głoszącą „należy spłacać zaciągnięte długi”.

Wskazać można też poglądy, zgodnie z którymi dobre obyczaje będą „rozumiane przede wszystkim jako normy moralne, lokujące się bliżej tzw. spraw obyczajowych”⁸, choć wydaje się, że takie zawężenie jest równie uprawnione jak rozszerzanie ich poza sprawy obyczajowe – w znacznej mierze ma bowiem w tym kontekście charakter definicji projektującej. Na uwagę zasługuje jednak fakt, iż pojęcie „dobrych obyczajów” występować może samodzielnie bądź też z przydawką modyfikującą (jak przede wszystkim w ustawowym sformułowaniu „dobre obyczaje kupieckie”, choć w języku potocznym spotkać można również wypowiedzi odwołujące się do dobrych obyczajów sąsiedzkich czy rodzinnych).

Bronić można stanowiska przyjmującego „partykularny” charakter dobrych obyczajów – uznającego, iż zasady współżycia społecznego odwołują się do zasad właściwych społeczeństwu, podczas gdy dobre obyczaje można raczej odnieść do postępowania jednostki w określonej dziedzinie, np. działalności gospodarczej. Każda dziedzina działalności wykształca własne dobre obyczaje i inna jest ich treść np. w środowisku handlowców, a inna wśród producentów. Takie stanowisko, uznające różnicowanie treściowe dobrych obyczajów (prowadzące w rezultacie do odmiennej oceny jakiegoś zachowania na gruncie tych „poszczególnych odmian” dobrych obyczajów), stawiałoby nas częstokroć przed problemem wzajemnych relacji tych dobrych obyczajów – a co za tym idzie, koniecznością formułowania jakichś reguł kolizyjnych, dyrektyw derogacyjnych itp. Oczywiście „uniwersalistyczne” ujęcie zasad współżycia społecznego pozornie tylko uwalnia nas od tego problemu, bowiem w szczegółowych przypadkach może dojść do identycznych trudności – znacznie jednak rzadziej, nie będą też one niejako *ex definitione* wpisane w to kryterium. Ilustracją powyżej rozważanych problemów może być następujące stwierdzenie: „przy ocenie «dobrych obyczajów» należy więc uwzględnić także zwyczaje handlowe, zatem

⁸ L. Leszczyński, *Jest taka klauzula*, „Rzeczpospolita”, 23 marca 2000.

czynność sprzeciwia się dobrym obyczajom, jeżeli w obrocie handlowym uchodzi za nieetyczną, chociażby inne sfery poza kupcami nie uważały jej za niemoralną. Z drugiej strony nie można uznać za zgodny z dobrymi obyczajami zwyczaju handlowego, który ogół uważa za niemoralny”⁹. Jak widać, komentator w tym wypadku przyjął, iż partykularne obyczaje obowiązujące w środowisku kupieckim nie mogą „szanować” ujemnej kwalifikacji zachowania dokonanej na podstawie ogólnie rozpowszechnionych w społeczeństwie poglądów, z drugiej zaś strony szczegółowa wiedza o praktykach i obyczajach kupieckich dostępna profesjonalnym uczestnikom obrotu handlowego pozwala na ujemną ocenę zachowania, w którym osoby niebędące zawodowymi kupcami nie dostrzegają nic nagannego. Zastanawia owa „jednokierunkowość” relacji pomiędzy ocenami dokonywanymi w odwołaniu do poglądów ogółu społeczeństwa a ocenami jego części wydzielonej w tym wypadku według kryterium wykonywanej działalności, zawodu. Jest to niczym nieuzasadniona niekonsekwencja, jeśli bowiem przyjmie się odrębność „dobrych obyczajów” określonej grupy społecznej czy zawodowej, to trzeba jednocześnie przyjąć także, że jest to odrębność pełna, pozwalająca na zupełnie niezależną od ogólnych standardów ocenę – brak bowiem racji dla uznawania wskazanej „jednokierunkowości”.

Kolejna klauzula spośród wskazywanych jako mogąca zastąpić zasady – dobra wiara (*bona fides*) – ma jeszcze dłuższą tradycję i bogatsze orzecznictwo.

Termin *bona fides* pojawił się w prawie rzymskim około II w. p.n.e.¹⁰, wprowadzony do formułek niektórych skarg (np. z tytułu spółki czy sprzedaży) w upoważnieniu sędziego do orzekania na tyle, ile należało się według dobrej wiary. Funkcje pełnione przez tę klauzulę, które można odczytać i usystematyzować na podstawie kazuistycznych wypowiedzi rzymskich jurystów, były następujące:

⁹ Kodeks handlowy wraz z komentarzem Maurycego Allerhanda, Bielsko-Biała 1998, teza 10 do art. 240.

¹⁰ W. Dajczak, *Zasady współżycia społecznego czy dobra wiara?*, „Rejent” 2001, nr 1, s. 41 i nast. Z cytowanej pracy pochodzą również przytoczone wyżej przykłady funkcji pełnionej przez *bona fides*.

- kryterium interpretacji zgodności postępowania kontrahenta z wymaganym przez prawo standardem (jako postępowanie *contra bona fides* określił Salvius Ulpianus zachowanie lekarza, który przymusił pacjenta do zawarcia pożądanej przez siebie umowy stosując środki grożące jego wzrokowi),
- korygowanie ustalonej przez strony treści umowy (w jednej ze swych opinii żyjący w I w. n.e. Iavolenus uznał, że zawarta na czas określony umowa dzierżawy przestaje wiązać strony przed upływem ustalonego terminu z chwilą, gdy odpadnie cel, dla którego umowa została zawarta),
- uzupełnianie treści czynności prawnej (według wypowiedzi Ulpiana mandatariusz, który użył pieniędzy mandanta do udzielenia pożyczki osobie trzeciej, winien przekazać mu uzyskane odsetki, zaś w wypadku użycia pieniędzy na swoje potrzeby zobowiązany jest do zapłaty odsetek w wysokości przyjętej w danym regionie).

Podstawą konkretyzowania *bona fides* na potrzeby rozstrzyganych przypadków było przekonanie jurystów rzymskich o istnieniu wartości, których urzeczywistnianiu miało służyć prawo. W gruncie rzeczy chodziło więc o przełożenie *ad casum* wartości wiążących się ogólnie z nakazami prawa, takimi jakimi sformułował je Ulpian: żyć uczciwie (*honeste vivere*), nie wyrządzać szkody innemu (*alterum non laedere*), oddać każdemu to, co mu się należy (*suum cuique tribuere*).

Skoro powołane wyżej kryteria funkcjonalnie pełnią rolę identyczną co zasady współżycia społecznego, a przy powszechnej zgodzie dotyczącej funkcjonalnego ich podobieństwa (często przecież są również tożsame treściowo), podstawowym argumentem powoływanym przez zwolenników odejścia od zasad, przemawiającym na rzecz przyjęcia tych innych kryteriów, ma być podkreślenie odcięcia się od dotychczasowego orzecznictwa wypracowanego na gruncie przepisów powołujących zasady – to z całą odpowiedzialnością stwierdzić możemy, że każdy taki głos w dyskusji traktowany może być jako głos wsparcia stanowiska uznającego wiążący charakter orzeczeń formułujących konkretne zasady współżycia społecznego. Nawet jeśli nie w wersji skraj-

nej, *explicite* zakładającej precedensowy charakter takich orzeczeń, to przynajmniej w formule mniej rygorystycznej, podkreślającej znaczący, faktyczny wpływ orzecznictwa wynikający z autorytetu Sądu Najwyższego i jego pozycji oraz funkcji w hierarchii organów sądowych.

Die gute Sitten-Klausel

Klauzule generalne występują nie tylko w polskim ustawodawstwie, korzenie tej konstrukcji sięgają daleko i warto skrótowno choćby odwołać się do doświadczeń doktryny innych państw, porównując sposób stosowania i interpretacji klauzul, które moglibyśmy uznać za odpowiedniki naszych zasad współżycia społecznego.

Niezwykle pouczający okazuje się rzut oka na rozwiązania prawne państw niemieckojęzycznych¹¹, powszechnie kojarzonych z legalistyczną postawą organów państwa i obywateli, w których ustawodawca nader często sięga do konstrukcji generalnej klauzuli odsyłającej. Przykładowo wymienić można klauzule dobrej wiary (*Treu und Glauben*), dobrych obyczajów (*gute Sitten*), interesu publicznego (*öffentliche Interesse*), słuszności (*Billigkeit*), sprawiedliwości (*Gerechtlichkeit*).

Szczególne znaczenie porównawcze ma dla nas klauzula dobrych obyczajów, występująca, przykładowo, jako kryterium oceny ważności czynności prawnej w § 138 Abs 1 niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB), zgodnie z którym „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig”, czy też w § 879 Abs 1 kodeksu austriackiego (ABGB), wedle którego za nieważny (*nichtig, absolut ungültig*) uznajemy „ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstösst”. Klauzula ta pełni zatem we wspomnianych przypadkach rolę identyczną co zasada współżycia społecznego w art. 58 § 2 kc („Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasa-

¹¹ Istnieje tam również niezwykle obszerna literatura tematu, zob. np: J. W. Hademann, *Die Flucht in die Generalklauseln, Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen 1933; F. Haft, *Generalklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht*, „Juristische Schulung” 1975, nr 8.

dami współżycia społecznego”). Dlatego tak cenne mogą być dla nas ustalenia dotyczące sposobu określania treści tej klauzuli oraz przypisywanej jej roli.

Doktryna i orzecznictwo (a nawet sam ustawodawca) starają się dookreślić sens tej klauzuli, rozumianej jako poczucie przyzwoitości, opierające się na słuszności i sprawiedliwości – obejmujące minimum moralności (obyczajowości). Dostrzec można wyraźne dążenie do precyzyjnego zakreslenia granic argumentacji aksjologicznej¹².

Na silnie legalistyczną postawę i daleko posuniętą ostrożność w stosowaniu tej klauzuli silny wpływ wywarły doświadczenia historyczne. Nie zapominajmy, że zaledwie po trzydziestu latach stosowania¹³ *die gute Sitten* zrównane zostały z nowo wynalezionym pojęciem *das gesunde Volksempfinden*, w wyniku czego uznano za sprzeczne z dobrymi obyczajami czynności prawne pomiędzy Aryjczykami a Żydami, podobnie jak sprzeczne z dobrymi obyczajami były czynności cechujące się niedostatecznym odczuciem obowiązku względem kraju ojczystego, w szczególności mające na celu obchodzenie zarządzeń rządowych syndykatów, wydawanych w interesie ojczystego przemysłu zbrojeniowego.

Tak rażące ze współczesnego punktu widzenia przykłady nadużywania tej klauzuli nie przekreśliły w opinii ustawodawcy niemieckiego możliwości jej utrzymania w kodeksie i dalszego stosowania. Podkreśla się ten fakt braku rezygnacji z klauzul pomimo dostrzeganego niebezpieczeństwa nadużyć¹⁴. To silny argument przemawiający również za postulowaną przeze mnie tezą, iż tak naprawdę klauzula generalna zasad współżycia społecznego ma charakter formalny i w jej przypadku najistotniejszy jest sposób ustalania treści – procedura określania poszczególnych zasad oraz wzajemnego ich ważenia. Ten aspekt proceduralny okazuje się znacznie ważniejszy aniżeli próby

¹² K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin 1975, s. 404 i nast.

¹³ *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) uchwalony został przez Sejm Rzeszy w 1896 r., z mocą obowiązującą od 1 stycznia 1900 r.

¹⁴ B. Rütters, *Die unbegrenzte Auslegung*, Frankfurt a. Main 1973.

autorytatywnego rozstrzygnięcia o tym, jaka jest treść zasad. Z drugiej zaś strony historia *gute Sitten* uczy nas, jak niebezpieczne może być pozostawienie całkowitej dowolności w ustalaniu treści klauzul generalnych – niezbędne okazują się choćby ramy proceduralne.

Ustawodawca austriacki daje wskazówkę, jakie czynności i umowy uznawać za sprzeczne z dobrymi obyczajami – wyliczając w ust. 2 § 879 ABGB przykłady absolutnie w jego opinii nieważnych umów. Są to umowy:

- warunkujące jakieś działania od pokątnie zawieranych umów małżeńskich,
- dotyczące „użyczonych matek” (samej umowy z „użyczoną matką” oraz pośredniczenia w wyszukiwaniu *Leihmutter* – kobiet donaszających przeszczepione, zapłodnione jajo innej kobiety),
- obejmujące świadome zbycie przez przyszłego spadkodawcę przedmiotów przeznaczonych w testamencie (zapisie testamentowym) dla innej osoby.

Z pewnością powyższe przykładowe wyliczenie możliwe byłoby do zaakceptowania również na gruncie prawa polskiego i nie wywołałoby sprzeciwu orzeczenia powołującego się na takie właśnie zasady współżycia.

Orzecznictwo dalej twórczo rozwija klauzulę *gute Sitten*, dostarczając wielu kolejnych przykładów, zarówno na dość ogólnikowe, formalne określenie dobrych obyczajów, sposobów ich rozpoznawania i ustalania ich treści, jak i na kazuistyczne określanie sprzeczności zachowania z przedmiotowymi dobrymi obyczajami.

Jako przykład pierwszego przypadku przytoczmy orzeczenie, zgodnie z którym za sprzeczny z dobrymi obyczajami powinien być uznany kontrakt, wtedy „wenn er dem Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft – das ist die Gemeinschaft aller billig und Gerech Denhenden – widerspricht und somit grob rechtswidrig ist. [...] Die guten Sitten werden mit dem ungeschriebenen Recht gleichgesetzt, zu welchem neben den allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch die allgemein anerkannten

Normen der Moral gehören”¹⁵. Podkreślić w tym miejscu wypada, iż zawarte w ostatnim zdaniu twierdzenie jest bardzo charakterystyczne – zgodnie z doktryną niemiecką „dobre obyczaje” obejmują szerszy zakres norm zachowania aniżeli tylko normy moralne, uznawane są za normy „celowe”, służące zapewnieniu przetrwania określonej grupie społecznej.

Można również w orzecznictwie odszukać dość kazuistyczne opisy zachowań sprzecznych z dobrą wiarą, jak choćby, na przykład, zaręczenie z osobą zamężną (żoną); wysyłanie niezamawianych reklam faksem w sposób utrudniający codzienne, niezakłócone korzystanie z urządzenia przez jego właściciela.

Pomimo nacisków na ograniczenie swobody sędziowskiej, daje się jednak zauważyć, że w potocznym odczuciu klauzule generalne stanowią dla sędziego złożone w jego ręce przez ustawodawcę narzędzie (*ein flexibles legislatives Instrument*) dość nieskrępowanego orzekania, utożsamianego wręcz z prawotwórstwem: „Der Gesetzgeber delegiert mit einer Generalklausel einen Teil seiner Rechtssetzungsmacht an den Rechtsanwender, der im Einzelfall unter Zugrundelegung der in der Generalklausel allgemein umschriebenen Wertungen festzustellen hat, ob ein von einer Partei gewünschtes oder erzielttes rechtliches Ergebnis, den von der Rechtsordnung statuierten Grundwertungen entspricht oder nicht”¹⁶.

W tym miejscu chciałbym przytoczyć jeszcze jedno orzeczenie sądu austriackiego¹⁷, zapadłe na gruncie stanu faktycznego, mogącego niewątpliwie budzić sprzeczne odczucia i wywoływać rozbieżne oceny etyczne. Podstawą wniesienia pozwu był następujący stan faktyczny: aktorka filmów pornograficznych podpisała z producentem kontrakt zobowiązujący ją do udziału w jednym filmie (co obejmowało zarówno filmowanie scen zbliżenia, jak i pracę w studio nad techniczną ob-

¹⁵ OGH in EvBl 1980/117.

¹⁶ <http://info.uibk.ac.at/c3/c305/zivilonline/allgteil/sitten.html> (strona uniwersytetu w Innsbrucku).

¹⁷ OGH JBI 1987/334.

róbką materiału filmowego, „dogrywaniem” ścieżki dźwiękowej itp.). Po rozpoczęciu zdjęć i zrealizowaniu części filmu zawarła ona związek małżeński i na prośbę małżonka odmówiła dalszej pracy nad filmem. Wobec powyższego producent filmowy wniósł sprawę do sądu, domagając się nakazania pozwanej powrotu do pracy (umowa owa zakwalifikowana została jako *Arbeitsvertrag*) bądź zapłaty odszkodowania. Istotne przy tym jest, iż powód powoływał się na inną klauzulę generalną, mianowicie klauzulę dobrej wiary (*Treu und Glauben*), która służy ocenie zachowania dłużnika („Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit dem Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern”).

Rozstrzygnięcie powyższej sprawy pozwoliło na sformułowanie tezy, że strona, która samodzielnie zawarła umowę o treści sprzecznej z dobrymi obyczajami (przy czym była ona świadoma faktu tej sprzeczności), zwolniona jest z obowiązku dotrzymania umowy i realizacji wynikających z niej zobowiązań.

Na nieważność umowy może powoływać się także ta strona, która sama wykroczyła przeciwko dobrym obyczajom (w tym wypadku oznaczałoby to więc przełamanie „zasady czystych rąk”). Nie bierze się przy tym pod uwagę faktu, iż strona ta narusza jednocześnie wymagania dobrej wiary. Zdaniem OGH zaufanie do drugiej strony kontraktu ma w tym konkretnym przypadku znacznie mniejsze znaczenie aniżeli wola aktorki oraz jej męża, aby odstąpić od zawartej umowy, powołując się na jej nieważność wynikającą z naruszenia dobrych obyczajów.

Powyższe, z konieczności przedstawione w telegraficznym skrócie uwagi, pozwalają stwierdzić, że znana prawu krajów niemieckojęzycznych klauzula dobrych obyczajów, wykazuje wiele podobieństw do polskich zasad współżycia społecznego – podobnie jak wiele podobieństw wykazuje społecznie akceptowana moralność tych krajów. Fakt, iż skłonni bylibyśmy zaakceptować merytoryczną treść orzeczeń wydawanych w oparciu o klauzulę „dobrych obyczajów”, różniącą się nazwą od „zasad współżycia społecznego”, przekonuje nas, że znacznie większą rolę odgrywa tu aspekt funkcjonalny klauzul, formalny sposób

ich stosowania i ustalania treści. Również niemieckie doświadczenia historyczne przekonują nas, iż nie ma potrzeby rezygnować z klauzuli zasad współżycia społecznego, pomimo faktu, iż wielokrotnie była ona w przeszłości stosowana w nieprawidłowy sposób czy nadużywana.

Podsumowanie

Przekonany jestem, iż brak uzasadnionych podstaw przemawiających na rzecz zastępowania zasad współżycia społecznego jakimkolwiek innym kryterium oceny, jakimkolwiek innym odesłaniem. Klauzule odsyłające, co wielokrotnie podkreślam i co jednoznacznie wynika z przytoczonej literatury, nie odsyłają nas do spetryfikowanego, formalnie skodyfikowanego systemu norm. Stanowią one kompetencję dla organu orzekającego do ustalenia treści takiej normy na potrzeby rozstrzygnięcia konkretnego przypadku, wskazując jedynie określony kierunek poszukiwań – a jest to kierunek zbieżny dla wszystkich klauzul słusznościowych. Jego odchylenia wynikać mogą z różnych historycznie korzeni danej klauzuli, odmiennego kontekstu jej dotychczasowego stosowania – jednak nie są całkowicie zdeterminowane merytorycznie nazwą klauzuli. Ostatecznie bowiem „rzecz jednak nie tylko w tym, jakie klauzule są stosowane i czy zasadne jest ich wprowadzenie do prawa pozytywnego, ale jak są one stosowane”¹⁸. Podstawową rolę odgrywać będzie często wyłącznie intuicyjne poczucie prawa słusznego, żywione przez organ orzekający i to ono właśnie zadecyduje o kierunku poszukiwań ocen i wartości stosowanych w konkretnym przypadku.

¹⁸ M. Safjan, *op. cit.*, s. 51.

Diane Ryland

Patient Mobility in the European Union: A Freedom to Choose?

Introduction

A fundamental freedom to receive cross border medical treatment is granted to citizens of the European Union under the internal market provisions of European Community Law.¹ The European Court of Justice has interpreted the extent of, and the limits to, this freedom in a series of rulings,² the most recent and controversial being the ruling delivered in the case of *Yvonne Watts v Bedford Primary Care Trust*,³

¹ Article 49 of the European Community Treaty, Joined Cases 286/82 and 26/83 *Luisi and Carbone*.

² Case C-158/96 *Kohll*; Case C-120/95 *Decker*; Case C-368/98 *Vanbraekel*; Case C-157/99 *Geraets Smits and Peerbooms*; Case C-385/99 *Müller-Fauré and van Riet*; Case C-56/01 *Inizan*.

³ Case C-372/04, *The Queen, on the application of Yvonne Watts v Bedford Primary Care Trust and Secretary of State for Health*. Judgment of the Court (Grand Chamber), 16th May 2006. Opinion of Advocate General Geelhoed delivered on 15 December 2005. Reference for a preliminary ruling under Article 234 of the European Community Treaty from the Court of

in May 2006. Competence in the field of public health is retained by individual Member States who each have the responsibility for organising and delivering health services and medical care.⁴ The European Court of Justice acknowledges the need to balance the objective of the free movement of patients against overriding national objectives relating to management of the available hospital capacity, control of health expenditure and financial balance of social security systems.⁵ Nevertheless, the Court ruled, in the *Watts* case that this does not exclude the possibility that Member States may be required under European Community law to make adjustments to their social security systems.⁶ An obligation exists under Community law to authorise a patient registered with a national health service to obtain, at that institution's expense, hospital treatment in another Member State where the waiting time exceeds an acceptable period having regard to an objective medical assessment of the condition and clinical requirements of the patient concerned.⁷

It is the intention of this paper to assess the extent of, and the barriers that exist to, the freedom to choose to have urgent hospital treatment in another European Union Member State. This paper will also treat the Consultation on the need for Community action on health services,⁸ undertaken in order to establish legal certainty for patients and for Member States. In particular, the response of the United Kingdom Government will be examined.⁹ Some tentative conclusions will be drawn.

Appeal (England and Wales) (Civil Division) (United Kingdom), made by order of 12 July 2004.

⁴ Article 152(5) of the European Community Treaty.

⁵ Case C-372/04, para. 145 of the judgment.

⁶ *Ibidem*, para. 147.

⁷ *Ibidem*, para. 148.

⁸ Commission Communication, "Consultation regarding Community action on health services", SEC (2006) 1195/4, 26 September 2006.

⁹ UK Consultation Response to Commission Communication on Health Services, available on the Internet: http://ec.europa.eu/health/ph_overview/co-operation/mobility/results_open_consultation_en.htm#1.

Reimbursement of cross-border hospital treatment from a National Health Service

The case of Yvonne Watts concerned a reference for a preliminary ruling under Article 234 of the European Community Treaty from the Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division), made in the course of proceedings arising from the refusal of Bedford Primary Care Trust to reimburse the cost of a hip replacement operation received in France and paid for directly by Mrs Watts, who resides in the United Kingdom.¹⁰ Mrs Watts based her appeal on the dismissal of her application for reimbursement of the cost of treatment from the NHS and on the fact that the waiting time applicable in national law was a relevant factor in applying Article 49 EC. In the United Kingdom National Health Service (NHS), hospital care is provided free of charge to all persons ordinarily resident in the United Kingdom. Treatment is funded directly by the State, essentially from general taxation revenue which is apportioned between Primary Care Trusts (PCTs). Access to hospital treatment is dependent on referral by a general practitioner. The NHS makes use of the available resources by setting priorities, which results in some quite lengthy waiting lists for less urgent treatment. NHS bodies determine, within the limits of the budgetary provision made available to them, the weighting of clinical priorities within national guidelines.¹¹

The United Kingdom Government maintained that NHS patients were not entitled to rely on Community law prescribing the freedom of movement to receive medical treatment in another European Union Member State. The European Court of Justice noted in that regard that, according to settled case-law, medical services provided for consideration fall within the scope of the provisions on the freedom to provide

¹⁰ Case C-372/04, paras. 1 and 2. Mrs Yvonne Watt's case had been diagnosed by a Consultant in the United Kingdom as being 'routine' in the first instance. On review she was categorised as requiring surgery 'soon', a category between the most urgent cases and the routine cases. *Ibidem*, paras. 25 and 29.

¹¹ *Ibidem*, paras. 8, 9, 12, 13 and 15.

services,¹² there being no need to distinguish between care provided in a hospital environment and care provided outside such an environment.¹³ Also, that it had been held that the freedom to provide services includes the freedom for the recipients of services, including persons in need of medical treatment, to go to another Member State in order to receive those services there.¹⁴ The Court ruled that the fact that reimbursement of the hospital treatment in question is subsequently sought from a national health service ... does not mean that the rules on the freedom to provide services guaranteed by the Treaty do not apply.¹⁵ It further ruled that it has already been held that a supply of medical services does not cease to be a supply of services within the meaning of Article 49 EC on the ground that the patient after paying the foreign supplier for the treatment received, subsequently seeks the reimbursement of that treatment from a national health service.¹⁶

The Court therefore found that Article 49 EC applies where a patient receives medical services in a hospital environment for consideration in a Member State other than her State of residence, regardless of the way in which the national system with which that person is registered and from which reimbursement of the cost of those services is subsequently sought operates.¹⁷

What is the extent of, and what are the barriers that exist to, the freedom to choose to have urgent hospital treatment in another European Union Member State at the expense of the Member State of residence?

¹² See: *inter alia*, case C-159/90 *Society for the Protection of Unborn Children Ireland* [1991] ECR I-4685, para. 18, and Case C-158/96 *Kohl*, para. 29.

¹³ Case C-368/98 *Vanbraekel*, para. 41; Case C-157/99 *Smits and Peerbooms*, para. 53; Case C-385/99 *Müller-Fauré and van Riet*, para. 38; Case C-56/01 *Inizan*, para. 16. Case 372/04, para. 86.

¹⁴ See: Joined Cases 286/82 and 26/83 *Luisi and Carbone* [1984] ECR 377, para. 16, Case C-372/04, para. 87.

¹⁵ See to that effect: *Smits and Peerbooms*, para. 55, and *Müller-Fauré and van Riet*, para. 39.

¹⁶ See: *Müller-Fauré and van Riet*, para. 103; Case C-372/04, para. 88.

¹⁷ There being no need in the present case to determine whether the provision of hospital treatment in the context of a national health service such as the NHS is itself a service within the meaning of Article 49. *Ibidem*, para. 90.

a) No unjustified restrictions: prior authorisation subject to the principle of proportionality

The Grand Chamber of the European Court of Justice continued by stating that whilst it is not in dispute that Community law does not detract from the power of the Member States to organise their social security systems, and that, in the absence of harmonisation at Community level, it is for the legislation of each Member State to determine the conditions in which social security benefits are granted, when exercising that power Member States must comply with Community law, in particular the provisions on the freedom to provide services.¹⁸ Those provisions prohibit the Member States from introducing or maintaining unjustified restrictions on the exercise of that freedom in the health care sector.¹⁹

Prior authorisation is a prerequisite for the NHS to assume the costs of hospital treatment available in another Member State. In the opinion of the Court, the system of prior authorisation deters, or even prevents patients from applying to providers of hospital services established in another Member State and constitutes an obstacle/restriction to the freedom to receive and to provide services.²⁰ Nevertheless, such restriction is, according to the Court, capable of objective justification by, *inter alia*: overriding reasons in the general interest, such as the risk of seriously undermining the financial balance of a social security system;²¹ and the objective of maintaining a balanced medical and hospital service open to all.²² The Court was of the view that planning hospital medical care must be possible in

¹⁸ See: *inter alia*, *Smits and Peerbooms*, para. 44 to 46; *Müller-Fauré and van Riet*, para. 100; *Inizan*, para. 17.

¹⁹ Case 372/04, para. 92.

²⁰ See to that effect: *Smits and Peerbooms*, para. 69, *Müller-Fauré and van Riet*, para. 44; *ibidem*, para. 98.

²¹ *Kohll*, para. 41; *Smits and Peerbooms*, para. 72; *Müller-Fauré and van Riet*, para. 73; *ibidem*, paras. 101 and 103.

²² *Kohll*, para. 50; *Smits and Peerbooms*, para. 73; *Müller-Fauré and van Riet*, para. 67; *ibidem*, para. 104.

order to ensure sufficient and permanent access to a balanced range of high-quality hospital treatment in the State concerned. Planning, furthermore, assists in meeting a desire to control costs and to prevent, as far as possible, any wastage of financial, technical and human resources. The hospital care sector generates considerable costs and must satisfy increasing needs, while the financial resources that may be made available for healthcare are not unlimited. From these two points of view, the Court concluded that the requirement that the assumption of costs by the national system of hospital treatment provided in another Member State be subject to *prior authorisation* appeared to be a measure which was both *necessary and reasonable* and thus not precluded by Community law and in particular Article 49 EC.²³

b) Conditions attached to grant of prior authorisation must be proportionate; and based on objective, non-discriminatory criteria known in advance in order to circumscribe the exercise of national authorities' discretion: A procedure

The conditions attached to the grant of such authorisation must be justified in the light of the overriding considerations of the Member State and must satisfy the requirement of *proportionality*, ruled the Court.²⁴ Thus, in order for the system of prior authorisation to be justified, "it must be based on objective, non-discriminatory criteria which are known in advance, in such a way as to circumscribe the exercise of the national authorities' discretion, so that it is not used arbitrarily.

It must be based on a procedural system which is easily accessible and capable of ensuring that a request for authorisation will be dealt with objectively and impartially within a reasonable time. Moreover, refusals to grant authorisation must also be capable of being challenged in judicial or quasi-judicial proceedings."²⁵

²³ *Ibidem*, paras. 109, 110 and 113.

²⁴ See to that effect: *Smits and Peerbooms*, para. 82, *Müller-Fauré and van Riet*, para. 83; *ibidem*, para. 114.

²⁵ *Smits and Peerbooms*, para. 90, *Müller-Fauré and van Riet*, para. 84 and 85; *ibidem*, para. 116.

The Court noted that the Regulations on the NHS do not set out the criteria for the grant or refusal of the prior authorisation necessary for reimbursement of the cost of hospital treatment provided in another Member State, and therefore do not circumscribe the exercise of the national competent authorities' discretionary power in that context. Furthermore, the lack of a legal framework in that regard also makes it difficult to exercise judicial review of decisions refusing to grant authorisation.²⁶

It is evident that the procedure in the United Kingdom is deficient in this regard. Accordingly, the United Kingdom needs to introduce positive changes concerning the transparency and availability of criteria which are known in advance on which the decision to grant prior authorisation must be based and which make it possible to undertake judicial review of the decision taken.

c) Undue delay? The need to carry out in the individual case in question an objective medical assessment of the patient's medical condition, the history and probable cause of his illness, the degree of pain he is in and/or the nature of his disability at the time when the request for authorisation was made or renewed.

The Court clearly stated that "a refusal to grant prior authorisation could not be based merely on the existence of waiting lists intended to enable the supply of hospital care to be planned and managed on the basis of predetermined general clinical priorities, without carrying out in the individual case in question an objective medical assessment of the patient's medical condition, the history and probable cause of his illness, the degree of pain he is in and/or the nature of his disability at the time when the request for authorisation was made or renewed."²⁷ It followed, therefore, that where the delay arising from such waiting lists appears to exceed in the individual case concerned an acceptable period having regard to an objective medical assessment of all the circumstances of the situation and the clinical needs of the person

²⁶ *Ibidem*, para. 118.

²⁷ *Ibidem*, para. 119.

concerned, the competent institution may not refuse the authorisation sought on the grounds of the existence of those lists, an alleged distortion of the normal priorities linked to the relative urgency of the cases to be treated, the fact that the hospital treatment provided under the national system in question is free of charge, the duty to make available specific funds to reimburse the cost of treatment provided in another Member State and/or a comparison between the cost of that treatment and that of equivalent treatment in the competent Member State.”²⁸

d) Mechanisms for reimbursement

It is significant in its impact on the United Kingdom that the Court further ruled that the need for Member States to reconcile the principles and broad scheme of their health care system with the requirements arising from the Community freedoms, entails a “duty on the part of the competent authorities of a national health service, such as the NHS, to provide mechanisms for the reimbursement of the cost of hospital; treatment in another Member State to patients to whom that service is not able to provide the treatment required within a medically acceptable period.”²⁹

With regard to costs, the Court went on to state that a patient registered with the NHS who was authorised to receive hospital treatment in another Member State or who received a refusal to authorise subsequently held to be unfounded, was entitled to have the cost of that treatment reimbursed in full pursuant to the provisions of the legislation of the host Member State.³⁰ But not where the cost of that treatment was greater than the cost of equivalent treatment in the competent Member State, since that would afford the patient cover in excess of that to which he was entitled under the national health service with which he was registered.³¹ In that case the competent authority would only be required to cover up to the cost of the same treatment in the Member

²⁸ *Ibidem*, para. 120.

²⁹ *Ibidem*, para. 122.

³⁰ *Ibidem*, para. 130.

³¹ *Ibidem*, para. 132.

State of Residence. Article 49 EC, according to the Court, furthermore must be interpreted as meaning that an authorised patient is entitled to seek from the competent institution reimbursement of the ancillary costs (transport and accommodation) associated with that cross-border movement for medical purposes provided that the legislation of the competent Member State imposes a corresponding obligation on the national system to reimburse in respect of treatment provided in a local hospital covered by that system.³²

Commission Consultation: Community Action on Health Services

Following the consecutive rulings in which the European Court of Justice interpreted European Community law in favour of the internal market in health care, there was a call for clarity of the law by institutional actors as opposed to rulings emanating from the Court.³³ In response, the European Commission, in a Communication Regarding Community Action on Health Services,³⁴ has engaged in a Consultation process with all interested parties with the stated objective of achieving legal certainty concerning cross-border health care for both

³² *Ibidem*, para. 143. It was for the referring court, in this case the UK Court of Appeal, to determine whether the United Kingdom rules provide for the assumption of ancillary costs associated with cross-border movement authorised for medical purposes. Para. 141.

³³ See further Council Conclusions on Common values and principles in EU Health Systems, 2733rd Employment, Social Policy, Health and Consumer Affairs Council meeting, Luxembourg, 1–2 June 2006, <http://www.consilium.europa.eu/Newsroom>. “The Council recognises that recent judgments in the European Court of Justice have highlighted the need to clarify the interaction between the EC Treaty provisions, particularly on the free movement of services and the health services provided by national health systems”. Point 3 of the Council conclusions.

³⁴ SEC (2006) 1195/4, 26 September 2006. Therein, the Commission explains that the Commission proposal for a Directive on Services in the Internal Market (COM (2004) 2, 13 January 2004) included proposals codifying the rulings of the European Court of Justice in applying free movement principles to health services but that this approach was not considered to be appropriate by the European Parliament and the Council, which institutions invited the Commission to develop a specific proposal in this area.

patients and Member States. The aim is for a clear framework of Community law in order to ensure a more general and effective application of the freedom to receive health services in other Member States. The Commission identifies the following issues which need to be addressed, namely:

- there are shared values and principles for health services on which citizens can rely throughout the EU;
- What practical issues need to be clarified for citizens who wish to seek health care in another Member State;
- What flexibility Member States have to regulate and plan their own health systems without creating unjustified barriers to free movement;
- How to reconcile patient choice with financial sustainability of health systems;
- How to ensure a financial compensation mechanism for cross-border healthcare provided by 'receiving' health systems;
- How patients can identify, compare or choose between providers in other countries.

Therein, the Commission poses a number of questions: nine in total.

- Question 1: What is the current impact of cross-border health care on accessibility, quality and financial sustainability of health care systems and how might this evolve?

According to the Commission, the current volume of patient mobility is low, estimated at around 1% of overall public expenditure on health care, but a lack of data in this respect is highlighted. The Commission underlines the fact that the lack of information about health care possibilities in other Member States and the lack of a transparent framework act as deterrents to seeking care abroad.

- Question 2: What specific legal clarification (Community action) and what practical information is required by whom (authorities, providers, patients)?

Clarification is suggested of the condition that authorisation for care abroad must be granted if such care cannot be provided in the member

state of residence without ‘undue delay’. Although the Commission is of the view that this should focus more on processes for consideration rather than setting any specific period. Mechanisms are advocated through which patients could contest decisions regarding cross-border care, perhaps such as requirements to designate fair appeals procedures and timetables. The Commission is adamant that patients must have adequate information to make informed choices about treatments and providers in other Member States. This, in order to give substance to the freedom to receive medical services in another Member State of the European Union.

- Question 3: Which issues (e.g. clinical oversight, financial responsibility) should be the responsibility of which country?
- Specific issues here, according to the Commission, include continuity of care when a patient travels to another Member State to undergo medical treatment after which he returns to his own Member State.
- Question 4: Who should be responsible for ensuring safety in the case of cross-border health care? If patients suffer harm, how should redress for patients be ensured?
- An issue of importance highlighted by the Commission is the need to be clear about who is responsible for ensuring patient safety in cross-border health care; how patients will be compensated when they suffer harm; if there are errors, whose liability rules will apply and how those errors will be followed up so as to avoid repetition.
- Question 5: What action is needed to ensure that treating patients from other Member States is compatible with the provision of a balanced medical and hospital services accessible to all in the ‘receiving’ country?

The proportion of patient mobility can be higher in border regions or popular tourist destinations, explains the Commission. Greater clarity is needed over the possibilities given to the Member State of treatment i.e. the ‘receiving country’ to ensure that treatment given to patients from other Member States will not prevent the provision of a balanced health care service open to all or undermine the sustainability of the health system of the receiving Member State.

- Question 6: Are there further issues to be addressed in the specific context of health services regarding the establishment of health care providers not already addressed by Community legislation?
- The Commission is of the opinion that there should be clarity over ethical issues, and the ability of Member States to take different decisions about what care they consider appropriate to provide, for example, fertility treatment.
- Question 7: Are there other issues where legal certainty should also be improved? In particular, what improvements do those directly involved in receiving patients from other Member States, such as healthcare providers and social security institutions, suggest in order to facilitate cross-border health care?
- Question 8: In what ways should European action help support the health systems of the Member States?
- The Commission advocates the need for a formal Community framework to ensure that co-ordinated action between all Member States will be implemented effectively and on a sustained basis in order to bring added value to national health systems.
- European networks of centres of reference are suggested, as is realising the potential of health innovation to ensure that treatment is provided on the basis of the best scientific evidence. A shared evidence base would improve the availability and comparability of health care data.
- Question 9: What Community tools or instruments would be appropriate to tackle the different issues related to health services?

Legal certainty would be best ensured, emphasises the Commission, by a binding legal instrument in the form of a Regulation or Directive based on Article 95 EC, the approximation of laws for the attainment of the internal market legal basis.

An interpretive Communication of case law is projected as a possibility. Other non-legislative options would include practical co-operation through the High level Group on health services and medical care,³⁵ together with the open method of co-ordination supporting

³⁵ Documents of the High level Group and its working groups are available on the Internet at

Member States in the reform and development of health care.³⁶ Although valuable in taking forward practical co-operation between Member States, the Commission underlines the fact that they alone would not provide legal certainty for patients and Member States concerning the freedom to receive medical services in another European Union Member State. There is an increasing need in the face of increased expectations, new medical technologies, dissemination through information technology and the enlargement of the European Union, concludes the Commission, to reconcile national health policies with the obligations of the internal market.

It is interesting to note that the Commission includes, in its Legislative and Work Programme for 2007,³⁷ a legislative proposal for a Community Framework for safe and efficient health services with Article 95 of the European Community Treaty as its legal basis. Its specific objective is stated to be to establish a Community framework for safe, high-quality and efficient health services in order to:

- ensure patient safety wherever health care is provided throughout the Community;
- address uncertainties over application of Community law to health services that create obstacles to cross-border healthcare;
- improve the efficiency and effectiveness of health services throughout the European Union.

The United Kingdom Response to the Consultation

The United Kingdom (UK) thinks that there are certain fundamental underlying principles that need to underpin, and be reflected in, any proposals in order to ensure a system of patient mobility that is mana-

http://ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/mobility/high_level_documents_en.htm.

³⁶ See further: Com (2004) 304, 20 April 2004. "Modernising social protection for the development of high quality, accessible and sustainable health care and long-term care: support for the national strategies using the open method of co-ordination".

³⁷ COM (2006) 629, 24 October 2006.

geable and sustainable in the long term: one that respects the rights and responsibilities of Member States to organise and manage their health care systems.³⁸ The UK Government is adamant that the home health system in the individual Member State needs to be able to determine what health care services are offered to individual patients, and to manage the clinical decision about whether, given the individual circumstances of the patient, 'undue delay' applies. In the UK this is done through referral processes as an integral part of the process of determining what health services will be offered to the patient. It is essential to the Government that such processes must be respected in any legislative proposals.

Furthermore, in the view of the UK, patient mobility must be cost-neutral to the home health system. According to the UK response, further clarification is needed of the fact that when patients request to go abroad in order to be treated, it is the standard of care, governance, and redress arrangements of the Member State of treatment that will apply. Moreover, a principle of transparency could be established making it clear what information should be made available to patients by providers before they travel abroad for treatment. The UK Government insists that there

³⁸ UK Consultation Response to Commission Communication on Health Services, available on the Internet: http://ec.europa.eu/health/ph_overview/co-operation/mobility/results_open_consultation_en.htm#1. This response takes account of the views of UK stakeholders that contributed to a consultation in the UK, and views expressed in the UK Parliament, following appearances by the Right Honourable Rosie Winterton MP, the Minister of State for Health Services, before both a House of Commons Standing Committee, and Sub-Committee G of the House of Lords European Union Select Committee. Minutes of the Commons appearance are available at: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200607/cmgeneral/euro/070116/70116s01.htm>. Minutes of the House of Lords appearance are published at: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld/ldeucom.htm#evid>, House of Lords European Union Committee 8th Report of Session 2006-07, HL Paper 48, Cross Border Health Services in the European Union. This Report makes available the oral evidence provided by the Rt. Hon. Rosie Winterton MP, Minister of State for Health Services to EU Sub-Committee G on 25 January relating to cross border health services in the European Union. The meeting with the Minister helped to improve the Sub-Committee's understanding of the significant and sensitive issues, of both a legal and political nature, that need to be resolved in order to find an acceptable way forward in this case. In particular, Sub-Committee G recognised the point the Minister made that there was a need to get the framework for European Health Services right so that it can provide a fair and transparent system for people seeking health care and, at the same time, ensure that it does not undermine the UK health service. (Point 5 of the Report). Sub-Committee G will look further at these issues when the Commission publish firm proposals. (Point 6).

must be no 'requirement to treat' on the part of Member States receiving patients travelling abroad for elective treatment. In other words, Member States must be able to prioritise their own residents above patients travelling to them specifically for treatment. Further, in accordance with the stated position of the UK, the principles of equity and solidarity need to be respected with regard to patient mobility, thereby avoiding the risk of creating a system whereby those European Union citizens who can afford to pay initially for services can access health care services faster than those with greater needs. The UK stresses that is important that any proposed solution be proportionate to the demand from patients which may grow. Accordingly, any system that is put in place to facilitate patient mobility needs to be both sustainable and flexible enough to take account of long term developments. Finally, the government underline that any legislative proposal should be based on the fundamental principles spelt out in its response and should not be overly detailed, nor simply transpose European Court of Justice case law into legislation.

Concluding Comments

The Commission will shortly publish a formal response on the Consultation and a Community legislative proposal will follow, having as its legal basis the Internal Market approximation of laws Article 95 EC, pursuant to which the European Parliament and the Council of the European Union will have each have an opportunity to debate and have an input under the Co-decision procedure.³⁹

It may well transpire in the legislative proposal which will ensue, that the substantive decision as to what constitutes 'undue delay' in the referral system for hospital treatment will remain a decision for the Member State's competent authorities.⁴⁰ Nevertheless procedural requirements underpin-

³⁹ In accordance with Article 251EC.

⁴⁰ It is interesting to note that the Court of Appeal has not yet applied the preliminary ruling delivered by the European Court of Justice in the *Watts* case on 16 May 2006. It is for that refer-

ning this decision will, inevitably, be laid down by Community law. The conditions on which the grant of prior authorisation must be based; the fact that these must be transparent, objectively justified and detailed in advance in order to circumscribe any potential for the exercise of administrative discretion will, it is submitted, be part and parcel of the draft Community legislation. Adequate judicial review mechanisms will have to comply with principles of European Community law. Procedural transparency and available information for patients to enable them to choose to receive hospital treatment in another European Member State in individual circumstances when that treatment cannot be made available to them in the time deemed necessary having regard to their clinical condition *etc.* will emanate from European Community law. A lack of such information would constitute a potential barrier to the exercise of the fundamental freedom to receive cross-border treatment. Important issues such as the duty of care; liability and compensation mechanisms; and after care service will also feature in a European Community legislative act. It is this author's opinion that the form of European Community law will be a Framework Directive which will, in accordance with the principle of subsidiarity,⁴¹ leave an element of flexibility in transposition to take account of the diverse systems that exist in the Member States. The freedom to choose to receive urgent health care in another European Union Member State will be facilitated and also circumscribed within a Community framework which will provide legal certainty for both patients and Member States.

ring court to decide on the facts *inter alia* whether there was 'undue delay' in according hospital treatment to Mrs Yvonne Watts. The formal outcome of the Consultation regarding Community Action on Health Services is, no doubt, awaited.

⁴¹ See: Article 6 of the Protocol on the Application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality annexed to the European Community Treaty.

Część druga

**Zagadnienia
prawnoadministracyjne**

Samanta Kowalska

Prawna ochrona dóbr kultury. Wybrane regulacje oraz proponowane zmiany

Obecnie obowiązująca ustawa z 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz.U. z 2003 r. Nr 162, poz. 1568 z późn. zm., zwana dalej uooz)¹, zrezygnowała z posługiwania się pojęciem „dobro kultury” na rzecz jego polskiego odpowiednika „zabytek”. Mimo to pojęciem „dobro kultury” posługuje się w dalszym ciągu Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483, zwana dalej Konstytucją RP), np. w art. 5 i 6.

W prawie polskim wykładnię pojęcia „zabytek” przeprowadzono w ustawie z 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Zgodnie z art. 3 pkt 1 powyższej ustawy, „zabytek” oznacza „nie-

¹ Poprzednio w tym zakresie obowiązywała ustawa z 15 lutego 1962 r. o ochronie dóbr kultury (Dz.U. z 1962 r. Nr 10, poz. 48 z późn. zm.).

ruchomość lub rzecz ruchomą, ich części lub zespoły, będące dziełem człowieka lub związane z jego działalnością i stanowiące świadectwo minionej epoki, bądź zdarzenia, których zachowanie leży w interesie społecznym ze względu na posiadaną wartość historyczną, artystyczną lub naukową”. W zacytowanym artykule zdefiniowano główny przedmiot ochrony tej ustawy. Termin „zabytek” zasadniczo odnosi się do obiektów materialnych, co pozornie wskazuje na wykładnię o charakterze zawężającym.

W rzeczywistości, na podstawie innych artykułów tej ustawy można zrekonstruować o wiele szerszy zakres przedmiotowy ochrony. Przykładowo, artykuł 6 stanowi, iż ochronie i opiece podlegają, bez względu na stan zachowania, między innymi: dzieła sztuk plastycznych, rzemiosła artystyczne (ust. 1 pkt 2a), materiały biblioteczne (ust. 1 pkt 2e), nazwy geograficzne, historyczne lub tradycyjne nazwy obiektu budowlanego, placu, ulicy lub jednostki osadniczej (ust. 2). Można więc wyciągnąć wniosek, iż ochroną ustawy objęte są również dobra o charakterze niematerialnym (np. język, muzyka, wierzenia, wartości moralno-etyczne, legendy, tradycje, zwyczaje).

Niewątpliwie dzieło sztuki czy książka mogą być świadectwem talentu lub geniuszu ich twórcy. Dlatego pragnę podkreślić, że ustawa z 4 lutego 1994 r. Prawo autorskie i prawa pokrewne (Dz.U. z 1994 r. Nr 24, poz. 83 z późn. zm.)², chroni wysiłek intelektualny twórcy utworu³. Albowiem utwory utrwalane na nośniku fizycznym (pergamin, płótno, papier *etc.*) stanowią często również nośnik pewnych wartości niematerialnych, np. wartości emocjonalnej, estetycznej, ideologicznej, sakralnej czy patriotycznej.

² Szerzej zob. m.in.: J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, Warszawa 2007; M. Późniak-Niedzielska, J. Szczotka, M. Mozgawa, *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Zarys wykładu*, Bydgoszcz 2007; Z. Radwański, *System prawa prywatnego*, t. 13: *Prawo autorskie*, red. nauk. J. Barta, Warszawa 2007.

³ Gwoli wyjaśnienia, pojęcie „utworu” odnosi się do rezultatu działalności twórczej. Por. m.in. pismo Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego (obecna nazwa) z 22 maja 1998 r. (BP/WPA. 024/147/98); wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 5 lipca 1995 r. (I Acr 453/95).

Rozwój nauki i techniki, zmiany cywilizacyjno-kulturowe nieustannie generują nowe zagrożenia dla praw autorskich. Według raportu międzyresortowego Zespołu do spraw Przeciwdziałania Naruszeniom Prawa Autorskiego i Praw Pokrewnych, do najbardziej powszechnych i rażących sposobów łamania praw autorskich w Polsce należy m.in. produkcja i rozprowadzanie nielegalnych kopii fonogramów, wideo-gramów, programów komputerowych, rozpowszechnianie utworów audio/wizualnych, muzycznych, piśmienniczych w Internecie, handel nośnikami, produkcja pirackich towarów, działalność radiowa i telewizyjna prowadzona bez wymaganych licencji i odprowadzania tantiem z tytułu praw autorskich i pokrewnych, naruszenia w dziedzinie „słowa drukowanego”, takie jak reprografia, piractwo książkowe, wtórny obrót czasopismami, nierejestrowane „dodruki” książek⁴. Dlatego też Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 24 stycznia 2006 r. (sygn. akt SK 40/04) podkreślił potrzebę opracowania takiej nowelizacji ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, która z jednej strony pogodzi interesy użytkowników, a z drugiej – zapewni maksymalną ochronę podmiotów praw autorskich i praw pokrewnych.

Obok dziedzictwa kulturalnego, które ma znaczenie pozytywne, wyróżnia się tzw. „spuściznę”. Na ogół spuścizna wiąże się ze złymi cechami ludzkimi (aspekt niematerialny) lub ich symbolami (aspekt materialny)⁵. Do spuścizny zalicza się m.in. obiekty i pomniki, będące śladami obcego panowania, fałszowanie faktów historycznych, nadużywanie symboli państwowych i religijnych; eksterminację ludności. Z tego też względu dziedzictwo kulturalne należy otaczać ochroną. Natomiast spuściznę „jedynie w jej materialnym wymiarze – można zachowywać wówczas, gdy dokumentuje lub ilustruje wydarzenia historyczne, zdając sobie jednak sprawę z jej szkodliwych asocjacji”⁶.

⁴ Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego, *Realizacja ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, Warszawa 2006, s. 29–36.

⁵ J. Pruszyński, *Dziedzictwo kultury Polski – jego straty i ochrona prawna*, t. 1, Kraków 2001, s. 59.

⁶ *Ibidem*, s. 60.

Przykładem aktu prawnego, który został wydany w duchu powyższych słów, jest ustawa z 7 maja 1999 r. o ochronie terenów byłych hitlerowskich obozów zagłady (Dz.U. z 1999 r. Nr 41, poz. 412). Na mocy tej ustawy ochrona Pomników Zagłady jest celem publicznym oraz zadaniem z zakresu administracji rządowej. Bez wątpienia Pomniki Zagłady są śladem obcego reżimu i polityki terroru, aczkolwiek z drugiej strony – stanowią ostrzeżenie dla przyszłych pokoleń przed zbrodnią ludobójstwa.

Określenie, czy dany obiekt jest zabytkiem, jest więc niezwykle trudne do jednoznacznego sformułowania i sklasyfikowania. W celu ułatwienia tego zadania stosuje się, m.in. metodę wartościowania. W naukach filozoficzno-socjologicznych „wartość” odnosi się do sposobu rozumienia pewnego dobra dla jednostki lub społeczeństwa, które uważa się za godne realizacji⁷. Jednak ta kategoria jest historycznie zmienna, ponieważ na sposób jej pojmowania wpływa ustrój państwa; system moralno-etyczny, religijny, światopogląd. Moralność, etyka często przekazują zresztą pojęcia o wysokim stopniu abstrakcyjności.

W definicji „zabytku” według uooz, zasadniczo wskazano na trzy wartości, których występowanie należy stwierdzić, zanim dany obiekt zostanie uznany za zabytek. Jest to wartość historyczna, artystyczna lub naukowa. Gdy nie można tych wartości jednoznacznie ocenić lub wychwycić, pod uwagę bierze się jeszcze inne wartości. Aczkolwiek prawodawca nie przypisuje im głównego znaczenia podczas prawnej identyfikacji zabytku. Niemniej w niektórych okolicznościach odwołanie się do nich może być kluczowe. Stąd wniosek, iż katalog wartości wymieniony w art. 3 pkt 1 uooz nie ma charakteru enumeratywnego.

Łuką prawną jest natomiast to, iż ustawodawca nigdzie nie sprecyzował kryteriów ocennych, np. kiedy obiekt/przedmiot można zakwalifikować jako zabytek o „szczególnej wartości dla kultury” (art. 15 uooz). Następną wątpliwość budzi kwestia, co oznacza oraz według jakich i czyich kryteriów powinno rozpatrywać się „interes społeczny”, który w myśl artykułu 3 uzasadniałby uznanie rzeczy nieruchomej lub ruchomej za zabytek.

⁷ C. J. Poel, *W poszukiwaniu wartości ludzkich*, Warszawa 1987, s. 73.

Od strony formalnej, do wydawania ocen i opinii o obiektach pretendujących do uznania za zabytek kompetentni są odpowiedni rzeczoznawcy⁸. Na mocy rozporządzenia ministra kultury z 10 maja 2004 r. w sprawie rzeczoznawców w zakresie opieki nad zabytkami (Dz.U. z 2004 r. Nr 124, poz. 1302), obecnie uprawnienia te nadaje się w czterech dziedzinach: archeologii, architekturze i budownictwie, urbanistyce, krajobrazie kulturowym, malarstwie, grafice, rzeźbie, detalach architektonicznych i powierzchni architektonicznej, rzemiośle artystycznym i sztuce użytkowej, instrumentach muzycznych, materiałach bibliotecznych i archiwalnych, instrumentach muzycznych, parkach, ogrodach i cmentarzach, zabezpieczaniu technicznym zabytków oraz ocenie i wyliczeniu zabytków ruchomych. Nietrudno zauważyć, iż dziedziny, w których można uzyskać uprawnienia rzeczoznawcy w zasadzie obejmują katalog przedmiotowy zabytków wymienionych w art. 6 uooz.

Zachodzi potrzeba, aby wszędzie tam, gdzie zachodzą wątpliwości dotyczące oceny i sklasyfikowania danego zabytku – określone organy władzy publicznej z własnej inicjatywy występowały o opinię lub ekspertyzę właściwego rzeczoznawcy⁹.

Wymogi te są jeszcze bardziej zaostrzone w przypadku postępowań sądowych, gdyż niezbędna dokumentacja powinna znaleźć się w aktach sprawy i to bez nieuzasadnionej zwłoki, np. zdjęcia przejętych przez celników dzieł sztuki wraz z następczą opinią rzeczoznawcy¹⁰.

Stąd bardzo pożądane jest, aby osoby, które zawodowo zajmują się uznawaniem obiektów za zabytki, odznaczały się rozeznanem, bez-

⁸ Obecnie kandydat na rzeczoznawcę w zakresie opieki nad zabytkami powinien korzystać z pełni praw cywilnych i obywatelskich, posiadać co najmniej 10-letnią praktykę w wykonywaniu zadań w określonej dziedzinie opieki nad zabytkami, odznaczać się wysokim poziomem wiedzy w określonej dziedzinie opieki nad zabytkami oraz dawać rękojmię należytego wykonywania obowiązków rzeczoznawcy.

⁹ Por. dotychczasowe brzmienie art. 100 ust. 2 ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami.

¹⁰ Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu wielokrotnie podkreślał znaczenie należytego i starannego wywiązywania się sędziów i biegłych ze swoich zadań (m.in. Baranowski v. Polska, 2000; D.N. v. Szwajcaria, 2001; Grauzinis v. Litwa, 2000).

stronnością, otwartością oraz elastycznością sposobu myślenia bez względu na to, czy klasyfikują przedmiot/obiekt świecki, czy sakralny¹¹.

Obecnie mechanizm wolnorynkowy powoduje, że zabytki coraz częściej zamiast *sacrum* stają się „towarum”¹². Rodzi to niebezpieczeństwo zdeklasowania pozostałych kryteriów identyfikacyjnych zabytku przez wartość materialną. Co prawda, dzisiaj jest już koniecznością opracowywanie ochrony dziedzictwa kulturalnego w powiązaniu ze strategią marketingu i zarządzania. W działaniach tych powinno się dążyć jednak nie do zwiększania dochodu właścicieli lub posiadaczy zabytków, lecz do kreowania ram finansowych funkcjonowania tych obszarów oraz przedmiotów pod kątem wywiązywania się z istoty ustawowego pojęcia ochrony zabytków i opieki nad zabytkami. Jest to bardzo istotne, zwłaszcza że ustawa o ochronie zabytków i opiece nad nimi stanowi konkretyzację normy konstytucyjnej, która nakazuje „strzec dziedzictwa narodowego” (art. 5 Konstytucji RP). Dziedzictwo kulturalne nie może bowiem paść ofiarą gry rynkowej czy politycznej.

Z związku z tym wyłaniają się pytania: w jaki sposób powinno objąć się ochroną i opieką dziedzictwo narodowe? Czy „ochrona” i „opieka” to synonimy?

Przykładowo, w naukach, które zajmują się informacją naukową i studiami bibliologicznymi, funkcjonuje tylko jedno pojęcie: „ochrona”, którym zbiorczo nazywa się wszelkie działania na rzecz zabezpieczania zbiorów bibliotecznych¹³, ale głównie pod kątem prac konser-

¹¹ Por. W. Zin, *Opowieści o polskich kapliczkach*, Kraków 2004; idem, *Krajobrazy Podkarpacia*, Rzeszów 2004; idem, *Narodziny krajobrazu kulturowego*, Rzeszów 2005.

¹² J. Purchla, *Dziedzictwo a transformacja. Strategiczne cele polityki państwa w sferze ochrony zabytków – doświadczenie Polski*, [w:] *Dobra kultury i problemy własności. Doświadczenia Europy Środkowej po 1989 roku*, red. G. Czubek, P. Kosiewski, Warszawa 2005, s. 8.

¹³ Na mocy art. 6 ust. 1 pkt. 2e uoocz, materiały biblioteczne, o których mowa w art. 5 ustawy z 27 czerwca 1997 r. o bibliotekach (Dz.U. z 2004 r. Nr 230, poz. 2390 z późn. zm.), zostały jako zabytki ruchome objęte ochroną i opieką bez względu na stan zachowania. Należy jednak wskazać, iż ochronę materiałów archiwalnych wchodzących w skład narodowego zasobu archiwalnego, regulują odrębne przepisy, tzn. ustawa z 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (Dz.U. z 2007 r. Nr 64, poz. 426 z późn. zm., dalej: u. archiwa). Niemniej, także w bibliotekach znajdują się wszelkiego rodzaju akta i dokumenty (np. „Dziennik Polski”, „Moni-

watorskich i restauratorskich¹⁴. Natomiast należy wskazać, iż prawo jest zupełnie odrębną dziedziną, która oprócz operowania teorią wiąże się z możliwością wdrażania działań obwarowanych przymusem państwowym. Tymczasem w informacji naukowej i studiach bibliologicznych ani przymus, ani element sankcji nie występuje.

Zważywszy, że w państwie środkiem do normowania relacji społecznych jest prawo, rozgraniczam „opiekę” od „ochrony” zabytków, posługując się tymi pojęciami w ujęciu nauk prawnych. Pojęcia „ochrona” i „opieka” zasadniczo się bowiem od siebie różnią ze względu na swoją specyfikę i odrębność.

Wobec tego wyjaśnię najpierw pojęcie prawnej „ochrony” zabytków. Według art. 4 uoocz polega ona w szczególności na podejmowaniu przez organy administracji publicznej działań mających na celu:

- 1) zapewnienie warunków prawnych, organizacyjnych i finansowych umożliwiających trwałe zachowanie zabytków oraz ich zagospodarowanie i utrzymanie,
- 2) zapobieganie zagrożeniom mogącym spowodować uszczerbek dla wartości zabytków,
- 3) udaremnianie niszczenia i niewłaściwego korzystania z zabytków,
- 4) przeciwdziałanie kradzieży, zaginięciu lub nielegalnemu wywozowi zabytków za granicę,
- 5) kontrolę stanu zachowania i przeznaczenia zabytków,
- 6) uwzględnianie zadań ochronnych w planowaniu i gospodarowaniu przestrzennym oraz przy kształtowaniu środowiska.

tor Polski”, akty prawa miejscowego, przekazana korespondencja prywatna, księgi rodowe), mapy i plany, nagrania dźwiękowe i wideofonowe, dokumenty elektroniczne i inne materiały, o których mowa w art. 1 u. archiwa. Może więc wystąpić sytuacja, w której dany obiekt prócz „materiału bibliotecznego” będzie kwalifikował się jednocześnie pod pojęcie „materiału archiwalnego”.

¹⁴ Zob. m.in.: B. Drewniewska-Idziak, E. Stachowska-Musiał, *Ochrona i konserwacja zbiorów bibliotecznych*, Warszawa 1998; J. M. Dureau, D. W. G. Clements, *Zasady ochrony i konserwacji materiałów bibliotecznych. Ochrona zbiorów bibliotecznych*, Warszawa 1992; T. Łojewski, Z. Pietrzyk, *Kwaśny papier. Zagrożenie zbiorów bibliotecznych i archiwalnych*, Kraków 2001; B. Zyska, *Mikrobiologiczna korozja materiałów*, Warszawa 1977; idem, *Nad trwałością papierów drukowych*, Katowice 1993; idem, *Ochrona zbiorów bibliotecznych przed zniszczeniem*, cz. 4, Katowice 1998.

Ochronę realizują organy centralnej oraz samorządowej administracji państwowej na podstawie i w granicach przyznanych im kompetencji. Stąd wniosek, że na pojęcie „ochrony” składają się działania planistyczne, organizacyjne, finansowe, zapobiegawcze oraz prewencyjne.

Z kolei „opieka” na podstawie art. 5 uooz polega w szczególności na zapewnieniu warunków:

- 1) naukowego badania i dokumentowania zabytku,
- 2) prowadzenia prac konserwatorskich, restauratorskich i robót budowlanych przy zabytku,
- 3) zabezpieczenia i utrzymania zabytku oraz jego otoczenia w jak najlepszym stanie,
- 4) korzystania z zabytku w sposób zapewniający trwałe zachowanie jego wartości,
- 5) popularyzowania i upowszechniania wiedzy o zabytku oraz jego znaczeniu dla historii i kultury.

Odpowiedzialność w tym kierunku spoczywa przede wszystkim na aktualnym właścicielu lub posiadaczu zabytku. Opieka sprowadza się głównie do zabezpieczania zabytku od strony materialno-technicznej, umożliwienia społeczeństwu dostępu oraz popularyzowania wiedzy na jego temat. Tak więc powyższy zapis ustawowy sprawia, że zabytek przestaje być wyłącznie dobrem prywatnym.

Dlatego zasadne jest, aby działania z zakresu ochrony i opieki w rozumieniu nauk prawnych występowały łącznie i wzajemnie się uzupełniały. Dopiero wtedy będziemy mieli do czynienia z kompleksowymi i korelatywnymi działaniami na rzecz zabezpieczania zabytków.

Dotychczasowy bieg wydarzeń ukazuje, że głównymi przyczynami zubożania dziedzictwa kulturalnego oprócz kataklizmów naturalnych i zdarzeń losowych są zmiany granic, grabieże oraz konflikty zbrojne. Na tym tle wyłania się kwestia restytucji dóbr kultury.

Restytucja w naukach prawnych oznacza:

- a) w prawie cywilnym: świadczenie na rzecz poszkodowanego od osoby odpowiedzialnej za szkodę, naprawienie szkód, odszkodowanie,

b) w prawie międzynarodowym publicznym: naprawienie szkody wyrządzonej przez jedno państwo innemu, zwłaszcza zwrot mienia bezprawnie zabranego (zwykle w czasie wojny) innemu państwu,

c) w prawie sądowym: przywrócenie terminu powodującego skutki prawne¹⁵.

Na początku XXI wieku potwierdzono powszechnie prawo każdego państwa do ochrony integralności dziedzictwa kulturowego¹⁶. Natomiast odpowiedzi wymaga pytanie o to, komu zwracać, kiedy i pod jakimi warunkami¹⁷.

Postępowania restytucyjne w praktyce napotykają jednak liczne przeszkody. Wspominając chociażby o nieprecyzowaniu oraz przydawaniu pojęciu „skarbów narodowych”/dobrom kultury o „światowym znaczeniu” charakteru bezwzględne.

Przykładowo, dyrektywa Rady nr 93/7/EWG z 15 marca 1993 r. w sprawie zwrotu dóbr kultury wyprowadzonych niezgodnie z prawem z terytorium państwa członkowskiego (Dz.Urz. WE L 74 z 27 marca 1993 r., zwana dalej dyrekt. 15 marca 1993 r.), kładzie nacisk na skarby narodowe. Nigdzie jednak nie zdefiniowała tego pojęcia, pozostawiając to w gestii prawa wewnętrznego (art. 1.1. dyrekt. 15 marca 1993 r.).

Z całą pewnością niezamieszczenie definicji „skarbu narodowego” zwiększa chaos interpretacyjny oraz otwiera drogę do stanowienia arbitralnych przepisów wewnętrznych w tej materii. Zresztą na gruncie ustawodawstwa w poszczególnych krajach, różnie postrzega się tę kategorię zabytków, nie ma też jednolitych kryteriów ich wartościowania.

¹⁵ *Słownik wyrazów obcych* PWN, red. nauk. J. Tokarski, Warszawa 1972, s. 645.

¹⁶ W. Kowalski, *Repatriacja dóbr kultury w sytuacji cesji terytorialnej i rozpadu państw wielonarodowych*, Warszawa 1998, s. 35.

¹⁷ J. A. R. Nafziger, *The New Fiduciary Duty of United States Museums to Repatriate Cultural Heritage: The Oregon Experience*, „University of British Columbia Law Review. Special Issue” 1995, s. 36. Przytaczam za: W. Kowalski, *Repatriacja dóbr kultury*, [w:] *Dobra kultury i problemy własności. Doświadczenia Europy Środkowej po 1989 roku...*, s. 164.

W rzeczywistości dobra kultury wykazują tak liczne powiązania i współzależności z różnymi państwami i narodami¹⁸, że często trudno jednoznacznie wskazać pochodzenie terytorialne danego dzieła (proweniencja), czy jego przynależność (pertynencja). Stąd pożądane jest, aby w sprawach restytucji zabytków kierować się koncepcją „światowego dziedzictwa kultury”. Postulat ten jest zgodny z przesłaniem podpisanej w Paryżu 16 listopada 1972 r. Konwencji UNESCO (United Nations Educational Scientific and Cultural Organization – Organizacja Narodów Zjednoczonych do Spraw Oświaty, Nauki i Kultury) w sprawie ochrony światowego dziedzictwa kulturalnego i naturalnego (Dz.U. z 1976 r. Nr 32, poz. 190 i 191).

Koncepcja „światowego dziedzictwa” polega na „wspólnej trosce o zachowane skarby oraz ich udostępnianie (również w formie ekspozycji) szerokim kręgom odbiorców”¹⁹. Niemniej sporo państw nie zadawała się ekspozycjami czasowymi, nie mówiąc już o świadomości, iż dane dobro kultury na co dzień znajduje się na terytorium innego kraju, zwłaszcza jeżeli przedstawia ono szczególną wartość dla państwa, które je utraciło. Kraje te wysuwają roszczenia zwrotu nawet wtedy, gdy państwo trzecie otacza te zabytki należną troską.

Z związku z tym należy zaznaczyć, że w Polsce rozwiązaniem, które na tle restytucji prywatnych dóbr kultury jeszcze się nie upowszechniło, jest zakładanie fundacji w oparciu o ustawę z 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach (Dz.U. z 2005 r. Nr 175, poz. 1462 z późn. zm., zwana dalej u. fund.). Zgodnie z art. 1 u. fund., fundacja może być ustanowiona dla realizacji zgodnych z podstawowymi interesami Rzeczypospolitej Polskiej celów społecznie lub gospodarczo użytecznych, w szczególności takich jak oświata i wychowanie, kultura i sztuka oraz opieka nad zabytkami. Do fundacji kulturalnych działających w Polsce w tym zakresie należy, np. Fundacja XX. Czartoryskich (założona przy Mu-

¹⁸ Szerzej: A. Sen, *Wymiana kulturowa i współzależność*, [w:] *Rozwój i wolność*, red. A. Sen, Poznań 2002, s. 259–260.

¹⁹ D. Matelski, *Grabież i restytucja polskich dóbr kultury od czasów nowożytnych do współczesnych*, t. 2, Kraków 2006, s. 684.

zeum Narodowym w Krakowie) oraz Fundacja imienia Raczyńskich (działająca przy Muzeum Narodowym w Poznaniu).

Niemniej, nie zawsze negocjacje z potomkami dawnych rodów arystokratycznych przynoszą pożądane efekty. Wówczas można zaproponować, aby właściciel podarował muzeum najcenniejsze dzieła sztuki, a w zamian za to muzeum wyda mu mniej wartościowe dzieła pochodzące z tej samej kolekcji. Inna możliwość – własność dzieła sztuki bądź kolekcji zostanie uznana w zamian za zgodę właściciela na umieszczenie ich w depozycie muzealnym czasowym lub stałym.

Kolejna kwestia to Konwencja UNESCO z 14 listopada 1970 r. o środkach zmierzających do zakazu i zapobiegania nielegalnemu przywozowi, wywozowi i przenoszeniu własności dóbr kultury (Dz.U. z 1974 r. Nr 20, poz. 106, zwana dalej Konwencją UNESCO/1970 r.) oraz Konwencja przyjęta 24 czerwca 1995 r. o skradzionych lub nielegalnie wywiezionych dobrach kultury (zwana dalej Konwencją UNIDROIT²⁰/1995) nie działają ze skutkiem wstecznym (*lex retro non agit*). W przeciwieństwie do dyrektywy Rady nr 93/7/EWG z marca 1993 r., która zawiera w tym zakresie wyjątek, gdyż przewiduje możliwość zwrotu dóbr kultury wywiezionych z terytorium państwa wysuwającego roszczenia także przed 1 stycznia 1993 r. Jest to bardzo korzystne posunięcie, ponieważ wiele cennych dóbr kultury zostało wywiezionych również przed tym okresem, a nawet w czasach bardziej odległych. W ustawodawstwie poszczególnych krajów powinny więc znaleźć się przepisy regulujące także tego typu przypadki.

Gwoli wyjaśnienia należy powiedzieć, że polska ustawa o ochronie zabytków i opiece nad nimi z lipca 2003 r., w rozdziale VI („Restytucja zabytków wywiezionych niezgodnie z prawem z terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej”) ma zastosowanie do zabytków wywiezionych niezgodnie z prawem z terytorium państwa członkowskiego UE po 31 grudnia 1992 r. Postępowanie restytucyjne może być

²⁰ UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law) – Instytut Ujednolicenia Prawa Prywatnego.

prowadzone po spełnieniu warunków opisanych w art. 64 analizowanej ustawy, tzn. musi:

1) to być zabytek o „szczególnym znaczeniu dla dziedzictwa kulturowego” państwa, z którego został on wywieziony, nigdzie nie podano jednak kto²¹, w jaki sposób, w jakiej formie i kiedy powinien dokonać wspomnianego aktu uznania,

2) mieścić się w jednej z kategorii wskazanych w ust. 1 lub 2 art. 64 uooz. Niemniej, ów akt normatywny powinien zawierać, jeżeli nie regulację, to chociaż pewne wytyczne dotyczące odzyskiwania dóbr kultury wywiezionych przed 31 grudnia 1992 r. (np. polonika szwedzkie; zabytki wywiezione w czasie II wojny światowej). Co więcej, wiele utraconych przez Polskę dóbr kultury znajduje się przecież także poza terytorium Unii Europejskiej. Oczywiście, oprócz dotychczas przedstawionych możliwości dochodzenia utraconych dóbr kultury, zastosowanie znajduje również protokół dyplomatyczny i konsularny.

Generalnie, aktualna regulacja wywozu zabytków za granicę w świetle prawa polskiego jest dość zliberalizowana. Problem stanowi natomiast kontrola wcielania tych przepisów w życie.

Dyrektywa Rady z 1995 r. i Konwencja UNIDROIT/1995 zawierają typowe dla wielu krajowych porządków prawnych ograniczenie zasady dobrej wiary. Może to jednak negatywnie wpłynąć na funkcjonowanie rynku antykwarycznego. Zatem ważne jest, aby zarówno instytucje kultury (np. biblioteki, muzea, galerie sztuki), jak i osoby prywatne sprawdzały pochodzenie danej rzeczy jeszcze przed jej nabyciem.

²¹ Na podstawie analizy art. 90 ust. 2 uooz można wyciągnąć wniosek, iż aktu uznania zabytku w powyższym kontekście w imieniu Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego powinien dokonywać Generalny Konserwator Zabytków. Powyżej wskazany artykuł podaje bowiem, że do zadań wykonywanych przez Generalnego Konserwatora Zabytków należy m.in.: prowadzenie krajowej ewidencji zabytków i krajowego wykazu zabytków skradzionych lub wywiezionych za granicę niezgodnie z prawem (art. 64 ust. 2 pkt 4 uooz); podejmowanie działań dotyczących troski o zabytki związane z historią Polski, pozostające poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (art. 64 ust. 2, ust. 14 uooz). Natomiast sprawa jest jasna co do tego, jaki organ jest właściwy do prowadzenia restytucji zabytku wywiezionego niezgodnie z prawem z terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej, ponieważ art. 65 ust. 1 uooz, tę kompetencję w sposób wyraźny przyznaje Ministrowi Kultury i Dziedzictwa Narodowego.

Przechodząc do dalszych rozważań, należy dodać, że transformacja ustrojowa, zapoczątkowana w Polsce w 1989 r., pociągnęła za sobą, m.in. zmianę zasad gospodarki finansowej instytucji kultury. Dotychczas instytucje kultury, zarówno artystyczne (np. teatry, filharmonie, opery, operetki), jak i upowszechniania kultury (np. biblioteki, muzea, domy kultury) finansowano na zasadach przewidzianych dla zakładów budżetowych. W nowych realiach ustrojowych budżet centralny odciążał się, przekazując większość zobowiązań finansowych w tej dziedzinie jednostkom samorządu terytorialnego²². Spowodowało to konieczność stosowania przez wiele instytucji kultury restrykcyjnej polityki finansowej.

Bulwersujące jest, że wzrost zadań stawianych instytucjom kultury oraz prywatnym właścicielom/posiadaczom zabytków odbywa się bez proporcjonalnego zwiększania środków finansowych. Oczywiście, sporą pomoc stanowi możliwość ubiegania się na przykład o odpowiednie na ten cel dotacje z Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego oraz fundusze unijne. Niestety, w tym drugim przypadku złożone i biurokratyzowane procedury sprawiają, że sporo osób nie jest w stanie samodzielnie wypełnić wniosków. W rezultacie, na początku XXI wieku w Polsce niewielka liczba instytucji kultury oraz osób prywatnych może w pełni realizować cele wymienione w art. 4 i 5 uoouz. Dają o sobie znać również zaszłości historyczne oraz powielanie niektórych rozwiązań prawnych z minionego ustroju politycznego²³.

Następny postulat *de lege ferenda*, ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami nie objęła regulacją dóbr kultury znajdujących się w bibliotekach i archiwach różnych religii i związków wyznaniowych oraz mniejszości, np. narodowościowych i etnicznych. Zachodzi więc pilna potrzeba podjęcia odpowiednich posunięć w tym wzglę-

²² Ustawa z 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (Dz.U. z 2006 r. Nr 227, poz. 1658 z późn. zm.).

²³ Przykładowo podnosi się, iż aktualnie obowiązująca ustawa o bibliotekach z 1997 r., jest „kalką” ustawy bibliotecznej pochodzącej z minionego ustroju, tzn. ustawy z 8 kwietnia 1968 r. (Dz.U. z 1968 r. Nr 12, poz. 63 z późn. zm.). Zob. T. Zarzębski, *Polskie prawo biblioteczne. Aneks I 1999–2000*, Warszawa 2000, s. 8.

dzie, zarówno prawnych, jak i faktycznych. Jeżeli kroki te nie zostaną podjęte, wielu cennych materiałów archiwalnych i bibliotecznych *etc.*, możemy w ogóle nie poznać, a co gorsza – bezpowrotnie utracić.

W art. 2 ust. 1 uooz znajduje się stwierdzenie, że ustawa nie narusza innych wymienionych w tym artykule aktów prawa polskiego (np. ustawy o bibliotekach, o muzeach²⁴, o ochronie przyrody²⁵, o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym²⁶, prawa budowlanego²⁷). Skoro tak, to ustawę o ochronie zabytków i opiece nad nimi z 23 lipca 2003 r. powinno się korygować i rewidować korelatywnie do innych gałęzi prawa RP poruszających tę problematykę. Dzisiaj pozostawia to wiele do życzenia. Niejeden akt normatywny zawiera bowiem przepisy rodem z minionego ustroju, a drugi poruszający zbliżoną lub tę samą tematykę – regulacje zupełnie nowe. W takich sytuacjach trudno o skoordynowane oraz zharmonizowane stosowanie prawa. Ów fakt wpływa zarazem na rozchwianie i brak stabilności w funkcjonowaniu wielu instytucji kultury. W świetle powyższego pożądane jest przyspieszenie nowelizacji oraz wydawania aktów prawnych (zwłaszcza rozporządzeń do ustaw), by nie pozostawiać tylko na etapie projektów. Samo prawo powinno przy tym odznaczać się dynamiką i normatywizmem.

Chciałabym także zwrócić uwagę na rolę społecznych opiekunów zabytków. W obowiązującej uooz status społecznych opiekunów zabytków został uregulowany w rozdziale X (art. 102–107). Pożądane jest, by rola społecznych opiekunów zabytków wzrastała, zwłaszcza wtedy, gdy stanowienie lub stosowanie prawa w tym zakresie jest sprzeczne ze standardami demokracji, państwa prawa oraz z zasadami powszechnie akceptowanymi na forum międzynarodowym.

²⁴ Ustawa z 21 listopada 1996 r. o muzeach (Dz.U. z 2005 r. Nr 64, poz. 565 z późn. zm.).

²⁵ Ustawa z 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (Dz.U. z 2005 r. Nr 130, poz. 1087 z późn. zm.).

²⁶ Ustawa z 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. z 2006 r. Nr 225, poz. 1635 z późn. zm.).

²⁷ Ustawa z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2006 r. Nr 193, poz. 1430 z późn. zm.).

Z tym wiąże się ponadto konieczność opracowywania w miarę kompleksowej oraz długoterminowej polityki kulturalnej państwa oraz odpolitycznianie organów w systemie ochrony i opieki nad zabytkami²⁸.

Obecnie wyłania się nadto konieczność harmonizacji prawa polskiego z prawem unijnym. Z całą pewnością, ten i jeszcze inne czynniki, w mniejszym lub większym stopniu wpływają i będą wpływać na kształt oraz organizację ochrony zabytków i opieki nad zabytkami we współczesnej i przyszłej Polsce.

²⁸ Konferencja „Europejskie Standardy Demokracji”, która odbyła się 17 maja 2007 r. w auli Auditorium Maximum Uniwersytetu Warszawskiego.

Agnieszka Zemke-Górecka

Prywatyzacja w ochronie zdrowia

Wprowadzenie

Instytucja, zwana w PRL „służbą zdrowia”, stanowiła zorganizowaną część administracji państwowej, gdzie zgodnie z koncepcją obywatelskiego prawa do świadczeń zdrowotnych, zapewniano całej ludności opiekę zdrowotną finansowaną z budżetu państwa. W 1989 r. wraz z transformacją systemu politycznego rozpoczęto dyskusję nad reformą zdrowotną. Uchwalenie w 1991 r. ustawy o zakładach opieki zdrowotnej¹ pozwalało na przeobrażenia w państwowym i prywatnym sektorze ochrony zdrowia. Ustawodawca wykluczył wówczas monopol państwa na zakładanie i prowadzenie zakładów opieki zdrowotnej. W 1999 r. podjęto próbę urynkowienia świadczeń medycznych poprzez zmianę zasad ich finansowania i wprowadzenie do systemu

¹ Tekst jednolity: Dz.U. z 2007 r. Nr 14, poz. 89.

takich kategorii jak cena, popyt, podaż. Ustawa z 6 lutego 1997 r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym² z uwagi na brak rzeczywistego rynku usług medycznych powołała kasy chorych, które przejęły funkcję „płatnika” usług medycznych. Ustawodawca, dostrzegając niedostatki infrastrukturalne publicznego sektora medycznego oraz zapewniając możliwość zawierania umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych pomiędzy dysponentami środków publicznych i niepublicznymi zakładami opieki zdrowotnej, dał podstawę do tworzenia ścisłych powiązań pomiędzy podmiotami zobowiązanymi do zaspokojenia potrzeb zdrowotnych społeczeństwa a niepublicznym sektorem usług zdrowotnych. Fundamentem przekształceń w systemie zdrowotnym było oddzielenie organu tworzącego zakład – właściciela od – dysponenta środków finansowych. Nastąpiło przekształcenie struktur jednostek budżetowych w zakłady samodzielne, wprowadzono prywatyzację świadczeń, na nieznaną dotychczas skalę tworzone praktyki lekarzy rodzinnych oraz indywidualne i grupowe praktyki lekarzy specjalistów. Drugą płaszczyzną zmian było wprowadzenie kontraktów w miejsce dotychczasowego budżetowego systemu finansowania świadczeń zdrowotnych. Administrację rządową w roli „płatnika” pozostawiono jedynie w zakresie wysokospecjalistycznych usług zdrowotnych. Jednostki samorządu terytorialnego zobowiązane są do finansowania świadczeń zdrowotnych w ramach profilaktycznych programów zdrowotnych. Kolejne reformy instytucjonalne³ do dziś nie zmieniły tego stanu rzeczy.

Władza publiczna zobowiązana jest do zapewnienia obywatelom, niezależnie od ich sytuacji materialnej, równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych. Każda ustawa o systemie ochrony zdrowia tworzona na bazie przepisu art. 68 Konstytucji powinna zawierać normy skierowane na realizację

² Dz.U. z 1998 r. Nr 133, poz. 872.

³ Ustawa z 23 stycznia 2003 r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym w Narodowym Funduszu Zdrowia, Dz.U. z 2005 r. Nr 78, poz. 684 oraz ustawa z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, Dz.U. z 2004 r. Nr 213, poz. 2161 z późn. zm.

konkretnego celu polegającego na ochronie zdrowia społeczeństwa. Trybunał Konstytucyjny uznał, że „z art. 68 ust. 1 Konstytucji należy wywieść podmiotowe prawo jednostki do ochrony zdrowia. Treścią prawa do ochrony zdrowia nie jest naturalnie jakiś abstrakcyjnie określony stan zdrowia poszczególnych jednostek, ale możliwość korzystania z systemu ochrony zdrowia, funkcjonalnie ukierunkowanego na zwalczanie i zapobieganie chorobom, urazom i niepełnosprawności”⁴. Celem każdego systemu zdrowotnego jest organizowanie, produkowanie i udzielanie świadczeń zdrowotnych tym, którzy tych świadczeń potrzebują, oraz używanie dostępnych zasobów wiedzy i technologii po to, aby zapobiegać i przynosić ulgę chorobie, niesprawności i cierpieniu w zakresie możliwym w istniejących warunkach. Prywatyzacja w ochronie zdrowia jest instrumentem, który pozwala na transfer własności publicznej do sektora prywatnego oraz umożliwia realizację zadań publicznych przez podmioty prywatne i w formach prawa prywatnego, powodując tym samym demonopolizację świadczeń przez określone zakłady użyteczności publicznej i dopuszczenie do wykonywania tych świadczeń przez zakłady prywatne na odpowiednich warunkach poprzez ich koncesjonowanie. Prywatyzacja publicznych zakładów opieki zdrowotnej polega na zmianie form tych zakładów i zarządzaniu nimi.

Prywatyzacja zadaniowa

Zdaniem S. Biernata, prywatyzacja zadań publicznych nie tworzy jednolitej instytucji prawnej, albowiem odzwierciedla ona zbiorcze określenie dla grupy rozwiązań prawnych obejmujących wszelkie przejawy odstępowania od wykonywania zadań przez podmioty administracji publicznej działające w formach prawa publicznego⁵. Rezygnacja z wy-

⁴ Wyrok TK z 7 stycznia 2004 r., K 14/2003, OTK Z U 2004, nr 1a, poz. 1.

⁵ S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, Warszawa–Kraków 1994, s. 25–40.

konywania zadań publicznych przez państwo i samorząd terytorialny w tradycyjnej formie powinna przyczynić się do lepszego zaspokojenia potrzeb.

Zagadnienie prywatyzacji zadań publicznych można rozpatrywać od strony podmiotowej, tzn. kategorii podmiotów mogących przejąć zadania administracji publicznej, jak i kategorii przedmiotowej, tj. kategorii zadań, które mogą być objęte tym procesem. Prywatyzacja od strony przedmiotowej w ochronie zdrowia obejmuje tę kategorię zadań publicznych, które mają charakter wykonawczy w ramach wcześniej ustalonego systemu przez ustawodawcę.

Kontraktowanie i koncesjonowanie to podstawowe formy prywatyzacji zadań publicznych w ochronie zdrowia. Prywatyzacja opiera się na decyzjach organów administracji publicznej oraz woli współdziałania podmiotu prywatnego, ale nie odbywa się w izolacji. Szerokie otoczenie społeczne osób, które korzystają z wykonywanych w tej sferze zadań wpływa na ich żywotne zainteresowanie w zakresie dostępności i staranności wykonywania świadczeń zdrowotnych.

Prywatyzacja w ochronie zdrowia od strony podmiotowej obejmuje pewną kategorię podmiotów, które mogą przejąć zadania administracji publicznej w systemie zdrowotnym. We wskazywanych relacjach elementy prawa prywatnego często przeplatają się z elementami administracyjnoprawnymi. Podstawową cechą jest nadrzędność podmiotu publicznego wobec niepublicznego, realizującego zadanie publiczne. Podmioty niepubliczne, realizując zadania administracji publicznej, znajdują się w położeniu względnej samodzielności wobec organów administracji publicznej, które nadal są odpowiedzialne za realizację zadań. Dokonywanie prywatyzacji zadań publicznych realizowanych w formach administracyjnoprawnych wymaga szczególnej rozwagi, ponieważ następuje prywatyzacja władztwa publicznego zakładowego.

W systemie ochrony zdrowia lecznictwo otwarte opiera się na jednostkach działających według reguł prawa prywatnego. Wśród zakładów udzielających świadczeń zdrowotnych całodobowo coraz częściej

obok samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej występują także niepubliczne zakłady opieki zdrowotnej, które uzyskały „administracyjną koncesję” i prowadzą działalność komercyjną, łącząc ze statusem świadczeniodawcy Narodowego Funduszu Zdrowia. Niepubliczne zakłady opieki zdrowotnej są przedsiębiorstwami koncesjonowanymi prywatnymi, którym z racji spełnianych funkcji wchodzących w zakres funkcji publicznej zostaje nadany charakter użyteczności publicznej. Na mocy rejestracji zakład opieki zdrowotnej zostaje dopuszczony do prowadzenia działalności polegającej na wykonywaniu zadań publicznych w ramach ochrony zdrowia. Zakłady administracyjne i organy administracji publicznej mogą przekazywać wykonywanie zadań podmiotom niepublicznym.

Realizacja świadczeń zdrowotnych na podstawie umowy z Narodowym Funduszem Zdrowia jest formą niewładczą realizacji zadań publicznych (z zachowaniem nielicznych wyjątków). Narodowy Fundusz Zdrowia powinien mieć zachowany wpływ na sposób ich wykonania poprzez możliwość kontroli. Istotne znaczenie ma jednak to, by zastąpienie regulacji administracyjnoprawnej regulacją cywilistyczną, przyczyniło się do utrzymania i ochrony praw jednostki. Warto zauważyć, że umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w świetle przepisu art. 155 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych⁶ ma charakter cywilnoprawny, ale przepisy kodeksu cywilnego stosujemy do niej na zasadzie subsydiarności⁷. Zgodnie z orzecnictwem Sądu Najwyższego⁸ nie jest zwykłą umową, albowiem za tym kontraktem stoi ważny interes publiczny, w którym nie można pominąć celu społeczno-gospodarczego przyświecającego umowom o świadczenia zdrowotne, którym jest dążenie do zapewnienia możliwie najpełniejszej opieki medycznej. Cel ten

⁶ Ustawa z 27 sierpnia 2004 r., Dz.U. Nr 210, poz. 2135.

⁷ Wyrok Sądu Najwyższego, III CK 134/04 (bez daty), „Rzeczpospolita”, 15 grudnia 2004.

⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z 1 stycznia 2006 r., I CSK 178/2006, „Rzeczpospolita” 2006, nr 245, s. C2 (por. wyrok Sądu Najwyższego z 28 czerwca 2005 r., I CK 821/2004, podobnie w wyrokach: z 15 grudnia 2004 r., IV CK 361/2004, czy z 5 sierpnia 2004 r., III CK 365/2003).

wynika z ustawy o ubezpieczeniu zdrowotnym i musi być uwzględniany przy wykonywaniu umowy. Jak bowiem wskazał Sąd Najwyższy, „czynności prawne nie stanowią wyłącznego źródła zobowiązań i nie wyczerpują obiektywnej ich treści (art. 56 kc). Dlatego ustalenie zobowiązań świadczeniodawców nie może pomijać norm adresowanych do zakładów opieki zdrowotnej oraz personelu medycznego”. Interpretacja umowy o udzielaniu świadczeń zdrowotnych nie może abstrahować od podstawowych założeń systemu opieki zdrowotnej, w ramach którego bezwzględny obowiązkiem organizatora tej opieki jest zapewnienie dostępu do świadczeń zdrowotnych w sytuacjach niecierpiących zwłoki z powodu zagrożenia życia lub zdrowia. Judykatura opowiada się za niedopuszczalnością konstruowania w umowach stanowiących podstawę udzielania świadczeń zdrowotnych wiążącego limitu świadczeń w przypadkach niecierpiących zwłoki bez jednoczesnego ustalenia niezbędnych przedsięwzięć organizacyjnych na wypadek wyczerpania limitu i uznał taką klauzulę umowną za nieważną w rozumieniu art. 58 § 3 kc.

Zdaniem A. Błasia⁹, z chwilą przekazania zadania traci ono prawnie swój charakter zadania publicznego i staje się usługą publiczną realizowaną przez podmiot prywatny, a jednostka przestaje być podmiotem prawa publicznego i staje się świadczeniobiorcą – podmiotem prawa prywatnego. Moim zdaniem, kontraktowanie świadczeń zdrowotnych powoduje, że świadczenie zdrowotne z publicznego prawa podmiotowego staje się prywatnym prawem podmiotowym, w szczególności wówczas, gdy świadczenie jest udzielane przez podmiot prawa prywatnego. Pacjent w pierwszym rzędzie nie korzysta ze swych konstytucyjnych i ustawowo określonych praw podmiotowych, albowiem jego status wyznacza umowa z „płatnikiem” świadczeń zdrowotnych oraz regulamin udzielania świadczeń zdrowotnych, który obowiązuje

⁹ A. Błaś, *Formy działania administracji w warunkach prywatyzacji zadań publicznych*, [w:] *Administracja i prawo administracyjne u progu trzeciego tysiąclecia. Materiały konferencji naukowej Katedr Prawa i Postępowania Administracyjnego*, Łódź 2000, s. 30.

w zakładzie opieki zdrowotnej. Podzielam opinię A. Błasia¹⁰, że podmiot prywatny na podstawie umowy przyjmuje do wykonania zadanie publiczne, ale realizując je, wykonuje usługę publiczną, kierując się logiką gospodarki rynkowej, zasadą rentowności, zysku i racjonalności działania. Na podstawie kontraktu podmiot niepubliczny zobowiązuje się do dostarczenia określonych dóbr lub usług, a organ administracji publicznej do zapłaty wynagrodzenia, pozostawiając w swoim zakresie instrumenty kontrolne. A. Błaś z tych względów postuluje o obligatoryjne wprowadzenie klauzul zobowiązujących do świadczenia usług w sposób ciągły, nieprzerwany, z uwzględnieniem zasady równości i powszechnego dostępu do świadczeń, a także klauzul wykluczających możliwość nakładania na świadczeniobiorców obowiązków nie uzasadnionych specyfiką świadczenia, a w szczególności opłat za świadczenia.

Prywatyzacja zarządcza

Prywatyzacja zarządcza wiąże się z funkcjonowaniem samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej i obejmuje trzy formuły: prywatyzację zarządzania, subkontraktowanie oraz outsourcing.

W myśl przepisu art. 44 ust. 4 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej podmiot, który utworzył publiczny zakład opieki zdrowotnej, nawiązuje z kierownikiem tego zakładu stosunek pracy na podstawie powołania, umowy o pracę albo zawiera z nim umowę cywilnoprawną, tzw. kontrakt menedżerski. Jak podnosi D. Safjan¹¹, strony umowy cywilnoprawnej mają prawnie nieograniczoną swobodę w ukształtowaniu wzajemnych relacji, zależności pomiędzy zakresem obowiązków i osiąganiem pożądaných rezultatów. Odmienny jest także zakres i przesłanki ewentualnej odpowiedzialności na wypadek niewywią-

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ D. Safjan, *Umowy o zarządzanie zakładami opieki zdrowotnej*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 3, s. 29.

zania się którejkolwiek ze stron z określonych umową obowiązków. Słusznie zauważa Z. Kubot¹², iż brak wskazania w umowie o zarządzaniu konkretnych celów, które ma osiągać zarządca, brak wynikowych obowiązków czy też ujmowanie, że celem umowy jest sprawne zarządzanie, w praktyce oznacza, że umowa nie zapewni podniesienia efektywności zakładu opieki zdrowotnej ani też realizacji strategii organu założycielskiego względem publicznego zakładu opieki zdrowotnej. Wydaje się, że ograniczenia, z którymi w obrocie prawnym spotyka się kierownik ZOZ, nie pozwalają na wykorzystanie kontraktu menedżerskiego jako prywatyzacji zarządzania zakładem opieki zdrowotnej. Konstrukcja prawna umowy o zarządzanie w aspekcie nawiązania jej z kierownikiem SPOZ budzi wiele kontrowersji. Przede wszystkim pojawia się pytanie, kto jest stroną tej umowy – czy publiczny zakład opieki zdrowotnej czy organ założycielski? Czy należy stosować zamówienia publiczne w celu jej zawarcia?

Zgodnie z przepisem art. 44 ust. 4 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, organ założycielski uprawniony jest do zawarcia i rozwiązania umowy o zarządzanie. Działa on wówczas w ramach własnych uprawnień, ale ze skutkiem dla osoby trzeciej – to publiczny zakład opieki zdrowotnej. Zdaniem Z. Kubota¹³, obowiązujące przepisy prawne przemawiają na rzecz uznania organu założycielskiego jako strony umowy o zarządzanie. Nie zgadzam się z tym, ponieważ uprawnienia podmiotu, który zakład utworzył, wynikają z istoty konstrukcji (struktury) osoby prawnej, a zatem stroną umowy jest publiczny zakład opieki zdrowotnej, który ponosi skutki finansowe i wszystkie inne określone umową oraz przepisami prawa.

Zdaniem Z. Kubota¹⁴, kontrakt menedżerski w przypadku publicznego zakładu opieki zdrowotnej należy traktować jako umowę

¹² Z. Kubot, *Umowa o zarządzanie samodzielnym publicznym zakładem opieki zdrowotnej*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 1, s. 55.

¹³ Idem, *Status kierownika samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej*, Wrocław 2001, s. 104.

¹⁴ Idem, *Kontrakty menedżerskie średniej kadry kierowniczej*, Wrocław 1990, s. 38.

o zatrudnienie, zważywszy na to, iż kierownikiem publicznego zakładu opieki zdrowotnej może być wyłącznie osoba fizyczna, a pełnienie tej funkcji nie może przybierać formy działalności gospodarczej. W pewnym sensie potwierdza to art. 5 ust. 4 ustawy o wynagradzaniu osób kierujących niektórymi podmiotami prawnymi, zgodnie z którym przez zatrudnienie należy rozumieć świadczenie pracy lub usług związanych z zarządzaniem na rzecz podmiotu, niezależnie od podstawy nawiązania stosunku pracy lub treści umowy cywilnoprawnej. Argumentacja Z. Kubota, iż jest to umowa o zatrudnienie¹⁵, mogłaby być zasadna w kontekście art. 22 § 1¹ lub § 1² kp. Zgodnie z orzeczeniem SN z 13 lipca 2005 r.¹⁶, w razie powołania lub zawarcia umowy o pracę z kierownikiem samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej, nawiązuje się stosunek pracy regulowany przez prawo pracy, a na podstawie umowy cywilnoprawnej stosunek zatrudnienia, do którego nie stosuje się zamówień publicznych¹⁷. Jednakże w świetle orzecznictwa sądów powszechnych¹⁸ zarządzanie publicznym zakładem opieki zdrowotnej jest wykonywaniem usług, a zatem zawarcie kontraktu menedżerskiego powinno nastąpić z kandydatem wyłonionym w drodze postępowania o zamówienie publiczne, bowiem wymaga to procedur jawnych i obiektywnych, gwarantujących uczciwe i efektywne gospodarowanie środkami publicznymi.

¹⁵ Idem, *Umowa o zarządzanie samodzielnym publicznym zakładem opieki zdrowotnej*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 1, s. 55.

¹⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 13 lipca 2005 r., CK 33/2005, OSNC 2006, nr 6, poz. 104.

¹⁷ Orzeczenie dotyczy art. 44 ust. 4 w brzmieniu sprzed zmiany wprowadzonej na podstawie art. 24 ustawy z 21 stycznia 2000 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem administracji publicznej (Dz.U. z 2000 r. Nr 12 poz. 136). Art. 44 w zakresie dotyczącym powoływania kierownika publicznego zakładu opieki zdrowotnej był nowelizowany trzykrotnie. Poczynając od jego pierwszej nowelizacji, dokonanej ustawą z 20 czerwca 1997 r. o zmianie ustawy o zakładach opieki zdrowotnej oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 1997 r. Nr 104, poz. 661), przepis ten przewiduje trzy sposoby zatrudnienia kierownika publicznego zakładu opieki zdrowotnej: powołanie, umowę o pracę i umowę cywilnoprawną.

¹⁸ Wyrok Sądu Administracyjnego w Warszawie z 2004 r., I Aca 1477/03, „Wokanda” 2005, nr 9, s. 42.

Moim zdaniem, umowa o zarządzanie bezsprzecznie należy do umów cywilnoprawnych nienazwanych, w których strony korzystają z szerokiej autonomii kształtowania jej treści. Zważywszy, iż jest to forma świadczenia usług, przy jej zawieraniu należy stosować procedurę określoną w ustawie Prawo zamówień publicznych¹⁹. O powodzeniu prywatyzacji zarządzania decyduje kwestia prawidłowego ustalenia warunków umownych o zarządzanie daną jednostką organizacyjną, które gwarantowałyby należyte wykonywanie zadań publicznych i uwzględniałyby położenie obywateli, odbiorców świadczeń, a równocześnie chroniłyby interesy zarządcy²⁰.

Kierownik zakładu opieki zdrowotnej oraz organ założycielski publicznego zakładu opieki zdrowotnej zostali upoważnieni do kontraktowania usług o charakterze medycznym i niemiedycznym. Legitymacją do podejmowania takich działań są przepisy art. 35, 35a i w zw. z 53 ust. 2 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej. Kierownik zakładu pozostawia w swoim ręku tzw. władztwo zakładowe, jak też funkcje zarządcze, kontrolne i regulacyjne. Warto w tym miejscu odnieść się do nowelizacji ustawy o zakładach opieki zdrowotnej z 2006 r., zgodnie z którą zakazuje się prowadzenia działalności polegającej na udzielaniu takich samych świadczeń zdrowotnych, które są udzielane przez ten zakład z wyjątkiem świadczeń z zakresu podstawowej opieki zdrowotnej i stomatologii, innym zakładom opieki zdrowotnej utworzonym przez spółki, stowarzyszenia lub fundacje, jak też lekarzom lub lekarzom stomatologom wykonującym zawód w formie indywidualnej praktyki lekarskiej, indywidualnej specjalistycznej praktyki lekarskiej lub grupowej praktyki lekarskiej oraz pielęgniarkom lub położonym wykonującym zawód w formie indywidualnej praktyki pielęgniarki lub położnej, indywidualnej specjalistycznej praktyki pielęgniarki lub położnej, a także indywidualnej lub grupowej praktyki pielęgniarek i położnych oraz innym podmiotom.

¹⁹ Dz.U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177.

²⁰ S. Biernat, *op. cit.*, s. 112.

Wydaje się, że dyspozycja art. 1 ust. 4 ustawy o ZOZ niweluje przepisy art. 35, 35a tej samej ustawy, pozwalające na subkontraktowanie świadczeń medycznych w ramach zakładu. Uważam, że jest ona niekonstytucyjna.

Regulacja prawna tzw. subkontraktów opiera się na samodzielności występowania w obrocie prawnym samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej i swobodzie kontraktowania w trybie przepisu art. 35 i 35a w związku z art. 53 ust. 2 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, z niepublicznym zakładem opieki zdrowotnej, osobą wykonującą zawód medyczny w ramach indywidualnej praktyki lub indywidualnej specjalistycznej praktyki lekarskiej czy też pielęgniarstwa, grupowej praktyki lekarskiej i grupowej praktyki pielęgniarstwa, położnych²¹.

Umowa o udzielenie zamówienia na świadczenie zdrowotne jest umową nazwaną, kwalifikowaną podmiotowo, pod rygorem nieważności zawierana jest na piśmie. Kontrakt ten cechuje specyficzna szczegółowa regulacja określona przepisami art. 35, 35a ustawy o zakładach opieki zdrowotnej oraz rozporządzeniem Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z 13 lipca 1998 r. w sprawie umowy o udzielenie zamówienia na świadczenie zdrowotne²², które określiło jej treść oraz sposób zawarcia. Umowa zawierana jest na czas określony, co do zasady, nie krótszy niż trzy miesiące.

O zawarciu kontraktu decyduje wynik ogłoszonego i przeprowadzonego przez udzielającego zamówienia konkursu ofert, który rozstrzyga komisja w składzie co najmniej 3 członków. SPZOZ jako udzielający zamówienia zobowiązuje się do zapłaty ze środków publicznych za wykonywane świadczenia na zasadach określonych w umowie.

Wymogi stawiane przez ustawę co do *essentialia negotii* kontraktu nie eliminują swobody i wolności w kształtowaniu jego treści. Kwalifikacja umowy o udzielenie zamówienia na świadczenie zdrowotne

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

²² Dz.U. z 1998 r. Nr 93, poz. 592.

w dziedzinie prawa cywilnego powinna być spójna z kwalifikacją uregulowań wynikających z innych dziedzin prawa²³.

Prywatyzacja usług o charakterze niemiedycznym, tzw. outsourcing, następuje w trybie przepisu art. 53 ust. 2 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej i daje możliwość prywatyzacji usług pomocniczych. Odbывается ona przez zawieranie umów z podmiotami zewnętrznymi (np. z przedsiębiorstwem zajmującym się sprzątaniem), które przejmują wykonywanie określonych usług pomocniczych na podstawie umów cywilnoprawnych. Jednocześnie przedsiębiorstwo takie przejmuję pracowników SPZOZ zgodnie z art. 23¹ kp. Uzasadnieniem podejmowanych przez kierownika zakładu opieki zdrowotnej działań jest rachunek ekonomiczny.

Prywatyzacja organizacyjna

Wśród form prywatyzacyjnych warto wyróżnić prywatyzację organizacyjną. Nie ma ona określonych podstaw prawnych w ochronie zdrowia. Prywatyzacja organizacyjna przybiera dwie formy. Pierwsza z nich – prywatyzacja majątkowa, wiąże się ze zmianą podmiotu własności zorganizowanego majątku zlikwidowanego publicznego zakładu opieki zdrowotnej, natomiast druga – prywatyzacja ustrojowa, powoduje zmianę cech podmiotu publicznego wykonującego zadania na podmiot prawa prywatnego. W przypadku prywatyzacji majątkowej²⁴ mamy do czynienia zarówno z prywatyzacją majątku, jak i prywatyzacją zadań publicznych. Prywatyzacja ustrojowa prowadzi do zmiany statusu samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej na niepubliczny zakład opieki zdrowotnej prowadzony przez spółkę prawa handlowego.

²³ Z. Kubot, *Umowa o udzielenie zamówienia na świadczenie zdrowotne*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 8, s. 16.

²⁴ S. Biernat, *op. cit.*, s. 35.

Prywatyzacja majątkowa (jako kategoria prywatyzacji organizacyjnej) wiąże się z przyjmowaniem zadań publicznych i, zdaniem S. Biernata²⁵, aby mogła być uznana za przedsięwzięcie udane, muszą być spełnione dwa warunki – po pierwsze, występuje w danym czasie i miejscu podmiot niepubliczny – przyszły właściciel, który jest w stanie ulokować środki finansowe niezbędne do nabycia majątku państwowego lub komunalnego i do wykonywania zadań publicznych, odciążając w ten sposób państwo lub samorząd terytorialny. Po drugie, tenże podmiot wykonuje prawidłowo zadania publiczne, a podmioty administracji publicznej sprawują skuteczny nadzór nad jego działalnością. Mankamentem tego rodzaju prywatyzacji jest to, że podmioty administracji publicznej tracą wpływ na sposób wykorzystania majątku w przyszłości. Jak wskazuje S. Biernat, występuje obawa dokonywania zmian przedmiotu działania przedsiębiorstw lub zakładów przez nowego właściciela i odstępowania od wykonywania zadań publicznych albo pogarszania warunków świadczeń kosztem obywateli – odbiorców tych świadczeń²⁶, dlatego też bardziej zasadne wydaje się wykorzystanie umów cywilnoprawnych – najmu, dzierżawy, które pozwolą podmiotowi prywatnemu na wykorzystanie mienia, ale nie dojdzie do przeniesienia własności, a w związku z tym podmioty administracji publicznej nie stracą wpływu na sposób wykorzystania mienia, a tym samym będą w stanie oddziaływać na wykonywanie zadań przez podmioty niepubliczne. W umowach określających przeznaczenie majątku ustala się prawa i obowiązki stron związane z wykonywaniem zadań publicznych. Jednakże umowy w sposób istotny uzależniają podmioty niepubliczne, które być może nie będą chciały wykorzystać tej formy prywatyzacji.

Warto zauważyć, że podejmowano próby uregulowania ustawowego prywatyzacji zakładów opieki zdrowotnej, które jednak kończyły się na etapie projektów. Założenia Ministerstwa Zdrowia²⁷ w tym zakresie

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ Założenia do ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji samodzielnych publicznych zakła-

początkowo odnosiły się do ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych. Twórcy projektu ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji SPZOZ przyjmowali, że komercjalizacja polegać będzie na przekształceniu SPZOZ w spółkę kapitałową wstępującą we wszystkie stosunki prawne, których podmiotem był zakład, bez względu na charakter prawny tych stosunków; zatem będziemy mieli do czynienia z sukcesją generalną. Prywatyzacja polegać miała albo na zbywaniu akcji lub udziałów spółek powstałych w wyniku komercjalizacji, a należących do Skarbu Państwa albo jednostek samorządu terytorialnego, w ramach tzw. prywatyzacji pośredniej, albo też na rozporządzeniu w ramach prywatyzacji bezpośredniej wszystkimi składnikami materialnymi i niematerialnymi majątku zakładu, na zasadach określonych ustawą, przez sprzedaż, wniesienie do spółki lub oddanie do odpłatnego korzystania.

Prywatyzacja likwidacyjna miała mieć na celu zabezpieczenie interesu majątkowego organów założycielskich SPZOZ. W przypadku sprzedaży całości majątku należałoby stosować przetarg publiczny, na zasadzie wyjątku w trybie rokowań (w przypadku sprzedaży byłym pracownikiem). W przypadku leasingu składników majątku należności za korzystanie powinny być ustalone na podstawie ich wartości rynkowej. Zgodnie z założeniami, do projektu ustawy proponowano przyjęcie zasady, że oddanie majątku zakładu do odpłatnego korzystania może nastąpić tylko na rzecz spółki spełniającej łącznie następujące wymagania: do spółki przystąpiła ponad połowa ogólnej liczby pracowników zakładu, pracownicy objęli nie mniej niż 25% akcji lub udziałów, a kapitał zakładowy jest nie mniejszy niż 25% sumy funduszu założycielskiego i funduszu zakładu²⁸.

W 2004 r. opracowano nową koncepcję funkcjonowania zakładów opieki zdrowotnej, która miała opierać się na spółkach użyteczności publicznej (SUP). Zgodnie z projektem byłyby to spółka, w której jednostka samorządu terytorialnego, minister lub centralny organ admini-

dów opieki zdrowotnej, „Antidotum” 2001, nr 7, s. 15.

²⁸ *Ibidem*.

stracji rządowej, wojewoda, uczelnia medyczna prowadząca działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych, posiadałaby co najmniej 75% udziałów lub akcji. Podmiotem uprawnionymi do dokonywania przekształcenia był organ wykonawczy właściwej jednostki samorządu terytorialnego – w odniesieniu do SPZOZ utworzonych przez jednostki samorządu terytorialnego albo minister skarbu – w odniesieniu do SPZOZ utworzonych przez ministra lub centralny organ administracji rządowej, wojewodę oraz jednostkę badawczo-rozwojową albo rektor uczelni – w odniesieniu do SPZOZ utworzonych przez uczelnię prowadzącą działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych. Projekt przewidywał przekształcenie fakultatywne, które mogło nastąpić do 1 stycznia 2006 r. na wniosek: kierownika SPZOZ poparty przez ponad 50% pracowników, jak też na wniosek organu założycielskiego lub z inicjatywy organu założycielskiego oraz obligatoryjnie albo po restrukturyzacji zadłużenia, albo „z mocy prawa” poprzez wykonanie ustawowego obowiązku dokonania przekształcenia 1 stycznia 2006 r. Nie doszło do uchwalenia ustawy.

Uważam, iż postulatem determinującym proces prywatyzacyjny SPZOZ jest konieczność zapewnienia ciągłości udzielania świadczeń zdrowotnych ubezpieczonym. Obecnie każdy proces zmian organizacyjnych zależy od decyzji organu założycielskiego. Nietrudno dopatrzeć się tutaj pewnej analogii do prawa spółek, gdzie organ właścicielski decyduje o przekształceniu spółki, jej podziale czy też likwidacji. Organ założycielski decyduje również o metodzie prywatyzacyjnej SPZOZ, a ponadto z należytą starannością powinien opracować strategię poszczególnych etapów zmian organizacyjno-własnościowych zakładu w celu opracowania planów dotyczących rozwiązań instytucjonalnych i strukturalnych w kontekście prywatyzacji. Prawidłowe przeprowadzenie procesu prywatyzacyjnego powinno zostać poprzedzone stosownymi analizami, których celem jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy dany zakład może i czy powinien być sprywatyzowany. Celem działań prywatyzacyjnych, oprócz urynkwienia zakładów, jest upatrywanie w prywatyzacji rozwiązania zapewniającego efektywny rozwój sektora

opieki zdrowotnej poprzez dopływ kapitału zewnętrznego skutecznie wspomagającego ten sektor. W kontekście zaangażowania dodatkowego kapitału pozwalającego na „dopływ” środków finansowych do publicznej służby zdrowia, należy rozstrzygnąć, jaki rodzaj inwestora daje największą gwarancję pobudzenia przeprowadzonej operacji.

Proponowałabym przyjęcie jednej z dwóch form prywatyzacyjnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej, a mianowicie prywatyzacji kapitałowej lub likwidacyjnej (całkowitej lub częściowej – w zależności od zakresu przejmowanych zadań. Prywatyzacja całkowita polega na przejęciu działalności, majątku i – na zasadzie 23¹ kp – pracowników zlikwidowanego w tym celu SPZOZ przez niepubliczny ZOZ, utworzony przez podmiot, który nabył od organu założycielskiego mienie SPZOZ).

W przypadku prywatyzacji kapitałowej wolą organu założycielskiego jest przekształcenie własności publicznej w prywatną, ale z zachowaniem wpływu organu założycielskiego na jakość wykonywanych usług oraz sposób wykorzystania wniesionego do powstającej spółki majątku. Prywatyzacja likwidacyjna prowadzi do przejęcia zarówno zadań, jak i składników mienia SPZOZ przez podmiot prywatny, w szczególności NZOZ. W wyniku przeprowadzenia prywatyzacji likwidacyjnej – w odróżnieniu od kapitałowej – podmioty administracji publicznej w żaden sposób nie uczestniczą w zarządzaniu podmiotem, który w ramach prywatyzacji przejął zadania i składniki mienia zlikwidowanego SPZOZ. Prywatyzacja likwidacyjna sprowadza się w zasadzie do sprzedaży bądź przekazania go do korzystania, czy to w oparciu o ustanowienie ograniczonego prawa rzeczowego (użytkowanie), czy też stosunku zobowiązaniowego (np. najem, dzierżawa, leasing). W każdym przypadku należy dokonać oszacowania wartości składników mienia SPZOZ przy użyciu wybranej metody²⁹. Dla potrzeb proce-

²⁹ A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych*, t. 2: *Komentarz do art. 301–633 ksh*, Kraków 2002, s. 1099–1100. W piśmiennictwie dotyczącym wyceny składników mienia przedsiębiorstwa wskazuje się na następujące metody: wartości rynkowej, wartości księgowej, wartości generalnej siły nabywczej pieniądza, wartości bieżącej w podejściu dochodowym, wartości bieżącej opartej na wycenie składników majątku z wykorzystaniem metody kosztów odtworzenia lub metody uplyn-

su wyceny istotne jest rozróżnienie terminów wartości majątku zakładu i wartości majątku zakładu – przedsiębiorstwa. Wartość majątku zakładu stanowi sumę wartości jego składników, natomiast wartość zakładu – przedsiębiorstwa to zdolność jego majątku do przynoszenia dochodu. Każdy przedmiot wyceny, a zwłaszcza skomplikowany organizm SPZOZ, wymaga zastosowania właściwej metody wyceny i indywidualnego podejścia. Niezbędne jest zatem przebadanie warunków jego funkcjonowania, ocena statusu prawnego majątku, doświadczeń technologicznych, perspektyw rozwoju, kadry zarządczej i wykonawczej. Wycena składników mienia powinna stanowić podstawową wartość w przypadku sprzedaży i ustalania wynagrodzenia z tytułu korzystania z majątku publicznego, zwłaszcza w przypadku leasingu z opcją wykupu. Dokonanie opisanych czynności, a zatem określenie perspektyw SPZOZ, umożliwia podjęcie decyzji w sprawie konieczności dokonania restrukturyzacji SPZOZ, bądź jego likwidacji i prywatyzacji jego mienia.

Podsumowanie

Prywatyzacja powinna być oparta na racjonalnych przesłankach, bardzo dokładnej analizie możliwości zaistnienia zakładu w nowej formule organizacyjno-prawnej. Organy założycielskie powinny stymulować kadrę zarządzającą zakładem, jak też samych pracowników zakładu do podejmowania czynności prywatyzacyjnych, gdyż prywatyzacja SPZOZ na szczeblu powiatu i gminy wydaje się nieuniknioną konsekwencją transformacji systemowych w Polsce.

W przypadku całkowitej prywatyzacji likwidacyjnej istotne dla całego procesu jest zaangażowanie całego zespołu osób tworzących zakład i wsparcie organów założycielskich. Proces prywatyzacji musi opierać

nienia netto. Wyceną w potocznym znaczeniu nazywa się określenie ceny, czyli wyznaczenie stosunku pomiędzy jednostkami pieniężnymi waluty krajowej, a jednostkami naturalnymi szeroko pojętych rzeczy i zjawisk gospodarczych.

się na racjonalnych przesłankach i bardzo dokładnej analizie możliwości zaistnienia zakładu w nowej formule organizacyjnoprawnej. Wbrew utartym poglądom, że prywatyzacja zakładów to rola przeznaczona organom założycielskim, należy stwierdzić, że publiczne podmioty tworzące zakłady opieki zdrowotnej powinny stworzyć odpowiednią atmosferę dla przekształceń własnościowych, poprzez wspieranie oddolnych inicjatyw prywatyzacyjnych. W przypadku publicznych zakładów opieki zdrowotnej działania odgórne mogą spowodować brak akceptacji społecznej dla wprowadzonych zmian i skutecznie zablokować przygotowywane przedsięwzięcie. Gdy inicjatywa sprywatyzowania zakładu wyjdzie od samych pracowników zakładu i gdy będą oni mogli aktywnie uczestniczyć we wszystkich fazach procesu przekształceń, zaistnienie zakładu w nowej formie na rynku daje szansę powodzenia. Nie można jednak przyjąć, że podmiot prywatny dostarczający usług zdrowotnych jest zawsze lepszy od podmiotu publicznego. Jeśli proces prywatyzacji w opiece zdrowotnej ma przebiegać w sposób korzystny z punktu widzenia interesu społecznego oraz uczestników udzielania świadczeń zdrowotnych – świadczeniobiorcy, świadczeniodawcy, płatnika – konieczne są regulacje ustawowe, a nie dowolność wypracowanych postaw. Na obecnym etapie prywatyzacja zakładów opieki zdrowotnej stanowi o dostępie do świadczeń zdrowotnych wykonywanych przez zakłady opieki zdrowotnej, które pozbyły się statusu podmiotu prawa publicznego. Z punktu widzenia organu założycielskiego istotny jest brak konieczności angażowania środków publicznych w rozwój zakładu, a często finansowanie bieżącej działalności podporządkowanych jednostek. Prywatyzacja jednostek w ochronie zdrowia w Polsce dla lecznictwa otwartego jest już faktem, natomiast dla lecznictwa zamkniętego wydaje się bliską przyszłością.

Słabość nadzoru właścicielskiego podmiotów administracji publicznej, jak też konieczność pozyskania kapitału prywatnego oraz potrzeba wprowadzenia profesjonalnego zarządzania instytucjami zdrowotnymi, a także ukrócenie moralnego hazardu lekarzy przemawiają za celowością procesów prywatyzacyjnych. Prywatyzacja nie powinna

być celem samym w sobie, lecz narzędziem umożliwiającym osiągnięcie zakładanych celów społecznych. Oznacza ona również zmniejszenie obciążeń sektora publicznego z tytułu zapewniania świadczeń publicznych.

Brak doświadczenia organów administracji publicznej utrudnia przeprowadzanie przedsięwzięć prywatyzacyjnych. W ramach przekazywania zadań publicznych w drodze umów musi być chroniony interes publiczny, a jednocześnie muszą one zapewniać samodzielność podmiotów niepublicznych oraz opłacalność ich działalności. Brakuje doświadczeń dotyczących zasad i sposobu sprawowania nadzoru i kontroli ze strony organów administracji publicznej nad podmiotami niepublicznymi wykonującymi powierzone im zadania.

Marek Balicki

Obecny kształt służby cywilnej w Polsce a tendencje światowe

„Liczę na was jak na moich generałów”
Napoleon Bonaparte do swoich urzędników

Służbę cywilną, jako grupę wysoko wykwalifikowanych urzędników, którzy są neutralni politycznie i działają mimo powyborczych zmian na szczytach władzy, tworzy się w państwach demokratycznych przede wszystkim po to, by sprawniej rządzić państwem, a także lepiej obsługiwać obywateli i organy władzy. Urzędnicy realizują założenia polityczne rządu, czyli polityków wybranych w demokratycznych wyborach, których idee są popularne w społeczeństwie przynajmniej na dzień wyborów. Przykłady wszystkich demokratycznych państw wskazują, że taka grupa „wysoko wykwalifikowanych urzędników” powinna istnieć, przemawia też za tym fakt, iż wymiana całego bądź większości aparatu administracji rządowej musiałaby mieć negatywny wpływ na działalność państwa, przynajmniej do czasu opanowania przez nowych urzędników procedur urzędowych i innych niezbędnych tajników pra-

cy urzędnika. Sporna jest natomiast kwestia, jak ma wyglądać ta grupa, czyli kto ma się do niej zaliczać, jakie powinna mieć uprawnienia i jak zapewnić jej profesjonalizm i neutralność polityczną. Spory o koncepcje wciąż trwają, a ich efektem są działania także naszego ustawodawcy w tym zakresie. Ostatnie poważniejsze z 24 sierpnia 2006 r.¹, kiedy to została uchwalona przez sejm kolejna, trzecia już ustawa o służbie cywilnej – licząc po 1989 r. (z 1996 i 1998 r.), a czwarta, jeżeli liczyć przedwojenną ustawę o państwowej służbie cywilnej (z 1922 r.). Zmiany te prasa określiła jako „koniec służby cywilnej” lub „zagłada niechcianego korpusu”² oraz opatrzyła innymi nieprzychylnymi tytułami, z których wynikała głęboka niechęć do nowych rozwiązań³.

Przegląd wprowadzonych zmian w służbie cywilnej

Regulacje dotyczące służby cywilnej zawarte są obecnie w ośmiu rozdziałach wspomnianej ustawy z 24 sierpnia 2006 r. W poprzedniej był nadto rozdział: „Obsadzanie wyższych stanowisk w służbie cywilnej”, który jednak usunięto, w związku z tym, że stanowiska te znalazły się poza służbą cywilną, w tzw. „państwowym zasobie kadrowym”⁴, czyli zbiorze kandydatów na wysokie stanowiska państwowe, będące stanowiskami kierowniczymi w administracji rządowej. Wzajemne relacje pomiędzy służbą cywilną a wysokimi stanowiskami państwowymi, które to grupy stanowisk składają się na administrację rządową, moż-

¹ Ustawa o służbie cywilnej z 24 sierpnia 2006 (Dz.U. z 2006 Nr 170, poz. 1218), zmiany: Dz.U. z 2007 Nr 123, poz. 847; Dz.U. z 2006 Nr 218, poz. 1592; Nr 249, poz. 1832, zwana dalej ustawą o sc.

² *Zagłada niechcianego korpusu – dylematy polityków ze służbą cywilną*, „Polityka” 2006, nr 25, s. 32.

³ R. Grochal, D. Uhli, *PiS robi rewolucję w służbie cywilnej*, „Gazeta Wyborcza”, 22–23 lipca 2006; G. Praczyk, *Opozycja zaskarży przepisy o służbie cywilnej*, „Rzeczpospolita”, 24 lipca 2006; M. Wójcik, *Inna służba*, „Nasz Dziennik”, 24 lipca 2006; (KLUB, PAP), *Podzwonne dla Służby Cywilnej*, „Trybuna”, 24 lipca 2006.

⁴ Reguluje te kwestie Ustawa o państwowym zasobie kadrowym i wysokich stanowiskach państwowych z 24 sierpnia 2006 r. (Dz.U. z 2006 Nr 170, poz. 1217), zwana dalej ustawą o pzk.

na określić w ten sposób, że „wysokie stanowiska” to polityczna część urzędników administracji rządowej ulegająca przetasowaniom po wyborach parlamentarnych, natomiast korpus służby cywilnej stanowi „apolityczną, stabilną biurokrację państwową⁵”, która trwa pomimo „burz na górze”. Służba cywilna i wysokie stanowiska państwowe są określane w ustawie o służbie cywilnej jako służba publiczna.

Na czym polegają zmiany i do czego zmierzają?

Najważniejszą zmianą jest wspomniane już ograniczenie składu korpusu służby cywilnej poprzez „wyjęcie” z niego wyższych stanowisk państwowych, do których ustawa o służbie cywilnej z 1998 r. zaliczała⁶ stanowiska:

- 1) Sekretarza Rady Ministrów, dyrektora generalnego urzędu,
- 2) dyrektora departamentu (komórki równorzędnej) i jego zastępcy w urzędach oraz dyrektora wydziału (komórki równorzędnej) i jego zastępcy w urzędzie wojewódzkim,
- 3) wojewódzkiego lekarza weterynarii i jego zastępcy.

Obsadzanie tych stanowisk następowało w drodze konkursu, który przeprowadzał Szef Służby Cywilnej. Obecnie te stanowiska, wraz z innymi wysokimi stanowiskami państwowymi, są obsadzone przez powołanie na zasadach określonych w ustawie o pzk. Do innych wysokich stanowisk państwowych wymienionych w tej ustawie będą należały stanowiska:

- 1) kierowników centralnych urzędów administracji rządowej i ich zastępców,
- 2) prezesów agencji państwowych i ich zastępców: Agencji Nie ruchomości Rolnych, Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji

⁵ T. Liszcz, *Służba cywilna* trzecie wydanie, [w:] *Człowiek, obywatel, pracownik. Studia z zakresu prawa. Księga jubileuszowa poświęcona profesor Urszuli Jackowiak*, Gdańsk 2007, s. 370.

⁶ Art. 41 ustawy o służbie cywilnej z 18 grudnia 1998 r. (Dz.U. z 1999 Nr 49, poz. 483 z późn. zm.).

- Rolnictwa, Agencji Rynku Rolnego, Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, Wojskowej Agencji Mieszkaniowej, Agencji Mienia Wojskowego, Agencji Rezerw Materiałowych,
- 3) prezesów zarządów państwowych funduszy i ich zastępców: Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej,
 - 4) Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia,
 - 5) Sekretarza Rady Ministrów,
 - 6) wojewódzkich lekarzy weterynarii i ich zastępców,
 - 7) kierowników państwowych jednostek organizacyjnych podległych lub nadzorowanych przez Prezesa Rady Ministrów lub właściwych ministrów i ich zastępców,
 - 8) dyrektorów generalnych urzędów lub osób na innych równoważnych stanowiskach utworzonych na podstawie odrębnych przepisów,
 - 9) kierujących departamentami lub komórkami równorzędnymi w ministerstwach i urzędach centralnych oraz urzędach obsługujących przewodniczących komitetów wchodzących w skład Rady Ministrów, Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, urzędach wojewódzkich, państwowych jednostkach organizacyjnych, a także ich zastępców,
 - 10) stanowisk kierowniczych w służbie zagranicznej,

Wyłączenie z ustawy o sc stanowisk wyższego szczebla oznacza, że obecnie korpus służby cywilnej tworzą pracownicy zatrudnieni na stanowiskach urzędniczych średniego szczebla zarządzania, koordynujących, samodzielnych, specjalistycznych i wspomagających. Jeśli chodzi o instytucje, to członkowie służby cywilnej, są zatrudnieni w:

- 1) Kancelarii Prezesa Rady Ministrów,
- 2) urzędach ministrów i przewodniczących komitetów wchodzących w skład Rady Ministrów oraz urzędach centralnych organów administracji rządowej,
- 3) urzędach wojewódzkich oraz innych urzędach stanowiących aparat pomocniczy terenowych organów administracji rządowej podległych ministrom lub centralnym organom administracji rządowej,

- 4) komendach, inspektoratach i innych jednostkach organizacyjnych stanowiących aparat pomocniczy kierowników zespołowych służb, inspekcji i straży wojewódzkich oraz kierowników powiatowych służb, inspekcji i straży, chyba że odrębne ustawy stanowią inaczej,
- 5) Głównym Inspektoracie Inspekcji Handlowej,
- 6) Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych,
- 7) Biurze Nasiennictwa Leśnego.

Poza ograniczeniem składu korpusu, następną istotną zmianą jest możliwość przenoszenia członków korpusu służby cywilnej do urzędów, o których mowa w ustawie o pracownikach urzędów państwowych, ustawie o pracownikach urzędów samorządowych oraz do Najwyższej Izby Kontroli, jak również pracowników tych urzędów do urzędów administracji rządowej, na mocy porozumienia między pracodawcami, a więc już z pominięciem wymogów konkursowych rygorystycznie przestrzeganych w innych krajach.

Zwierzchnikiem korpusu służby cywilnej jest nadal Prezes Rady Ministrów, jednak zlikwidowanie stanowiska Szefa Służby Cywilnej oraz Urzędu Służby Cywilnej czyni służbę cywilną bardziej podporządkowaną premierowi, który działa tu przez swojego Sekretarza Kancelarii Prezesa Rady Ministrów. Z innych zmian należy wspomnieć o:

- 1) zniesieniu stanu nieczynnego pracowników oraz urlopów dodatkowych, a więc jest to utrata pewnych przywilejów, które miała służba cywilna w stosunku do innych pracowników,
- 2) wprowadzono przepis analogiczny do art. 52 kodeksu pracy w stosunku dla urzędników, co spowodowało, że rozwiązanie stosunku pracy z urzędnikiem na mocy jedynie decyzji pracodawcy będzie konkurencyjnym sposobem „wyeliminowania” ze służby cywilnej, co decyzja komisji dyscyplinarnej, wydana po przeprowadzeniu postępowania, w którym urzędnik korzysta lub może korzystać z pomocy obrońcy,

3) postępowanie kwalifikacyjne na urzędników służby cywilnej prowadzi Krajowa Szkoła Administracji Publicznej (KSAP) (poprzednio Urząd Służby Cywilnej).

Ograniczenie korpusu służby cywilnej do urzędników i pracowników średniego i niższego szczebla, przez wyłączenie ze służby cywilnej urzędników wyższego szczebla, których procedury powoływania ujęto w ustawie o pzk, to niewątpliwie uelastycznienie doboru kandydatów na te bardzo ważne stanowiska, korzystne z punktu widzenia rządzących, którzy szybko i sprawnie, mogą powołać zaufanego kandydata. Konkursy są przewidziane w ustawie o pzk, ale tylko dla wyjątkowych przypadków, gdy brak w „zasobie” konkretnego specjalisty.

Kolejna tendencja nowej ustawy o sc to zbliżanie pozycji służby cywilnej do „zwykłych” pracowników. Znikają dodatkowe przywileje, takie jak np. stan nieczynny, czyli otrzymywanie wynagrodzenia bez konieczności świadczenia pracy i dodatkowe urlopy. Ponadto urzędnik może zostać zwolniony przez pracodawcę, „bez wypowiedzenia z winy urzędnika”⁷, a więc jest to konstrukcja zbliżona do art. 52 kodeksu pracy.

Projektodawcy nowej ustawy zmiany uzasadniają dążeniem do jak największego uproszczenia systemu służby cywilnej w Polsce, czemu służy likwidacja urzędu Szefa Służby Cywilnej i Rady Służby Cywilnej, ale „z jednoczesnym zagwarantowaniem jej niezależności od wpływów politycznych, jak również zawodowego oraz bezstronnego i rzetelnego charakteru”⁸. Za zlikwidowaniem obowiązkowej służby przygotowaw-

⁷ Art. 41 ust. 7, ustawy o sc, w brzmieniu: „Rozwiązanie stosunku pracy z urzędnikiem służby cywilnej bez wypowiedzenia z winy urzędnika może nastąpić w razie:

1) ciężkiego naruszenia przez urzędnika podstawowych obowiązków członka korpusu służby cywilnej, jeżeli wina urzędnika jest oczywista;

2) popełnienia przez urzędnika w czasie trwania stosunku pracy przestępstwa, które uniemożliwia dalsze zatrudnienie, jeżeli przestępstwo jest oczywiste lub zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem;

3) zawinionej przez urzędnika utraty uprawnień koniecznych do wykonywania pracy na zajmowanym stanowisku, jeżeli nie jest możliwe wyznaczenie urzędnikowi stanowiska uwzględniającego jego przygotowanie zawodowe”.

⁸ Z uzasadnienia do projektu ustawy z: System Informacji Prawnej Lex.

czej z pozostawieniem możliwości wprowadzenia fakultatywnej, przez dyrektora generalnego urzędu, przemawiają związane z tym oszczędności.

Po analizie powyższych zmian nasuwa się pytanie o to, jak wygląda polska służba cywilna w obecnym kształcie na tle rozwiązań stosowanych w innych krajach oraz w jakim kierunku powinny iść ewentualne zmiany?

Aby to ocenić, najlepiej przyjąć jako kryterium porównawcze kształt służby cywilnej w krajach o dłuższych tradycjach demokratycznych, takich jak Wielka Brytania czy Stany Zjednoczone lub państwa „starej” Unii Europejskiej.

Kształt służby cywilnej w krajach anglosaskich

Problemy z utworzeniem sprawnego i apolitycznego korpusu służby cywilnej były również udziałem krajów uznawanych dziś za wzorcowe w tej dziedzinie. Wszystkie dochodziły do swoich dzisiejszych standardów w drodze burzliwych wydarzeń. Nawet w Anglii, uważanej za ostoję demokracji i politycznej uczciwości były czasy, gdy korupcja związana z obsadzaniem różnych urzędów i niekompetencja wytypowanych w ten sposób urzędników, przerażały ówczesnych. Na szczęście dla Anglii znaleźli się ludzie mądrzy i uczciwi, którzy przez konsekwentne działania doprowadzili do powstania profesjonalnej i apolitycznej służby cywilnej. Nie stało się to oczywiście z dnia na dzień, ale w końcu osiągnięto ten wysoki poziom. Model angielski nie przystaje jednak do naszej rzeczywistości z powodu zbyt wyraźnego rozróżnienia pomiędzy neutralną politycznie służbą cywilną a osobami wykonującymi obowiązki publiczne z nominacji politycznej, czyli innymi słowy tego, iż politycy nie mają wpływu na wybór urzędników. Nasza klasa polityczna, jak pokazują doświadczenia ostatnich lat, jeszcze długo nie dopuści do takiej sytuacji. Dlatego warto zwrócić uwagę na model amerykański, dopuszczający duży stopień upolitycznienia służ-

by cywilnej, a więc będący swoistym kompromisem pomiędzy profesjonalizmem i związaną z nim neutralnością tej formacji a dążeniami polityków do uzyskania wpływu na jej kształt osobowy.

W dzisiejszym wydaniu model ten to profesjonalna służba cywilna połączona z pewnymi tradycjami „systemu łupów” (*the spoils system*). „System łupów” to charakterystyczna cecha amerykańskiego modelu administracji, szczególnie w XIX w. Został on wprowadzony do administracji federalnej przez prezydenta Andrew Jacksona, który w 1829 r. stwierdził, iż „nikt nie jest stworzony dla urzędów ani urzędów nie tworzy się dla nikogo”, a zadania urzędników są „proste i nieskomplikowane, tak że człowiek inteligentny może z łatwością kwalifikować się do ich wykonywania”. Natomiast pojęcie „systemu łupów” weszło do powszechnego użycia w 1832 r., kiedy to przyjaciel prezydenta Jacksona, senator William Marcy zadeklarował: „do zwyczajcy należą łupy wrogów”.

Zgodnie z teorią „systemu łupów”, administracja nie powinna być ani stała, ani fachowa. Wszystkie federalne urzędy administracyjne powinny przypadać zwycięzcom – politycznym zwolennikom nowo wybranego prezydenta. Zgodnie ze swoją teorią Jackson wymienił cały aparat federalny, a po nim podobnie czynili jego następcy. I dopiero uchwalony w 1883 r. „Pendelton Act” ustanowił Komisję Służby Cywilnej, która wymagała egzaminów konkursowych dla niektórych stanowisk federalnych⁹. W ten sposób „system łupów” został przełamany i wprowadzono pierwszy kompletny system oparty na wartości urzędników.

Po „systemie łupów” pozostały takie elementy, które stały się charakterystycznymi cechami amerykańskiej administracji, jak np. to, że urzędnicy amerykańscy są poddani ogólnym regułom prawa pracy a nie odrębnym regułom z zakresu prawa administracyjnego. Ponadto, jak już wspomniano, wciąż duża liczba stanowisk jest obsadzana na zasadzie politycznej, dużo większa niż w jakimkolwiek innym kraju.

⁹ W 1978 r. przekształciła się w Urząd Zarządzania Personelem (Office of Personnel Management).

Innym pośrednim skutkiem „systemu łupów” jest znacznie szersze niż w innych krajach otwarcie służby cywilnej na sektor prywatny. Wynika ono także z przekonania, że ten, kto osiąga dobre wyniki w zarządzaniu firmą prywatną, będzie dobrze zarządzał sprawami publicznymi. Dlatego wielu wyższych urzędników wywodzi się z kręgów biznesowych¹⁰.

Część z tych wyższych urzędników tworzy tzw. starszą służbę wykonawczą, która stanowi podstawowe ogniwo amerykańskiego modelu służby cywilnej. Przyjęcie do tej służby następuje po wykazaniu się odpowiednimi kwalifikacjami i uzyskaniu certyfikatu Kolegium Badania Kwalifikacji przy Urzędzie Zarządzania Personelem. Pozostałe stanowiska urzędnicze obsadza się, poza 10% marginesem zarezerwowanym dla „systemu łupów”, w drodze otwartych konkursów, które organizuje Urząd Zarządzania Personelem. Prawodawstwo amerykańskie zapewnia ponadto ochronę przed bezzasadnym zwolnieniem ze służby, a także prawo do awansu w przypadku należytego wywiązywania się z obowiązków.

System amerykański stanowi połączenie tradycji „systemu łupów”, a więc tworzą go najwyżsi urzędnicy powołani przez prezydenta za radą i zgodą senatu, 10% innych stanowisk oraz reszta służby cywilnej, charakteryzująca się profesjonalizmem i stosunkowo dobrze odizolowana od polityki¹¹.

Obok apolityczności istotną kwestią jest oddzielenie urzędników od korupcjogennych wpływów przedstawicieli biznesu. W Stanach Zjednoczonych stosowane są następujące instrumenty prawne, które mają temu służyć:

- 1) urzędnicy nie mogą używać stanowiska służbowego do czerpania prywatnych korzyści oraz winni zawiesić wszelkie prywatne interesy finansowe, które mogą stać w sprzeczności z ich służbą,
- 2) urzędnicy nie mogą podejmować dodatkowej pracy w przedsiębiorstwach prywatnych, jak również reprezentować interesów

¹⁰ H. Izdebski, *Współczesne modele administracji publicznej*, Warszawa 1993, s. 29–31.

¹¹ *Ibidem*, s. 116.

firm komercyjnych wobec administracji po opuszczeniu urzędu – przez okres dwóch lat, a wyżsi urzędnicy przez okres nawet pięciu lat od opuszczenia urzędu.

Podsumowując i uzupełniając, w służbie cywilnej w modelu anglosaskim, można wyszczególnić następujące rozwiązania:

- 1) konkursowy system przyjęć na stanowiska, z organem kontrolującym przebieg konkursów,
- 2) wprowadzenie zarządzania w stylu menedżerskim,
- 3) prywatyzacja usług publicznych,
- 4) poddanie administracji mechanizmom rynkowym oraz podporządkowanie potrzebom użytkowników,
- 5) większe wymogi w stosunku do służby cywilnej wyższego stopnia,
- 6) publiczne informowanie o nieetycznym lub niezgodnym z prawem postępowaniu zwierzchników, połączone z ochroną prawem urzędnika, czyli tzw. prawo odgwizdania (*whistleblowers*), uregulowane w *United States Whistleblowers Act* z 1989 r.¹²,
- 7) istnienie organów chroniących neutralność polityczną urzędników: minister ds. służby cywilnej (Wielka Brytania), Federalny Urząd Służby Cywilnej (USA).

Ogólną tendencją jest reformowanie sektora publicznego, tak aby stał się konkurencyjny dla sektora prywatnego.

¹² Instytucja ta jest omówiona np. w: B. Kudrycka, *Neutralność polityczna urzędników*, Warszawa 1998, s. 117.

Główne zasady funkcjonowania służby cywilnej w państwach „starej” Unii Europejskiej

Dla porównania, normy funkcjonowania służby cywilnej w krajach „starej” Unii Europejskiej polegają na:

- 1) rozgraniczeniu sfery publicznej od prywatnej,
- 2) rozróżnieniu sfery politycznej od urzędniczej oraz odmiennych reguł działania, którym podlegają urzędnicy od reguł działania dotyczących polityków,
- 3) indywidualnej odpowiedzialności za podejmowane decyzje,
- 4) jasno określonych praw i obowiązków, ochrony pracy (w różnym stopniu), stabilizacji i określonego poziomu płac urzędników państwowych,
- 5) otwartym i konkurencyjnym naborze pracowników, awansowaniu w wyniku osiągnięć w pracy, a nie powiązań politycznych¹³.

Normy te różnią się w pewien sposób od modelu anglosaskiego, przede wszystkim jest tu ochrona pracy, stabilizacja zatrudnienia urzędników, czego brak szczególnie w modelu amerykańskim, gdzie stabilizacja zatrudnienia polega nie na gwarancjach ustawowych, ale kwalifikacjach pracownika, który zdobył stanowisko na zasadzie konkurencji i którego kwalifikacje i kompetencje zapewniają efektywność jego pracy i właśnie ze względu na to pracownik ma „zapewnioną” pracę. Urzędnik amerykański jest w podobnej sytuacji co pracownik prywatnej firmy, który dzięki dobrej pracy i efektom może czuć się w miarę komfortowo jeśli chodzi o przyszłość swojego zatrudnienia. Jeżeli jednak norma prawna będzie gwarantowała niemalże nieusuwalność ze stanowiska, to taka ochrona pracy może prowadzić do niekłych efektów pracy urzędników i braku motywacji do podnoszenia kwalifikacji.

¹³ *European Principles for Public Administration*, „Sigma Papers” (Paris) 1998, nr 27, s. 24.

Rozwiązania, które mogą korzystnie wpłynąć na polski model służby cywilnej

Na polskim gruncie problemy ze służbą cywilną zaczynają się już na etapie naboru. Wprawdzie ustawa o służbie cywilnej z 2006 r., tak jak i jej poprzedniczka z 1998 r., wymaga stosowania przez dyrektora generalnego zasady otwartości i konkurencyjności naboru, nie wskazuje jednak mechanizmów wyboru kandydatów na wolne stanowiska, pozostawiając pełną swobodę wyboru kandydatów właśnie dyrektorom generalnym urzędów. Jedyne ograniczenia w tym zakresie to konieczność wskazania w protokole zastosowanych „metod i technik” naboru oraz uzasadnienie dokonanego wyboru kandydata. Taki mechanizm może spowodować, że ogłaszany na wolne stanowisko konkurs okaże się fikcją i zatrudniona zostaje osoba już wcześniej zaakceptowana na dane stanowisko.

W modelu anglosaskim występuje struktura zajmująca się sprawami rekrutacji personelu, zwłaszcza najwyższego szczebla, a także zapewnieniem jego profesjonalizmu i politycznej neutralności. Taką samą strukturę należałoby utworzyć i w Polsce. W Stanach Zjednoczonych istnieje Urząd Zarządzania Personelem (Office of Personnel Management) – odpowiedzialny za zarządzanie, w tym i za procedury rekrutacyjne w służbie cywilnej. Jest to niezależna agencja rządowa, tak jak Centralna Agencja Wywiadowcza (CIA), Agencja Ochrony Środowiska (EPA) czy też agencja kosmiczna NASA. Dzięki temu, że jest niezależna, gwarantuje to, iż służba cywilna jest wolna od nacisków politycznych, a rekrutacja i awanse dokonują się na podstawie kwalifikacji¹⁴. Instytucja ta zapewnia rzetelność przeprowadzania konkursów na wszystkie stanowiska, tak by wygrywały i awansowały osoby z najwyższymi kwalifikacjami, co ma wpływ na polepszenie kadry w służbie cywilnej.

Następna kwestia to poruszona już trwałość stosunku pracy z mianowania, dotycząca urzędników służby cywilnej, w porównaniu ze

¹⁴ Na podstawie: http://en.wikipedia.org/wiki/Independent_agencies_of_the_United_States_Government [tłum. własne].

„zwykłymi” pracownikami. Z jednej strony wydaje się to korzystne, gdyż urzędnik nie jest tak bardzo uzależniony od swych przełożonych, ale z drugiej zawieranie „zwykłych” umów o pracę stworzyłoby bardziej elastyczne warunki pracy i zatrudniania, a w rezultacie byłby to czynnik motywujący urzędników do lepszej pracy. Chodzi o pewne wyważenie tych racji, a więc jeżeli przyjmie się zwiększoną stabilizację zatrudnienia urzędnika, to w taki sposób, aby urzędnik niewywiązujący się z obowiązków mógł zostać zwolniony. Może jednak, tak jak w modelu angloamerykańskim, wystarczyłoby, by urzędnik podlegał ochronie wynikającej z ogólnych przepisów prawa pracy. Może przepisy szczególne chroniące urzędników nie powinny ich nadzwyczajnie wyróżniać na tym polu, skoro obecnie administracja świadczy wiele usług na tych samych zasadach co podmioty prywatne i ma się cechować podobną efektywnością oraz podobnie życzliwym podejściem do klienta.

Ważnym wymogiem pojawiającym się w omawianych systemach jest konieczność posiadania doświadczenia „zewnętrznego”, a więc poza służbą cywilną. Urzędnicy z takim doświadczeniem mają szersze horyzonty, łatwiej reagują na zmiany, tworzą prostsze procedury. Są bardziej elastyczni i efektywni. Oczywiście, aby przyciągnąć takich ludzi, konieczny jest motywacyjny system wynagrodzeń, konkurencyjny dla wynagrodzeń w sektorze prywatnym. Wynagrodzenie uzależnione w głównej mierze od stażu i stopnia służbowego nie zachęci wykwalifikowanych kandydatów, którzy mogą znaleźć interesującą finansowo pracę poza „budżetówką”. Kwestia niskich płac to więc kolejna bolączka polskiej służby cywilnej.

Najistotniejszą jednak sprawą jest oddzielenie administracji rządowej od polityki, zgodnie z zasadą, że „upolitycznienie źle wpływa na profesjonalizm”. Zaiśniała obecnie sytuacja, gdy tak duża część administracji rządowej (wysokie stanowiska państwowe) jest „polityczna” – co musi mieć wpływ zarówno na jej kompetencje, jak i na fluktuacje tej kadry oraz brak stabilizacji i ciągłości prowadzonych działań – z punktu widzenia rozwiązań służb cywilnych państw o dłuższym demokra-

tycznym stażu, wydaje się niewłaściwa. „System łupów” nie sprawdził się w Stanach Zjednoczonych, więc pewnie nie sprawdzi się i w naszym kraju. Atrakcyjniejsza wydaje się głoszona już od dawna idea służby cywilnej, polegająca na tym, że zmieniają się ministrowie wraz ze swymi ekipami, a apolityczny korpus służby cywilnej trwa, oraz by „neutralnego” urzędnika uznawano za ostoję demokratycznego państwa, a wyższych urzędników za „pamięć” państwa, ze względu na posiadane przez nich informacje, znajomość mechanizmów funkcjonowania urzędu itp. Stabilny korpus obejmujący całą lub dużą część administracji rządowej, złożony z kompetentnych urzędników, niewątpliwie mógłby stanowić podporę państwa, szczególnie w burzliwych momentach, jak np. kryzysy rządowe czy przedterminowe wybory.

Piotr Feczko

Partnerstwo publiczno-prywatne (PPP) instrumentem realizacji zadań publicznych w Polsce i w innych krajach UE

To support and accelerate the delivery of infrastructure renewal, high quality public services and the efficient use of public assets through better and *stronger* partnerships between the public and private sectors¹.

Wprowadzenie

Do jednych z większych ciężarów spoczywających na władzach publicznych należą zadania z zakresu prowadzenia inwestycji publicznych i zapewnienia usług publicznych. W szczególności należy do nich budowa i utrzymanie infrastruktury techniczno-ekonomicznej i społecz-

¹ Motto przedsięwzięć partnerstwa publiczno-prywatnego z Wielkiej Brytanii (Partnerships UK – PUK, formed in 2000 out of HM Treasury, is a joint venture that bridges the gap between public and private sectors, with a majority stake held by the private sector. PUK offers a blend of public and private sector commercial expertise combined with hands-on experience in the development and delivery of numerous Private Finance Initiative (PFI) and other Public Private Partnerships (PPP) projects), www.partnershipsuk.org.uk.

nej. Inwestycje te mogą mieć różną wielkość (począwszy od przedszkola, a kończąc na porcie), jednakże z zasady stanowią istotne obciążenie dla budżetu państwa lub budżetu jednostki samorządu terytorialnego. W dłuższej perspektywie znaczna część z nich winna przynieść szereg korzyści zewnętrznych, które podniosą efektywność działalności podmiotów gospodarczych, poprzez m.in. rozszerzanie rynków, pobudzanie procesów inwestycyjnych i spadek kosztów. Wśród środków realizacji polityki inwestycyjnej można wyróżnić środki administracyjnoprawne², zaś jednym z tych środków jest partnerstwo publiczno-prywatne (dalej zwane PPP).

Polskie finanse publiczne są nadal w niezadowalającym stanie, a wielu badaczy określa ich stan mianem kryzysu, zaś po środki z budżetów zgłaszają się coraz to nowi chętni. Podobnie rzecz się ma ze stanem samych władz publicznych. Dlatego ich wpływ na gospodarkę przez możliwość wszczynania i prowadzenia niewątpliwie potrzebnych procesów inwestycyjnych ulega coraz większemu ograniczeniu. Nie pozostają bez wpływu na to nawoływania do obniżania dochodów władz publicznych (podatków) i do racjonalizacji ich wydatków³. Zatem jest oczywiste, że do realizacji wielu zadań publicznych zasoby władz publicznych są niewystarczające i konieczne jest pozyskanie zasobów spoza sektora publicznego. Jednym z instrumentów mogących okazać się pomocne, jest funkcjonujące już z powodzeniem w wielu krajach europejskich i pozaeuropejskich, partnerstwo publiczno-prywatne.

Partnerstwo publiczno-prywatne jest pod względem prawnym instytucją należącą do sfery umów cywilnoprawnych⁴, przy których zawieraniu stosuje się przepisy o zamówieniach publicznych. Za-

² B. Winiarski, *Polityka gospodarcza*, Warszawa 2004, s. 413–414.

³ S. Owsiak, *Finanse publiczne*, Warszawa 2005, s. 708–715.

⁴ Jest tu oczywiste, że klasyczne rozróżnienie Ulpiana *publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim* – w przypadku PPP jest kłopotliwe, aczkolwiek uprawnia do wysunięcia wniosku, że PPP należy do sfer zarówno prawa publicznego, jak i prywatnego, albowiem ma je łączyć z korzyścią dla interesu publicznego i prywatnego.

daniem polityki finansowej władz publicznych przy tych umowach jest stosowanie instrumentów prawnych i procedur, które zabezpieczając interes publiczny, zapewniają możliwie najlepsze wydatkowanie środków publicznych. Umowa PPP jest umową wzajemną, w wyniku której obie strony winny spełnić należne świadczenia z zapewnieniem im właściwej jakości. Jednakże realizacja takich umów potencjalnie jest obciążona ryzykiem. Dlatego dla zabezpieczenia zaangażowanych środków publicznych konieczne jest stosowanie prawnych zabezpieczeń, które są licznie przewidziane w regulacji dotyczącej PPP⁵.

PPP można uznać za pewnego rodzaju odmianę tak poszukiwanej tzw. trzeciej drogi. W ciągu ostatnich dwóch stuleci ludzkość przekonała się, że ani dziewiętnastowieczny kapitalizm, ani „droga do socjalizmu” nie sprawdziły się, m.in. w dziedzinie inwestycji publicznych i świadczenia usług publicznych. Jedną z przyczyn upadku „drogi do socjalizmu” była jej nieekonomiczność, która szczególnie przejawiała się w niegospodarności, niecelowości, nadużyciach i marnotrawstwie przy inwestycjach publicznych i świadczeniu usług publicznych. Natomiast nieskrępowany kapitalizm zapewniał (zgodnie z doktryną ograniczania władz publicznych do pozycji „stróża nocnego”) jedynie ograniczony zakres inwestycji publicznych, a jeszcze mniejszy zakres usług publicznych. W takiej sytuacji dochodziło m.in. do rażących nierówności i wykluczenia społecznego. Podobnie niedoskonałą okazała się współczesna koncepcja prywatyzacji zadań publicznych. Zawodzi ona podczas świadczenia usług publicznych w przypadkach braku występowania mechanizmów konkurencyjnych, która to sytuacja jest częsta podczas świadczenia usług publicznych. Sprywatyzowane przedsiębiorstwa użyteczności publicznej działające w warunkach monopolu naturalnych (woda, kanalizacja, energetyka itp.) mają tendencję do wykorzystywania swojej pozycji naturalnego monopolisty. Konsekwencją tego jest brak spodziewanych długookresowych obniżek cen

⁵ *Finanse publiczne i prawo finansowe*, red. C. Kosikowski, E. Ruśkowski, Warszawa 2006, s. 41–42.

i pojawienie się licznych dodatkowych kosztów, a nawet obniżenie jakości usług. Konkurencja zdaje się ograniczać jedynie do momentu przetargu na dany monopol naturalny⁶.

Pozytywna regulacja PPP w Polsce

Obecnie PPP w Polsce reguluje ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym z 28 lipca 2005 r.⁷ i wydane do niej rozporządzenia:

- 1) Ministra Finansów z 30 czerwca 2006 r. w sprawie niezbędnych elementów analizy przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego⁸,
- 2) Ministra Gospodarki z 21 czerwca 2006 r. w sprawie ryzyka związanego z realizacją przedsięwzięć w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego⁹,
- 3) Ministra Gospodarki z 9 czerwca 2006 r. w sprawie szczegółowego zakresu, form i zasad sporządzania informacji dotyczących umów o partnerstwie publiczno-prywatnym¹⁰.

Zagadnienie PPP stało się po uchwaleniu wspomnianej ustawy przedmiotem licznych publikacji prasowych i co najmniej kilku pozycji książkowych, w tym komentarzy. Jednakże brak jest orzecznictwa na czas oddania niniejszego artykułu, albowiem PPP do tej pory nie jest w Polsce wdrażane w praktyce. W Ministerstwie Finansów został napisany projekt zmiany wspomnianej ustawy z 14 kwietnia 2006 r., natomiast w Ministerstwie Gospodarki powstał analogiczny projekt z 18 grudnia 2006 r. Do momentu pisania tego tekstu żaden z tych projektów nie został skierowany do sejmu.

⁶ *Partnerskie współdziałanie w sektorze prywatnym i publicznym*, red. B. Pławgo, W. Zaremba, Białystok 2005, s. 39–41.

⁷ Dz.U. z 6 września 2005 r.

⁸ Dz.U. z 13 lipca 2006 r.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

Podstawowe przepisy tej ustawy znajdują się w jej rozdziale I. Definicja legalna PPP z art. 1, ust. 2 wspomnianej ustawy brzmi: „oparta na umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym współpraca podmiotu publicznego i partnera prywatnego służąca realizacji zadania publicznego, jeżeli odbywa się na zasadach określonych w ustawie”. Pojęcie zadania publicznego nie zostało tutaj zdefiniowane przez ustawodawcę, czyli aktualnie zostało pozostawione w szczególności praktyce i orzecznictwu. Dotychczasowe liczne ujęcia zadania publicznego w doktrynie (i w orzecznictwie, ale nie dotyczącym tej ustawy) nie są jednoznaczne. Z całą pewnością słuszne są poglądy twierdzące, że zadanie publiczne należy na potrzeby PPP rozumieć możliwie najszerzej, a sama konstrukcja PPP może dotyczyć przekazywania zadań publicznych ze sfery *dominium*, zaś jest niewystarczającą podstawą do przekazywania zadań publicznych ze sfery *imperium* (w szczególności uprawnień do wydawania aktów administracyjnych)¹¹. Trudno nie zgodzić się z ogólnym stwierdzeniem, że publicznymi będą tylko te zadania, które zostały za takowe uznane przez przepis prawa¹². Jednakże czy należy wymagać od ustawodawcy stworzenia katalogu zadań publicznych? Wydaje się, że katalog otwarty tych zadań byłby tu pomocny, albowiem mógłby ugruntować pewność prawną dla PPP¹³.

Przedmiot umowy PPP ustawodawca zdefiniował w art. 2, ust. 1 ustawy jako „realizację przez partnera prywatnego przedsięwzięcia za wynagrodzeniem na rzecz podmiotu publicznego”. Istotę PPP wedle wspomnianej ustawy określa jej art. 3, ust. 1, wedle którego PPP „może

¹¹ M. Kulesza, M. Bitner, A. Kozłowska, *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 32–35.

¹² J. Jacyszyn, T. Kalinowski, *Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym*, Warszawa 2006, s. 20.

¹³ Taki katalog mógłby zostać przekazany delegacją z ustawy do rozporządzenia (zasadniczo wtedy byłby bardziej elastyczny i szybciej modyfikowalny, aczkolwiek z dotychczasowej polskiej praktyki legislacyjnej wynika, że nie zawsze łatwiej zmienić ustawę niż rozporządzenie). Natomiast katalog zamknięty nadmiernie krępowałby wykorzystywanie PPP tylko do ściśle określonych zadań wobec szybko zmieniających się uwarunkowań administracji publicznej i gospodarki, które powodują nieustanne zmiany w zakresie zadań stojących przed władzami publicznymi.

stanować sposób realizacji przedsięwzięcia, jeśli przynosi to korzyści dla interesu publicznego, przeważające w stosunku do korzyści wynikających z innych sposobów realizacji przedsięwzięcia”. Zatem pojawia się tutaj konieczność oceny różnych sposobów realizacji danego przedsięwzięcia. Jednakże nie jest to rachunek ekonomiczny ograniczony tylko do badania potencjalnego wyniku finansowego mierzonego w pieniądzu. W owej ocenie ustawodawca przewidział, oprócz czystej oszczędności, kwestie podniesienia jakości usług lub obniżenia uciążliwości dla otoczenia (art. 3, ust. 3).

„Słowniczek ustawowy” zawarty w art. 4 ustawy zawiera w szczególności następujące definicje:

- 1) inwestycji (budowa, rozbudowa, przebudowa połączona z eksploatacją, utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, będącym przedmiotem tej inwestycji albo z nią związanym, lub świadczeniem powiązanych z nim usług publicznych),
- 2) partnera prywatnego (może nim być: przedsiębiorca w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, organizacja pozarządowa, kościół lub inny związek wyznaniowy, podmiot zagraniczny, jeśli jest przedsiębiorcą w rozumieniu prawa kraju rejestracji i spełnia warunki do wykonywania w Rzeczypospolitej Polskiej działalności gospodarczej),
- 3) podmiotu publicznego (za taki ustawa uznaje organy administracji rządowej, jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki, fundusze celowe, państwowe szkoły wyższe, jednostki badawczo-rozwojowe, samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, państwowe lub samorządowe instytucje kultury, Polską Akademię Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne, państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonania zadań publicznych, z wyłączeniem banków, przedsiębiorstw i spółek handlowych),
- 4) przedsięwzięcia – może nim być:
 - a) zaprojektowanie lub realizacja inwestycji w wykonaniu zadania publicznego,

- b) świadczenie usług publicznych przez okres powyżej 3 lat, jeżeli obejmuje eksploatację, utrzymanie lub zarządzanie niezbędnym do tego składnikiem majątkowym,
 - c) działanie na rzecz rozwoju gospodarczego i społecznego, przeprowadzone na podstawie projektu przedłożonego przez podmiot publiczny lub połączony z jego zaprojektowaniem przez partnera prywatnego, jeżeli wynagrodzenie partnera prywatnego nie będzie mieć formy zapłaty sumy pieniężnej przez podmiot publiczny,
 - d) przedsięwzięcie pilotażowe, promocyjne, naukowe, edukacyjne lub kulturalne wspomagające realizację zadań publicznych, jeżeli wynagrodzenie partnera prywatnego będzie pochodziło w przeważającej części ze źródeł innych niż środki podmiotu publicznego;
- 5) wynagrodzenie partnera prywatnego (to prawo partnera prywatnego do pobierania pożytków lub uzyskiwania innych korzyści z przedsięwzięcia lub zapłatę sumy pieniężnej przez podmiot publiczny).

Czynności poprzedzające zawarcie umowy PPP są uregulowane w rozdziałach II i III wspomnianej ustawy oraz w rozporządzeniach. Pierwszą fazą PPP jest jego przygotowanie. W świetle obowiązującego art. 11 tej ustawy, polega ono na podjęciu przez podmiot publiczny decyzji o realizacji określonego przedsięwzięcia. Podmiot publiczny jest zobowiązany do sporządzenia analizy danego przedsięwzięcia w celu określenia jego efektywności oraz zagrożeń związanych z jego realizacją. Przedmiotowa analiza ma dotyczyć w szczególności: ryzyka związanego z realizacją przedsięwzięcia, aspektów ekonomicznych i finansowych (w tym porównania kosztów realizacji przedsięwzięcia jako PPP, z kosztami realizacji w inny sposób), porównania korzyści realizacji przedsięwzięcia jako PPP z korzyściami i zagrożeniami społecznymi realizacji w inny sposób, stanu prawnego składników majątkowych (w razie planowania przeniesienia praw do nich w związku z realizacją danego PPP). Powyższa analiza nie jest zatem typową pry-

watną analizą kosztów i korzyści na użytek komercyjnego przedsiębiorstwa, albowiem ma cechy społecznej analizy kosztów i korzyści, która dotyczy nie tylko zysków, ale szerszy zakres oddziaływań przedsięwzięcia na otoczenie (np. nie ma cen rynkowych za ocalenie zagrożonych gatunków czy ocalenie życia ludzkiego)¹⁴.

Wskazane normy ustawowe są dokładnie skonkretyzowane regulacją wspomnianych rozporządzeń w sprawie niezbędnych elementów analizy przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego i w sprawie ryzyka związanego z realizacją przedsięwzięć w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. Ponadto jeśli z tej analizy wynika, że dane przedsięwzięcie PPP wymaga jakiegokolwiek finansowania z budżetu państwa, to (zgodnie z art. 12 wspomnianej ustawy) minister właściwy do spraw finansów publicznych wydaje na wniosek podmiotu publicznego zgodę na realizację danego przedsięwzięcia (taka zgoda lub odmowa wydania zgody nie jest decyzją administracyjną, czyli nie będzie podlegała kontroli przez zaskarżenie w trybie postępowania administracyjnego jurysdykcyjnego i sądowo-administracyjnego¹⁵).

Jednakże regulacja przygotowania PPP jest jedną z głównych przyczyn niestosowania PPP w obrocie i została poddana krytyce przez przedstawicieli docelowych adresatów wspomnianej ustawy. Obowiązki podmiotów publicznych w tym zakresie są nadmierne. Prezydent Poznania Ryszard Grobelny powiedział: „Nie znam przypadku, by skutecznie działała ustawa o PPP. To miał być element aktywizacji rozwojowej i dogadywania się różnych środowisk, a wręcz zniechęca do takiej działalności”. Dyrektor biura Związku Miast Polskich Andrzej Porawski stwierdził: „Obecnie obowiązująca ustawa tylko przeszkadza w inwestycjach. Od początku jej obowiązywania nie zrealizowano żadnego projektu”. Henryk Michałkowski z Konfederacji Pracodawców Polskich dodał (odnosząc się do słabości podmiotów publicznych

¹⁴ J. Stiglitz, *Ekonomia sektora publicznego*, Warszawa 2004, s. 329–330.

¹⁵ Wskazane rozwiązanie jest, moim zdaniem, jak najbardziej właściwe, albowiem w razie wydawania tu decyzji administracyjnej mogłoby się okazać, po jej wzruszeniu w sposób przewidziany prawem (przykładowo, cztery lata po rozpoczęciu danego przedsięwzięcia w ramach PPP), że umowa danego przedsięwzięcia PPP jest nieważna.

względem obowiązków analitycznych mogących powodować rezygnację z PPP): „Wyniknąć to może z braku wyspecjalizowanej własnej kadry do przeprowadzenia proponowanej projektem zakresu analizy i konieczności posiłkowania się firmami zewnętrznymi, np. kancelariami prawnymi i firmami doradztwa gospodarczego”¹⁶.

Natomiast najkorzystniejszą ofertę partnera prywatnego dla realizacji przedsięwzięcia danego PPP wybiera się w świetle art. 15 ustawy (w zakresie nieuregulowanym tą ustawą stosuje się ustawę z 29 stycznia 2004 Prawo o zamówieniach publicznych¹⁷). Stanowi on, że najkorzystniejszą ofertą jest oferta przedstawiająca najkorzystniejszy bilans wynagrodzenia i innych kryteriów (w tym podziału zadań i ryzyka pomiędzy podmiotem publicznym oraz partnerem prywatnym, a także ewentualnych terminów i wysokości świadczeń podmiotu publicznego).

Zawarcie umowy o PPP jest czynnością cywilnoprawną¹⁸. Umowa o PPP jako umowa prawa cywilnego jest umową: a) nienazwaną (według uzasadnienia tej ustawy, zamiarem ustawodawcy nie było powstanie nowej umowy nazwanej); b) dwustronnie obowiązującą; c) odpłatną; d) konsensualną; e) najczęściej niewzajemną (wydaje się, że w większości przypadków świadczenia stron umowy nie będą ekwiwalentne – np. umowa postanowi, że partner prywatny będzie uzyskiwał w przypadku wybudowania mostu wynagrodzenie jedynie w postaci opłat od przejeżdżających mostem). Umowa o PPP nie ma nakazanej prawem formy jej zawarcia, ale dla bezpieczeństwa obrotu powinna to być co najmniej zwykła forma pisemna (składając w art. 20 wspomnianej ustawy ustawodawca wspomina o podpisaniu umowy). Jedynie w przypadku powołania spółki kapitałowej w celu wykonania danej umowy o PPP (o której mowa w art. 19 ustawy), przy zawieraniu umowy o PPP obligatoryjna

¹⁶ Ł. Sobiech, *Nie będzie skomplikowanych analiz*, „Gazeta Prawna”, 6 lutego 2007.

¹⁷ Dz.U. z 2004 Nr 19, poz. 177 z późn. zm.

¹⁸ Tak też należy ją zakwalifikować – do prawnych form działania administracji według powszechnie przyjętej w doktrynie prawa administracyjnego typologii prawnych form działania administracji.

jest forma aktu notarialnego dla zawarcia tej umowy o PPP¹⁹. Do tej pory powstały dwa projekty nowelizacji wspomnianej ustawy. Pierwszy z nich to projekt powstały w Ministerstwie Finansów z 14 kwietnia 2006 r. Upraszcza on procedurę przygotowania PPP i doprecyzowuje wiele pojęć (np. pojęcia korzyści dla interesu publicznego). W szczególności rozwiązania te mają zwiększyć atrakcyjność PPP dla sfery publicznej i prywatnej przez zwiększenie przejrzystości procedur (np. wyboru wariantu realizacji przedsięwzięcia) oraz ograniczenie formalności i obowiązków sprawozdawczych (w tym przekazanie całości kompetencji dotyczących PPP ministrowi właściwemu dla spraw finansów publicznych)²⁰.

Natomiast w Ministerstwie Gospodarki powstał analogiczny projekt z 18 grudnia 2006 r. W jego uzasadnieniu napisano: „Po roku obowiązywania ustawy nie uzyskano efektów z jej funkcjonowania. Nie podpisano żadnej umowy na realizację przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego [...] okazało się, że ustawa zawiera uregulowania, które powodują powstawanie barier formalnych w jej stosowaniu, co zniechęca podmioty publiczne i podmioty prywatne do angażowania się w przedsięwzięcia realizowane tą metodą”. Projekt ten zmierza do zniwelowania tych przeszkód w szczególności przez: a) „uproszczeniu procesu przygotowania partnerstwa publiczno-prywatnego m.in. poprzez eliminację przepisów nakładających na podmiot publiczny obowiązek sporządzania bardzo skomplikowanych analiz; b) uporządkowanie definicji, wprowadzenie przejrzystych procedur wyboru wariantu realizacji przedsięwzięcia, ograniczenie obowiązków sprawozdawczych itp.”²¹.

Do momentu oddania tego artykułu żaden projekt nowelizacji nie wpłynął do sejmu. Oba projekty zmierzają w podobnym kierunku, czyli przede wszystkim do uproszczenia procedury przygotowania PPP.

¹⁹ W. Gonet, *Uwagi o umowie o partnerstwo publiczno-prywatne*, „Przegląd Legislacyjny” 2006, nr 6.

²⁰ *BOT w projektach partnerstwa publiczno-prywatnego*, red. M. Adamska, Warszawa 2006, s. 260–263.

²¹ www.mgip.gov.pl.

PPP w innych krajach UE na przykładzie Wielkiej Brytanii i Irlandii

Zinstytucjonalizowane PPP działa już z powodzeniem w wielu krajach świata, z których można wymienić USA, Wielką Brytanię, Hiszpanię i Irlandię. PPP jest instrumentem polityki UE. Komisja Europejska (Dyrektoriat Generalny) opracowała dokument *Guidelines for successful public – private partnerships*. Wedle tego opracowania, sektor prywatny ma dla PPP następujące cztery zasadnicze zadania:

- „- to prove additional capital,
- to provide alternative management and implementation skills,
- to provide value added to the consumer and the public at large,
- to provide better identification of needs and optimal use of resources”.

Wskazówki tego dokumentu dotyczą przede wszystkim:

- „- ensuring open market access and fair competition,
- protecting the public interest and maximising value added,
- defining the optimal level of grant financing both to realize a viable and sustainable project but also to avoid any opportunity for windfall profits from grants,
- accessing the most effective type of PPP for a given project”.

Zakres wytycznych skupia się w pięciu obszarach tematycznych:

- „a) PPP structures, suitability and success factors,
- b) legal and regulatory structures,
- c) financial and economic Implications of PPPs,
- d) integrating grant financing and PPP objectives,
- e) Conception, planning and implementation of PPPs”.

Komisja przedstawia PPP jako narzędzie szczególnie użyteczne dla krajów Europy Centralnej: „The positive characteristics of PPP arrangements in developing infrastructure appear particularly attractive for the Candidate Countries (CCs) of Central Europe given the enormous financing requirements, the equally large funding shortfall, the need for efficient public services, growing market sta-

bility and privatization trends creating a favourable environment for private investment”²².

Podobnie do PPP odnosi się „Eurostat”: „Public partnerships with private units have been observed for a long time in EU Member States. Such arrangements take various forms, including concessions which normally do not raise difficulties as regards their treatment in national accounts. Recently however, new kinds of arrangements have been made in a few Member States, and a significant increase in these arrangements is expected for various reasons such as efforts to increase efficiency of public expenditure and to improve the quality of public services”²³.

Wedle dostępnych informacji, największe przedsięwzięcia PPP w UE powstają aktualnie w Wielkiej Brytanii. Jako ich przykłady można podać:

- a) projekt „Aquatrine” (dostarczanie i odprowadzanie wody dla sfery obronności – wartość ponad dwa miliardy funtów),
- b) projekt „Barts and the Royal London Hospitals” (przebudowa kompleksu szpitali w Londynie pochodzących z czasów wiktoriańskich – wartość ponad miliard funtów),
- c) projekt „Forest Holidays” (ogólnokrajowa przebudowa i modernizacja sieci leśnych miejsc wypoczynkowych przeznaczonych dla szerokich kręgów społeczeństwa),
- d) projekt „Partnership for Schools” (15-letni program przebudowy lub odnowy każdej szkoły w Anglii wspierany coroczną kwotą ponad 2,2 miliarda funtów)²⁴.

Na potrzeby tego artykułu na uwagę zasługuje irlandzka regulacja PPP – ustawa Prawo o instytucjach publicznych (porozumienia o partnerstwie publiczno-prywatnym) z 21 lutego 2002 r. Wedle jej art. 3, ust 1 „instytucja publiczna może, albo sama, albo we współpracy

²² European Comission (Directoriate General), Guidelines for succesful public – private partnerships, Bruksela 2003.

²³ Wytyczne Eurostatu dotyczące PPP, „Eurostat News”, 11 lutego 2004, www.ippp.pl.

²⁴ Partnerships UK, Partnerships UK Five Years Review (z 2006), www.partnershipsuk.org.uk.

z inną osobą (w tym inną instytucją publiczną) zawierać porozumienia (w niniejszej ustawie zwane porozumieniami o partnerstwie publiczno-prywatnym) z osobą (w niniejszej ustawie zwaną partnerem) o wypełnienie zadań instytucji publicznej określonych w porozumieniu w odniesieniu do:

- a) projektowania i budowy składnika majątkowego wraz ze świadczeniem powiązanych usług oraz zapewnieniem finansowania powyższych działań, jeżeli jest to wymagane,
- b) budowy składnika majątkowego wraz ze świadczeniem powiązanych usług oraz zapewnieniem finansowania powyższych działań, jeżeli jest to wymagane,
- c) projektowania i budowy składnika majątkowego wraz z zapewnieniem finansowania powyższych działań, jeżeli jest to wymagane,
- d) świadczenia usług dotyczących składnika majątkowego przez nie krócej niż 5 lat, wraz z zapewnieniem finansowania powyższych usług, jeżeli jest to wymagane²⁵.

Zgodnie z art. 3, ust. 2 wspomnianej ustawy irlandzkiej, „instytucja publiczna może, za zgodą właściwego ministra, albo sama, albo łącznie z inną osobą (w tym także z inną instytucją publiczną) spowodować utworzenie i zarejestrowanie przedsiębiorstwa lub przystąpić jako udziałowiec do istniejącej spółki, dla celów porozumienia partnerstwa publiczno-prywatnego bądź zawarcia takiego porozumienia”.

Natomiast wedle art. 4, ust. 2 „zadanie powierzone partnerowi w ramach porozumienia o partnerstwie publiczno-prywatnym może być wykonywane przez partnera w jego własnym imieniu, z zastrzeżeniem ogólnego nadzoru i kontroli ze strony właściwej instytucji publicznej oraz bez względu na takie porozumienie, zadanie to może być nadal wypełniane przez daną instytucję publiczną i partnera – indywidualnie przez któregośkolwiek z nich albo łącznie”²⁵.

²⁵ Tłumaczenie irlandzkiej ustawy Prawo o instytucjach publicznych (porozumienia o partnerstwie publiczno-prywatnym) z 21 lutego 2002 r. wykonane przez M. Szymańską, Krajowa Szkoła Administracji Publicznej, www.ippp.pl.

Podsumowanie

Doświadczenia innych krajów wskazują na możliwość poczynienia dzięki stosowaniu PPP znacznych oszczędności w wydatkach publicznych (doświadczenia brytyjskie wskazują na kilkanaście procent). Przykładowo, w Wielkiej Brytanii w latach 1998–2004 co dziewiąta inwestycja publiczna była realizowana w ramach PPP. Jeśliby przyjąć (czyniąc statystyczne porównanie liczby ludności Polski do liczby ludności UE i mnożąc przez uzyskany tak wskaźnik wartość realizowanych transakcji PPP w UE), że roczna wartość transakcji PPP w Polsce może wynieść 4–5 miliardów złotych, to oszczędności dla naszych finansów publicznych mogłyby wynieść co najmniej 400 mln zł²⁶.

Przyjęcie regulacji modyfikującej aktualnie obowiązującą ustawę jest konieczne wobec faktycznego bojkotu dotychczasowych przepisów przez ich adresatów, którzy zostali obciążeni nadmiernymi obowiązkami i rygorami. Na koniec można zacytować słowa znawcy gospodarki lokalnej, Jerzego Paryska: „partnerstwo to trudna forma i droga współdziałania, jednak droga konieczna, jeśli ma być uruchomiony i wykorzystany ten, jeszcze jeden, efektywny czynnik rozwoju lokalnego”²⁷.

²⁶ Ocena skutków regulacji projektu Ministerstwa Gospodarki, Zmiany ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym z 18 grudnia 2006 r.

²⁷ J. Parysek, *Podstawy gospodarki lokalnej*, Poznań 2001, s. 161.

Marcin Halkiewicz

Masowe uczestnictwo osób jako przesłanka reglamentacji organizowania zgromadzeń, impres masowych i pozostałych imprez artystycznych i rozrywkowych

Konstytucja RP gwarantuje obywatelom wolność pokojowego zgromadzania się, nie wypowiada się w kwestii organizowania czy uczestnictwa w różnego rodzaju imprezach artystycznych, rozrywkowych i sportowych. Tak czy inaczej, art. 31 ust. 3 Konstytucji odnoszący się do możliwości wprowadzania ograniczeń konstytucyjnie zagwarantowanych wolności i nakładania obowiązków, wskazuje przyczyny uzasadniające uchwalenie ustaw reglamentujących wspomniane możliwości aktywności społecznej. Ustawodawca swoją ingerencję może oprzeć na ochronie enumeratywnie wyliczonych, aczkolwiek ogólnie zakreślonych, wartości takich, jak: bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, środowisko naturalne, zdrowie i moralność publiczna, wreszcie prawa i wolności innych osób.

Trzy ustawy stanowiące podstawę do analizy tytułowego zagadnienia, jak również do wywodzenia pewnych wniosków *de lege ferenda*,

umożliwiają adresatom norm zarówno organizację takich wydarzeń, zgromadzenia, imprezy masowe oraz pozostałe imprezy artystyczne i rozrywkowe, jak i zwykle w nich uczestnictwo. Oba aspekty pozostają regulowane prawnie. Regulacje te mają uzasadnienie konstytucyjne, ponadto dostrzegalny jest ścisły ich związek z faktem masowości uczestnictwa osób fizycznych. Jest to element wspólny tych zdarzeń, jakkolwiek wykazują one istotne odrębności, czego wyrazem jest poddanie ich odmiennym reżimom prawnym.

Ważne pozostaje zatem rozróżnienie w oparciu o definicje legalne. Zgromadzenie to zgrupowanie co najmniej 15 osób w celu wyrażenia wspólnego stanowiska lub odbycia wspólnych obrad. Trzeba dostrzec, że zgromadzenie wymyka się reglamentacji, gdy nie jest zgromadzeniem publicznym. A publiczne to takie, które spełnia łącznie dwa warunki: jest organizowane na otwartej przestrzeni i pozostaje dostępne dla nieokreślonych imiennie osób¹. Nie są zatem objęte ograniczeniami ustawowymi zgromadzenia (jakkolwiek przecież ustawowo zdefiniowane) odbywające się w pomieszczeniach lub też grupujące osoby według określonej zamkniętej listy. Stąd regulacji ustawy z 5 lipca 1990 r. Prawo o zgromadzeniach (dalej upz) wymykają się wszelkie zgromadzenia akcjonariuszy, wspólników, udziałowców, członków stowarzyszeń, członków spółdzielni. Stosowanie ustawy zostało wyłączone *ex lege* w stosunku do zgromadzeń organizowanych przez organy państwa lub organy samorządu terytorialnego, także odbywane w ramach działalności Kościoła katolickiego i innych związków wyznaniowych oraz związane z wyborami do władz państwowych i samorządowych.

Zgromadzenie niezależnie jednak od przewidywanej liczby uczestników nie może być utożsamiane z imprezą masową, od której odróżnia je cel i charakter. Impreza masowa ma bowiem charakter artystyczny, rozrywkowy lub sportowy. Definicja imprezy masowej opiera się nie na przewidywanej liczbie uczestników, jak zwykle się uważać, ale zależy od

¹ Wyraźnie chodzi tu o nieokreśloność imienną, z całą pewnością nie o nieokreśloną liczbę uczestników. Ta zawsze może zostać określona przez organizatora, choćby w związku z wyodrębnieniem terenu, na którym się odbywa zgromadzenie.

miejsca jej organizacji, ściślej liczby osób mogących uczestniczyć w imprezie, co bezpośrednio wiąże się z ilością miejsc dla osób w obiekcie albo liczbą biletów, zaproszeń i innych dokumentów uprawniających do udziału. Na stadionie lub terenie otwartym próg definiowania wynosi 1000 miejsc, w budynku 300. Liczby te przesądzą o kwalifikacji zdarzenia przyszłego do kategorii imprez masowych i o stosowaniu przepisów ustawy z 22 sierpnia 1997 r. o bezpieczeństwie imprez masowych (dalej *ubim*). Definicja ta nie przysparzałaby większych problemów interpretacyjnych, gdyby nie jej modyfikacja przez charakter podwyższonego ryzyka, jako stanu prawdopodobieństwa wystąpienia aktów przemocy i agresji, który próg definiowania obniża odpowiednio z 1000 do 300 i z 300 do 200 miejsc. Stąd niedookreślony staje się charakter imprez stadionowych i organizowanych na terenie otwartym, gdzie wydzielono na potrzeby imprezy sektor np. 700 miejsc lub też w budynkach, gdzie miejsc dla uczestników jest np. 250. Organizator jako pierwszy przypisuje lub odmawia imprezie charakteru podwyższonego ryzyka, a organ administracyjny mógłby to podejście korygować. Problem rodzi sytuacja stwierdzenia przez organizatora braku prawdopodobieństwa wystąpienia aktów przemocy i agresji, bowiem organ może nie mieć nawet możliwości zmiany kwalifikacji, gdyż nie zostanie poinformowany – taki obowiązek nie będzie ciążył na organizatorze wskutek niezastosowania przepisów ustawy. Tylko czasami organ tę wiedzę posiędzie, gdy impreza artystyczna i rozrywkowa (ale nie *stricte* sportowa), pomimo że niebędąca masową, odbywając się w sposób objazdowy lub poza stałą siedzibą organizatora, podlegać będzie obowiązkowi zawiadomienia organu gminy na mocy ustawy z 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (dalej *uopdk*). Aby uniknąć dalszych problemów interpretacyjnych należałoby odchodzić od wyróżniania imprez masowych o charakterze podwyższonego ryzyka, przy równoczesnym obniżeniu progu definiowania imprezy masowej. Ponieważ jednak ustawa w obecnym kształcie stawia przed organizatorem bardzo liczne wymogi formalne i merytoryczne, należałoby reglamentację zróżnicować w kilku kategoriach, których wyznacznikiem miałyby być

liczebność osób obecnych na imprezie. W ten sposób mniejsze imprezy wiązałyby się z mniejszym formalizmem prawnym, duże mogłyby nadal funkcjonować w oparciu o obecny system zezwoleń. To uelastycznienie przesłanek dopuszczalności organizacji imprez masowych miałoby z pewnością tę pozytywną cechę, że organ zawsze posiadałby wiedzę o przyszłym zdarzeniu.

Należy jeszcze wspomnieć o wielu wyłączeniach ustawowych spod definicji imprezy masowej. Szczególne wyłączenia wynikają z miejsc organizowania wydarzeń, takich jak teatry, opery, operetki, filharmonie, kina, muzea, biblioteki, domy kultury, galerie sztuki, placówki oświatowe. Dostrzegamy również wyłączenia z uwagi na charakter imprezy, wśród których znajdują się organizowane w ramach współzawodnictwa sportowego dzieci i młodzieży lub wyłącznie dla sportowców niepełnosprawnych oraz imprezy rekreacyjne. Być może wypadałoby dodać w ustawie kilka wyłączeń podmiotowych, np. imprezą masową nie byłoby zdarzenie organizowane przez jednostki samorządu terytorialnego. Pozwoliłoby to uniknąć w przyszłości takich problematycznych sytuacji, jak niemożność zorganizowania przez nowo wybrane organy gminy zabawy sylwestrowej w 2006 r. w Warszawie, bowiem poprzednie władze stolicy nie dochowały terminu składania wniosku przewidzianego ustawą.

Imprezy artystyczne i rozrywkowe nie zostały zdefiniowane w uopdk. Z całą pewnością ustawa ta znajdzie zastosowanie dopiero wówczas, gdy wykluczmy masowy charakter tej imprezy. Zatem uopdk jest regulacją uzupełniającą w stosunku do ubim w zakresie reglamentacji imprez. I trzeba przyznać, że bardzo ograniczoną, bowiem dotyczy jedynie tych wydarzeń, które mają się odbyć poza stałą siedzibą organizatora lub organizowane są w sposób objazdowy. Ubim w zakresie imprez artystycznych i rozrywkowych jest *lex specialis* wobec uopdk, dlatego musimy przyznać jej pierwszeństwo stosowania.

Z całą pewnością problem liczebnie pokaźnego uczestnictwa osób w wydarzeniu jest przez ustawodawcę najpoważniej traktowany w przypadku imprez masowych. Choć liczba uczestników imprezy ma-

sowej może być zbliżona do liczby osób gromadzących się publicznie, to jednak charakter tych dwóch spotkań jest diametralnie inny, co znajduje przełożenie na progi stawiane organizatorom. Impreza masowa *ex definitione* ma charakter artystyczny, rozrywkowy lub sportowy, nie kładzie się tutaj szczególnego nacisku na pokojowy charakter. Rozrywka bywa różnie pojmowana przez poszczególne kategorie uczestników, stąd o wiele większa presja na zabezpieczenie ze strony organizatora. Należy zwrócić uwagę, że w niewielkim stopniu na obowiązki organizatora w tym zakresie ma wpływ okoliczność niepobierania opłat za wstęp na imprezę². Tryb wnioskowy z jasno sprecyzowanymi, licznymi, wysokimi wymogami formalnymi wniosku, restrykcyjnie określone terminy, sprowadzają procedurę uzyskiwania zezwoleń na organizację imprezy masowej do ściśle podyktowanej przepisami. Wśród wymogów odnajdziemy: konieczność pozyskania opinii komendantów powiatowych Policji i Państwowej Straży Pożarnej, kierownika jednostki organizacyjnej pogotowia ratunkowego, inspektora sanitarnego³, sporządzenie graficznego planu obiektu⁴, regulaminu obiektu, regulaminu imprezy, zawarcia przez organizatora umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone uczestnikom. Ustawa determinuje również pewne warunki bezpieczeństwa: minimalna liczba służb porządkowych (która może zostać podwyższona przez opinię komendanta powiatowego Policji), wyznaczenie kierownika do spraw bezpieczeństwa. Wśród przesłanek wydania decyzji odmawiającej zezwolenia na przeprowadzenie imprezy masowej, pozostających do dyspozycji organu gminy (wójta, burmistrza, prezydenta miasta)

² Zwolniony on jest wówczas z obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone uczestnikom w związku z imprezą masową. Widoczny jest zatem wpływ na kwestię odpowiedzialności organizatora, lecz z punktu widzenia przesłanek pozyskania zezwolenia na organizację imprezy niewiele to zmienia.

³ Dla pozyskania opinii wymienionych organów też przewidziano specjalną procedurę, włącznie z ustaleniem terminów złożenia wniosków.

⁴ Plan ten został sformalizowany przez ustawowe wyliczenie elementów, które muszą być w nim uwidocznione, np. drogi dojścia i rozchodzenia się publiczności, drogi ewakuacyjne, drogi dojazdowe dla pojazdów służb ratowniczych, punkty pomocy medycznej, informacyjne, rozmieszczenie służb porządkowych, punktów gastronomicznych, sanitariatów.

pozostają braki formalne wniosku, niedotrzymanie terminu jego złożenia, również niewystarczające zabezpieczenie przebiegu imprezy w postaci zbyt mało liczebnych, niewyszkolonych, nieodpowiednio wyposażonych służb porządkowej i informacyjnej. Także niezapewnienie właściwej pomocy medycznej lub zaplecza higieniczno-sanitarnego. Dostrzegamy wyraźnie brak przesłanek ujętych w klauzule generalne. Ubim cechuje raczej jednoznaczność wskazań odmowy zezwolenia.

Inaczej wygląda reglamentacja imprez artystycznych i rozrywkowych niebędących masowymi oraz zgromadzeń. Tutaj ustawodawca przewidział obowiązek zawiadomienia organu gminy o zamiarze organizacji przedsięwzięcia z odpowiednim wyprzedzeniem. Zawiadomienie musi spełniać oczywiście pewne warunki formalne, istotną z punktu widzenia przesłanek wydania decyzji zakazującej jest wskazanie podjętych przez organizatora środków bezpieczeństwa.

W przypadku zgromadzeń tryb „zawiadomieniowy” przyznaje administracji jedynie kontrolną rolę nad wykonywaniem konstytucyjnie zagwarantowanej wolności pokojowego zgromadzania się. Stąd wydanie decyzji zakazującej musi być wyjątkiem od reguły milczenia organu w sytuacji właściwego, zgodnego z prawem realizowania wolności. Prawna skuteczność milczenia powstaje po 3 dniach od złożenia zawiadomienia. Jakikolwiek zakaz organizowania zgromadzenia musi znaleźć silne oparcie w przesłankach ustawowych, które mogą być interpretowane jedynie ścieśniająco. Z kolei od organizatora zgromadzenia nie należy wymagać takiego stopnia zabezpieczenia, jak przy imprezach artystycznych, rozrywkowych, a już z całą pewnością sportowych. Organizator zgromadzenia publicznego odpowiadać może jedynie za zachowania uczestników zgromadzenia, a te z założenia będą pokojowe. Obawa niepokojowych zachowań uczestników zgromadzenia wystąpi raczej rzadko i będzie dotyczyć sytuacji jednostkowych, które organizator nie zawsze będzie w stanie przewidzieć. Stąd wniosek, iż po stronie organizatora będzie leżał obowiązek zapewnienia w większym stopniu służb organizacyjno-informacyjnych niż porządkowych. Uczestnictwo służb porządkowych w dużej liczbie, a już

na pewno porozumienie o odpłatnym udziale policji w zabezpieczeniu zgromadzenia publicznego, należy uznać za objaw dobrej woli organizatora.

Zakaz zgromadzenia publicznego może być uzasadniony koniecznością ochrony życia i zdrowia ludzi oraz mienia w znacznych rozmiarach. Zakaz będzie uzasadniony tylko wówczas, gdy zagrożenie dla tych dóbr pochodzić może od uczestników zgromadzenia. Niedopuszczalne jest zakazanie z powołaniem na zagrożenia wynikające z równoległego organizowania innych zgromadzeń publicznych, manifestujących odmienne stanowiska. Możliwość starcia się uczestników kilku zgromadzeń może być rozpatrywana przez organ tylko w kontekście własnych działań zabezpieczających przed naruszeniami porządku publicznego, nie może prowadzić do zaostrzenia wymagań wobec organizatora któregokolwiek zgromadzenia. Organizatorzy nie mogą być obarczani konsekwencjami niepokojowych zachowań osób uczestniczących w zdarzeniu alternatywnym.

Nie można się zatem powyższym argumentem posługiwać, zakazując pokojowej manifestacji, podobnie jak nie wolno z niedoskonałości ustawy czynić użytku na potrzeby wyrażania przez organ własnych poglądów, nieznajdujących pokrycia w ustawowych przesłankach. Mowa tutaj o wydaniu niezgodnych z prawem decyzji zakazujących organizacji Parady Równości w Warszawie i Poznaniu w 2005 r. Prezydent Warszawy w sprawie manifestacji zaplanowanej na 11 czerwca oraz kilku zgromadzeń przewidzianych na 12 czerwca 2005 r. wyraził pogląd, że zgromadzenia nie mogą być narzędziem publicznej prezentacji orientacji seksualnej, twierdząc, iż „propagowanie homoseksualizmu” godzi w uczucia religijne innych osób. Za chybioną należy uznać także argumentację, że homoseksualiści nie mają powodu demonstrować, ponieważ nie są w Polsce dyskryminowani. Te argumenty nie pochodzą z uzasadnienia decyzji lecz z publicznych wypowiedzi prezydenta miasta. Gołym okiem dostrzegamy brak związku pomiędzy nimi i wyżej wspomnianymi przesłankami ustawowymi decyzji zakazującej. Ponadto wydaje się, że organy wydawały decyzje zakazujące ze świadomością nie-

doskonałości ustawy polegającej na niemożności egzekwowania przez organizatora skutecznej kontroli odwoławczej. Wprawdzie możliwe jest zaskarżenie decyzji do wojewody, jednak zazwyczaj procedura odwoławcza zakończy się już po terminie planowanego zgromadzenia. Dwuinstancyjność postępowania administracyjnego ma w tym przypadku charakter pozorny. Na wadę ustawy wskazał Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu w wyroku z 3 maja 2007 r., orzekając o nielegalnym zakazie organizacji Parady Równości w Warszawie w czerwcu 2005 r. ETPC zobowiązał państwo polskie do zmiany przepisów, umożliwiającej realizację prawa strony do instancyjnej kontroli działania organów w tej sferze. Stąd należy wyciągnąć odpowiednie wnioski *de lege ferenda*. Proponuję wyłączenie stosowania art. 133 kodeksu postępowania administracyjnego, przewidującego 7-dniowy termin na przesłanie akt sprawy wraz z odwołaniem organowi odwoławczemu, poprzez zamieszczenie w upz *lex specialis* o skróconym 3-dniowym terminie. Być może w związku z natychmiastową wykonalnością decyzji zakazującej organizacji zgromadzenia należałoby w upz powielić przepis art. 135 k.p.a. mówiący o możliwości wstrzymania przez organ odwoławczy natychmiastowej wykonalności w uzasadnionych przypadkach. Choć byłby to zabieg prawnie obojętny, dla strony (organizatora) byłby to wyraźny sygnał o istnieniu takiej opcji, a urzędników wojewódzkich skłaniałby do częstszego jego stosowania, w szczególności z własnej inicjatywy, czyli z urzędu.

Pocieszające jest, że organy II instancji nie wykazują tendencji do instrumentalnego traktowania przepisów upz i niezgodne z prawem decyzje zakazujące były przez wojewodów uchylane, choć, jak wspomniano wyżej, działo się to przeważnie zbyt późno, aby wolność pokojowego zgromadzania mogła być bez dalszych prawnych przeszkód realizowana.

Jednym z narzędzi służącym blokowaniu organizowania demonstracji był do niedawna przepis art. 65 ustawy Prawo o ruchu drogowym, który nakazywał uzyskanie zezwolenia organu zarządzającego ruchem na drodze publicznej na jej „zajęcie” w celu przeprowadzenia

zgromadzenia publicznego (wykorzystanie drogi w sposób szczególny). Słusznie w sprawie warszawskiej Samorządowe Kolegium Odwoławcze w Warszawie, choć także zbyt późno, uchyliło decyzję o odmowie zgody na „zajęcie drogi”, sprawa natomiast znalazła swój finał w Trybunale Konstytucyjnym, który uznał takie uzależnianie realizacji konstytucyjnie gwarantowanej wolności za niezgodne z samą Konstytucją⁵. Dzisiaj organizator nie musi ubiegać się o zgodę na wykorzystanie drogi w sposób szczególny. To na gminie ciąży obowiązek powiadomienia zarządcy drogi o konieczności ograniczenia albo wyłączenia ruchu drogowego i organizacji objazdów.

Odnieść trzeba się także do wydarzeń wrocławskich z 21 marca 2007 r., kiedy to stowarzyszenie Narodowe Odrodzenie Polski zorganizowało manifestację wypełnioną treściami powszechnie uważanymi za pochwałę faszyzmu i nawoływanie do nienawiści na tle narodowościowym i rasowym. Tutaj nie sposób jednak dostrzec jakiegoś mankamentu ustawy. Nie było też błędem zachowanie organu (prezydenta Wrocławia), który nie wydał decyzji zakazującej. Jeśli z zawiadomienia o zgromadzeniu nie wynikał zamiar popełnienia przestępstwa przez organizatorów i uczestników, administracja publiczna mogła jedynie zaniechać wydania decyzji zakazującej. Wolność zgromadzania się jest równa dla każdego obywatela, choć ograniczona również przepisami prawa karnego. Nieprawidłowość w całym zdarzeniu to niewłaściwe zachowanie policji, która nie reagowała w sytuacji popełnienia przestępstwa z art. 256 kk. Zastrzeżenie budzi również brak reakcji organu gminy w trakcie zgromadzenia, bowiem upz przewiduje uprawnienie przedstawiciela organu gminy do wydania ustnej decyzji o rozwiązaniu zgromadzenia, gdy jego przebieg narusza przepisy ustaw karnych. Kontynuowanie demonstracji (przewodniczenie, uczestnictwo) po rozwiązaniu w tym trybie stanowi wykroczenie i daje podstawę do ingerencji policji. Na przykładzie tego zdarzenia trudno wyprowadzać wnioski *de lege ferenda*, bowiem przepisy wydają się dobrze wypełniać swoją rolę, problem leży po stronie ich stosowania.

⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego, Dz.U. z 2006 Nr 17, poz. 141.

Jeśli chodzi o imprezy artystyczne i rozrywkowe niemające charakteru masowego, mamy również do czynienia z trybem „zawiadomieniowym”, jak przy zgromadzeniach. Przypomnijmy jednak, że tylko takie spośród imprez podlegają tej reglamentacji, które są organizowane w sposób objazdowy lub poza stałą siedzibą organizatora. Ustawa nie precyzuje, co należy rozumieć pod pojęciem siedziby organizatora. Gdy chodzi o osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, należy przyjąć, że chodzi o miejscowość, w której swoją siedzibę ma organ zarządzający, nie zaś konkretny adres. W przypadku osób fizycznych niejasne jest czy chodzi o miejscowość w której ona zamieszkuje, czy o tę, w której prowadzi działalność gospodarczą, obejmującą organizowanie imprez artystycznych i rozrywkowych. Wydaje się, że raczej chodzi o tę drugą możliwość.

Przesłankami wydania decyzji zakazującej są w odniesieniu do tych imprez: zagrożenie życia i zdrowia ludzi, mienia w znacznych rozmiarach oraz moralność publiczna. Możliwość prewencyjnego zakazywania prezentacji działalności artystycznej dla ochrony moralności publicznej musi dziś budzić sprzeciw. Zróżnicowane interpretowanie tej klauzuli generalnej może prowadzić do nieuzasadnionej ingerencji administracji publicznej w sferę wolności słowa realizowanej poprzez sztukę. Mamy zatem przykład działającej w polskim systemie prawa cenzury prewencyjnej, pozostającej w dyspozycji organów gminy. Faktem jest, że niezmiernie rzadko sięga się po tę możliwość, tym bardziej archaiczność takiej regulacji powinna znaleźć odzwierciedlenie w zmianie przepisów.

Mówiąc o reglamentacji organizowania imprez artystycznych i rozrywkowych, nie można nie zwrócić uwagi na art. 37 uopdk, wskazujący na możliwość zawieszenia organizowania imprez, normą o charakterze generalnym i abstrakcyjnym. Prezes Rady Ministrów może zarządzić zawieszenie organizowania imprez na czas określony w związku z ogłoszeniem żałoby narodowej, natomiast wojewoda w związku z żałobą, ale już nie o narodowym charakterze, lecz regionalnym – o zasięgu obejmującym gminę, kilka gmin, powiat, kilka powia-

tów czy wreszcie całe województwo. Ponadto wojewodzie przypisano dodatkowe dwie przesłanki: konieczność zapobieżenia epidemii oraz klęska żywiołowa. Te także mogą prowadzić do wydania rozporządzenia obowiązującego na terenie całego województwa lub jego części. Z całą pewnością opisana regulacja odnosi się do imprez artystycznych i rozrywkowych niebędących masowymi, i to zarówno takich, które odbywają się w stałej siedzibie organizatora, jak i tych, które z uwagi na charakter objazdowy lub organizację poza siedzibą organizatora zostały zawiadomione gminie i nie zostały zakazane. Zawieszenie polega zatem na wstrzymaniu organizacji imprezy planowej i zgodnej z prawem. Należy zastanowić się, czy w świetle umieszczenia tej regulacji w uopdk zawieszenie dotyczy również imprez masowych. Stoję na stanowisku, że impreza masowa jest szczególnym rodzajem imprezy artystycznej i rozrywkowej, stąd uopdk stanowi normę generalną, która nie doznaje modyfikacji ani jej stosowanie nie jest wyłączone żadną normą ubim, która mogłaby stanowić *lex specialis*. Nie wskazuje się przy tym na możliwość zawieszenia w tym trybie imprez sportowych. Z pewnością impreza sportowa z udziałem publiczności będzie stanowić równocześnie imprezę rozrywkową i w związku z zawieszeniem nie będzie mogła się odbyć. Wydarzenie sportowe bez udziału publiczności nie ma charakteru rozrywkowego – stąd wymyka się regulacji uopdk.

Podsumowując, masowość udziału osób fizycznych w opisywanych wydarzeniach jest pewnym ich elementem wspólnym. Nie da się jednak uciec od konkluzji, że z uwagi na odmienny cel i charakter, jak również konstytucyjną rangę wolności pokojowego zgromadzania się, ograniczenia organizowania imprez artystycznych, rozrywkowych i sportowych oraz zgromadzeń muszą wykazywać pewne różnice konstrukcyjne. Stąd przy zgromadzeniach, i to wyłącznie publicznych, przyjęto system „zawiadomieniowy” zwany również rejestracyjnym, natomiast przy imprezach artystycznych i rozrywkowych o charakterze masowym oraz wszelkich imprezach sportowych system sformalizowanych zezwoleń, zwany czasem koncesyjnym. Mniejszy stopień

zagrożenia bezpieczeństwa osób i mienia wśród imprez artystycznych i rozrywkowych niebędących masowymi ustawodawca uznał za wystarczający powód poddania nielicznej ich grupy rygorowi związanemu z koniecznością zawiadomienia organu gminy, większość takich wydarzeń pozostawiając jednak sferą zupełnie niereglamentowaną. Brak akceptacji konstytucji dla innego układu norm znalazł wyraz w wyroku TK uznającym za niezgodne z konstytucją przepisy prawa o ruchu drogowym, sprowadzające organizację zgromadzenia do trybu wnioskowego, gdzie decyzja zezwalająca byłaby uzależniona od spełnienia wielu szczegółowych warunków. Wyraźny to znak, że organizowanie zgromadzenia nie powinno doznawać tak daleko idących ograniczeń, które stawiałyby je na równi z imprezami komercyjnymi, gdzie również dochodziłoby do wprowadzania utrudnień w ruchu drogowym.

Zgromadzenia oraz imprezy artystyczne, rozrywkowe czy sportowe, choć często do siebie podobne przebiegiem, znacznie różnią się przyświecającym im celem, stąd również odmienność regulacji prawnych zajmujących się wyznaczaniem zasad dopuszczalności ich organizacji. Obecne ustawy dobrze spełniają swoje funkcje, co nie oznacza, że nie można wskazać propozycji ich zmian. A sugestie zmian są stosunkowo nieliczne, pojawiające się w związku z pewnymi aspektami stosowania przepisów. Ustawodawca nie ma jednak wpływu na błędne stosowanie przepisów, które w dobrym brzmieniu znajdują się w odpowiednich miejscach systemu prawa. Stąd konieczność wzmocnienia instancyjnej kontroli, aby akty administracyjne o treści niezgodnej z intencją ustawodawcy były korygowane w czasie niepozbawiającym organizatorów szans na wypełnienie swych zgodnych z prawem zamierzeń.

Summary

Mass participation of natural persons in various events involves a few activities treated differently by law, depending on its purpose or where the given event takes place. A legislator reserves different restrictions

for assemblies organised in accordance with the constitutional right of the people to assemble peaceably, and yet different restrictions and certain limitations are reserved for public mass events and other cultural and musical events. It cannot be denied however that taking into consideration a number of participants in such events, legal regulations should be more uniform. On the other hand peaceable nature, specific purpose and treating the organisation of assemblies as a manifestation of the constitutional freedom decidedly differentiate them from sporting, musical or cultural events. However, as far as sporting, musical and cultural events are concerned the regulations concerning them are also diversified depending on where the event takes place, and what the previous experience concerning safety is (e.g. high risk).

A legislator introduces restrictions on assemblies and public mass events, and other cultural and musical events taking into account the protection of people's life, health and property to a large degree as well as sometimes the protection of public morality, and opportunities to violate the regulations of criminal law. The creation of certain conditions making it possible for local government bodies to intervene, leaves some space for their instrumental treatment. That is why one should consider working out certain standards of assessing risk resulting from organising a given event. Cases from recent past serve as good material for formulating motions *de lege ferenda*.

Jerzy Pańnik

Stosunek służbowy funkcjonariuszy służb mundurowych. Uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda*

Wprowadzenie

Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie ewolucji istoty i treści stosunku służbowego funkcjonariuszy organów państwa i bezpieczeństwa publicznego od 1990 r. do chwili obecnej. W literaturze przedmiotu – jak do tej pory – kwestię tę traktowano marginalnie i to nie tylko z uwagi na jej złożoność, ale również z przyczyn faktycznych. Wielokrotne nowelizacje przepisów pragmatycznych powodowały, że opracowania monograficzne¹ czy przyczynkarskie² szybko się dezaktualizowały i nabierały waloru historycznego. W tej sytuacji nie sposób

¹ Zob. np.: W. Kotowski, *Ustawa o Policji. Komentarz praktyczny*, Warszawa 2004; J. Pańnik, *Prawo dyscyplinarne w Polsce*, Warszawa 2002.

² A. Gozdowski, *Status funkcjonariusza służby więziennej*, „Radca Prawny” 1999, nr 5; K. W. Baran, *Prawo do sądu a droga sądowa w sprawach z zakresu prawa pracy*, „Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej” 1997, nr 1.

nie docenić istotnej roli Trybunału Konstytucyjnego, który wielokrotnie wypowiadał się na temat różnych elementów stosunku służbowego funkcjonariuszy służb mundurowych, a jego orzeczenia trwale kształtowały zasadnicze jego elementy³.

Z kolei dokonane po 1989 r. zmiany ustrojowe oraz wynikająca stąd zasadnicza reforma tych organów przemawiają za celowością dokonania porównań istniejących w tym czasie unormowań istoty i treści stosunku służbowego funkcjonariuszy tych organów (*vide* ustawa z 31 lipca 1985 r. o służbie funkcjonariuszy Służby Bezpieczeństwa i Milicji Obywatelskiej Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, Dz.U. Nr 38, poz. 181 z późn.zm., zwana dalej ustawą z 1985 r.) z obowiązującymi w chwili obecnej.

Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na szczegółową analizę całości zagadnienia, chociażby ze względu na fakt, że w poprzednim systemie niektóre z tych formacji miały status właściwy dla Sił Zbrojnych (Wojska Ochrony Pogranicza, Biuro Ochrony Rządu, Służba Wywiadu Wojskowego oraz Służba Kontrwywiadu Wojskowego), inne w ogóle nie istniały, np. Centralne Biuro Antykorupcyjne albo uzyskały znacznie szersze uprawnienia, np. Służba Celna.

Wprawdzie zawarte w stosownych przepisach regulacje pragmatyczne wskazują na pewne podobieństwa stosunku służbowego funkcjonariuszy poszczególnych służb, ale również występują różnice. Z tego też względu ograniczono się do omówienia unormowań, obowiązujących w Policji, Straży Granicznej, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu oraz Służby Więziennej i odniesiono je do mających zastosowanie do organów, wykonujących identyczne zadania w okresie PRL. Takie porównanie pozwoli też na wskazania przebiegu i zakresu ewolucji, zaistniałego w ostatnich 17 latach i sformułowanie wniosków *de lege ferenda*.

³ Zob. np. wyrok z 7 stycznia 1992 r., sygn. K 8/91, OTK, poz. 5; uchwała z 21 stycznia 1995 r., sygn. W 14/94, OTK 1/95, poz. 19; wyrok z 8 kwietnia 1997 r., sygn. K 14/96, OTK 2/97, poz. 16; wyrok z 8 października 2002 r., sygn. K 36/00, OTK-A 5/02, poz. 63; wyrok z 19 marca 2007 r., sygn. K 47/05, OTK-A 3/07, poz. 27.

Zrezygnowano natomiast z czynienia porównań z funkcjonariuszami Służby Kontrwywiadu Wojskowego i Służby Wywiadu Wojskowego, albowiem służbę w nich pełnią również żołnierze b. Wojskowych Służb Informacyjnych, których stosunek służbowy regulują przepisy ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych.

W tym kontekście niezbędne wydaje się przedstawienie usytuowania tych służb w aktualnej w danym czasie strukturze aparatu państwowego, albowiem wskazuje to na organ władny do szczegółowego regulowania niektórych aspektów stosunku służbowego.

Z uwagi na powyższe należy podnieść, że zgodnie z postanowieniami ustawy z 14 lipca 1983 r. o urzędzie Ministra Spraw Wewnętrznych i zakresie podległych mu organów (Dz.U. Nr 38, poz. 172 z późn. zm., zwanej dalej ustawą z 1983 r.), minister ten był naczelnym organem administracji państwowej w dziedzinie ochrony bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego, ochrony przed bezprawnymi zamachami na życie i zdrowie ludzi oraz dorobek materialny i kulturalny społeczeństwa (art. 1 ust. 1), a zadania te realizował przez Służbę Bezpieczeństwa, Milicję Obywatelską, podległe mu jednostki wojskowe oraz straż pożarną (art. 5 ust. 1). Dodać przy tym należy, że SB stanowiła składową część Ministerstwa Spraw Wewnętrznych, natomiast milicja, straż pożarna i jednostki wojskowe były zorganizowane w odrębne jednostki organizacyjne z komendantem głównym lub dowódcą na czele i nie wchodziły w skład ministerstwa.

W aktualnym stanie prawnym Komendant Główny Policji, Komendant Główny Straży Granicznej i szefowie Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, są centralnymi organami w zakresie ochrony bezpieczeństwa ludzi oraz utrzymania bezpieczeństwa i porządku publicznego, ochrony granicy państwowej i kontroli ruchu granicznego (odpowiednio – art. 5 ust. 1 ustawy z 6 kwietnia 1990 r. o Policji, tekst jedn. Dz.U. z 2007 r. Nr 43, poz. 279, zwana dalej ustawą o Policji; art. 3 ust. 1 ustawy z 12 października 1990 r. o Straży Granicznej, tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. Nr 234, poz. 1997 z późn. zm., zwana dalej ustawą o SG) oraz bezpieczeństwa państwa (art. 3 ust. 1 w zw.

z art. 5 ust. 1 i art. 6 ust. 1 ustawy z 4 września 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz o Agencji Wywiadu, Dz.U. Nr 74, poz. 676 z późn. zm., zwanej dalej ustawą o ABW i AW).

Inaczej natomiast rzecz przedstawia się ze Służbą Więzienną, która realizuje zadania w zakresie wykonywania kary pozbawienia wolności i tymczasowego aresztowania, podlegając Ministrowi Sprawiedliwości, zaś stojący na czele formacji Dyrektor Generalny Służby Więziennej nie ma statusu centralnego urzędu administracji rządowej (art. 1 ust. 21 w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy z 26 kwietnia 1996 r., tekst jedn. Dz.U. z 2002 r. Nr 207, poz. 1761 z późn. zm. zwana dalej ustawą o SW).

Podobnie rzecz się ma z Biurem Ochrony Rządu, które wykonuje zadania z zakresu ochrony osób, obiektów i urządzeń, a Szef Biura podlega ministrowi odpowiedzialnemu za sprawy wewnętrzne (art. 1 ust. 1 w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy z 16 marca 2001 r., tekst jedn. Dz.U. z 2004 r. Nr 163, poz. 1712 z późn. zm., zwana dalej ustawą o BOR).

Można zatem stwierdzić, że usytuowanie Służby Więziennej w strukturze Ministerstwa Sprawiedliwości oraz Biura Ochrony Rządu w ramach Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, jest analogiczne do stanu MO w ramach Ministerstwa Spraw Wewnętrznych, przed 1990 r.

Zagadnienia ogólne

a) Zasady organizacji

Z obowiązujących zarówno w okresie II Rzeczypospolitej, jak i po 1944 r. uregulowań wynika jednoznacznie, że działające w sferze ochrony bezpieczeństwa publicznego organy były zorganizowane na wzór wojskowy (zob. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 6 maja 1928 r. o Policji Państwowej, tekst jedn. Dz.U. z 1931 r. Nr 5, poz. 27 z późn. zm.; dekret Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z 7 października 1944 r. o Milicji Obywatelskiej, Dz.U. Nr 7, poz. 33; dekret z 21 grudnia 1955 r. o organizacji i zakresie działania Milicji Obywatelskiej, Dz.U. Nr 46, poz. 311 z późn. zm).

Ta *sui generis* tradycja jest kontynuowana również po 1990 r., albowiem Policja i Agencja Bezpieczeństwa oraz Agencja Wywiadu, są umundurowanymi i uzbrojonymi formacjami, których funkcjonariusze podlegają szczególnej dyscyplinie (art. 1 ust. 1 w zw. art. 32 ust. 1 ustawy o Policji, art. 44 pkt 5 w zw. z art. 81 ust. 7 ustawy o ABW i AW).

Na takiej samej zasadzie zorganizowane są inne służby, tj. Straż Graniczna (art. 1 ust. 1 ustawy o SG), Biuro Ochrony Rządu (art. 1 ust. 1 ustawy o BOR), Służba Więzienna (art. 1 ust. 2 ustawy o SW), a nawet Państwowa Straż Łowiecka i Straż Ochrony Kolei (odpowiednio – art. 36 ust. 1 ustawy z 13 października 1995 r. Prawo łowieckie, tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. Nr 127, poz. 1066 z późn. zm., art. 59 ust. 4 pkt 6 ustawy z 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym, tekst jedn. Dz.U. z 2007 r. Nr 16, poz. 94).

Zmilitaryzowany charakter Policji, Straży Granicznej, obu Agencji oraz Służby Więziennej, został dodatkowo podkreślony przez zapisy o rozkazodawstwie jako formie sprawowania kierownictwa oraz stosowania wobec funkcjonariuszy wybranych zapisów części wojskowej kk, tj. art. 318 i 344 (art. 141a ustawy o Policji, art. 143a ustawy o SG, art. 153 ustawy o ABW i AW, art. 58a ustawy o SW).

Interesujące jest to, że takiego odesłania nie zawiera ustawa o BOR, choć do chwili jej uchwalenia formacja ta miała status jednostki wojskowej i w związku z tym należy zasadnie przypuszczać, iż było to po prostu wynikiem niedopatrzenia ustawodawcy.

Tytułem porównania należy wspomnieć, że ustawa z 1985 r. ani SB, ani też MO nie określała wprost ich jako formacji umundurowanych, uzbrojonych i podległych szczególnej dyscyplinie służbowej, choć z treści konkretnych przepisów (zob. np. art. 37 ustawy z 1985 r., art. 9 ust. 1 ustawy z 1983 r.) wynika jednoznacznie, że miały one taki charakter.

Brak też było analogicznych zapisów rangi ustawowej, traktujących pojęcie rozkazu w znaczeniu rozkazu wojskowego, aczkolwiek sam termin „rozkaz” był stosowany w aktach wewnętrznych nie tylko na oznaczenie formy poleceń, ale również decyzji personalnych.

b) Wymogi podmiotowe kandydata do służby

Zgodnie z przepisami pragmatycznymi, od kandydata do służby w Policji, Straży Granicznej, Biura Ochrony Rządu i Służby Więziennej, wymagane jest posiadanie obywatelstwa polskiego, legitymowanie się co najmniej średnim wykształceniem i określonymi kwalifikacjami zawodowymi, nieskazitelną opinią oraz zdolnością fizyczną i psychiczną, a także korzystanie z pełni praw publicznych (art. 25 ustawy o Policji, art. 31 ust. 1 ustawy o SG, art. 20 ust. 1 ustawy o BOR, art. 24 ust. 1 ustawy o SW).

Z kolei do służby w ABW lub AW wymaga się dodatkowo rękojmi zachowania tajemnicy, postawy patriotycznej oraz wyłączności obywatelstwa polskiego (art. 44 ustawy z 2002 r.).

W bardzo zbliżony sposób określano wymogi podmiotowe do służby w SB i MO, uzupełniając je o polityczne kryterium „wysokiej socjalistycznej ideowości” (art. 1 ustawy z 1985 r.).

c) Nawiązanie stosunku służbowego

Nawiązanie stosunku służbowego z kandydatem do służby w Policji, Straży Granicznej i Biurze Ochrony Rządu następuje w drodze mianowania, przy czym stosowne przepisy przewidują:

a) mianowanie okresowe w formie:

- służby przygotowawczej trwającej co do zasady 3 lata (art. 28 ust. 1a pkt 1 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy o Policji, art. 35 ust. 1 ustawy o SG, art. 24 ust. 1 ustawy o BOR, art. 49 ust. 1 ustawy o ABW i AW) lub 2 lata (art. 29 ust. 1 ustawy o SW),

- służby kandydackiej, pełnionej przez osoby zobowiązane do odbycia powszechnego obowiązku wojskowego w rozumieniu art. 56 ust. 1 ustawy z 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn. Dz.U. z 2004 r. Nr 241, poz. 2416 z późn. zm.) i zgodnie z art. 56 ust. 1a tej ustawy trwającej aktualnie 12 miesięcy (art. 28 ust. 1a pkt 1 *in fine* w zw. z art. 30 ust. 1 ustawy o Policji, art. 153 ust. 1 ustawy o SG, art. 140 ust. 1 ustawy o BOR). Na mocy odrębnych przepisów okres tej służby może być wliczony do okresu służby przygotowawczej,

- służby kontraktowej, pełnionej od 3 do 10 lat (art. 28 ust. 1a pkt 2 w zw. z ust. 1c ustawy o Policji),

b) mianowanie do służby stałej, pełnionej przez czas nieokreślony, po uprzednim odbyciu służby przygotowawczej (art. 28 ust. 1a pkt 3 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy o Policji, art. 35 ust. 2 ustawy o SG, art. 24 ust. 2 ustawy o BOR, art. 49 ust. 2 ustawy o ABW i AW, art. 29 ust. 3 ustawy o SW).

Z wyliczenia tego wynika jednoznacznie, że:

- standardowym rozwiązaniem we wszystkich tych formacjach jest najpierw pełnienie służby przygotowawczej, a po jej pozytywnym zakończeniu – przekształcenie w służbę stałą,

- służba kandydacka stanowi szczególną formę zastępczego spełniania powszechnego obowiązku wojskowego i obejmuje tylko niektóre formacje,

- służba kontraktowa może być pełniona tylko w Policji. Została ona wprowadzona przez art. 1, pkt 16 ustawy z 27 lipca 2001 r. o zmianie ustawy o Policji, ustawy o działalności ubezpieczeniowej, ustawy Prawo bankowe, ustawy o samorządzie powiatowym oraz ustawy Przepisy wprowadzające ustawy reformujące administrację publiczną (Dz.U. Nr 100, poz. 1084).

Z treści art. 28 a ustawy o Policji wynika, że mianowanie następuje po zawarciu umowy z kandydatem, przy czym jednorazowy okres służby kontraktowej wynosi od 3 do 5 lat, a umowę taką można ponowić tylko jeden raz. Co do samej istoty służby kontraktowej należy powiedzieć, że jest ona niewątpliwie zbliżona do zasad obowiązujących w siłach zbrojnych i z tego względu jest dotknięta tymi samymi wadami, do których zaliczyć należy:

- mieszaną, bo zawierającą elementy cywilistyczne (zawarcie umowy), jak i administracyjne (akt mianowania) charakter nawiązania stosunku służbowego,

- brak określenia w ustawie elementów istotnych samego kontraktu, w tym przesłanek kształtowania czasu jego obowiązywania,

- różnicowanie treści stosunku służbowego policjanta w okresie służby przygotowawczej i kontraktowej, bowiem dla policjanta w służ-

bie kontraktowej nie ma wymogu odbycia służby przygotowawczej, a za taki nie sposób uznać przyjęcie pierwszego roku trwania kontraktu za okres próbny,

- brak określenia trybu przekształcenia służby kontraktowej w służbę stałą,

- zróżnicowanie w służbie kontraktowej uprawnień socjalnych przewidzianych dla policjantów w służbie przygotowawczej i stałej, w tym zwłaszcza prawa do lokalu mieszkalnego oraz praw emerytalnych,

- wątpliwości dotyczące przesłanek rozwiązania stosunku służbowego przed upływem czasu obowiązywania kontraktu.

Ustawa z 1985 r. również przewidywała mianowanie okresowe, wynoszące 3 lata dla służby przygotowawczej i 2 lata dla służby kandydackiej w oddziałach milicji (art. 5 ust. 1 w zw. z art. 6 ust. 1) oraz mianowanie na stałe, po służbie przygotowawczej (art. 6 ust. 3).

d) Rozwiązanie stosunku służbowego

Zestawienie stosownych przepisów pragmatycznych (art. 41 ustawy o Policji, art. 45 ustawy o SG, art. 35 ustawy o BOR, art. 60 ustawy o ABW i AW, art. 39 ustawy o SW) wskazuje, że wszystkie ustawy wyliczają wiele identycznych przesłanek, skutkujących obligatoryjnym lub fakultatywnym rozwiązaniem stosunku służbowego funkcjonariusza.

Wspólnymi dla wszystkich służb przesłankami obligatoryjnymi są:

- orzeczenie przez komisję lekarską trwałej niezdolności do służby,
- nieprzydatność do służby stwierdzona w opinii służbowej w okresie służby przygotowawczej,

- wymierzenie kary dyscyplinarnej wydalenia ze służby,
- skazanie prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego,
- pisemny wniosek funkcjonariusza.

Dodatkowymi przesłankami obligatoryjnymi są:

- zrzeczenie się obywatelstwa polskiego lub nabycie obywatelstwa innego państwa (ustawy o: Policji, SG, ABW i AW),
- ważny interes służby (ustawa o ABW i AW),

- upływ okresu służby określonego w kontrakcie, jeżeli nie nastąpi zawarcie kolejnego (ustawa o Policji),

- osiągnięcie określonego wieku, prawomocna odmowa poświadczenia bezpieczeństwa, 2 kolejne opinie negatywne dla funkcjonariusza w służbie stałej i upływanie okresu pozostawania w dyspozycji (ustawa o BOR).

Z kolei wspólnymi przesłankami fakultatywnymi rozwiązania stosunku służbowego są:

- prawomocny wyrok skazujący za przestępstwo inne niż umyślne i ścigane z oskarżenia publicznego,

- powołanie lub wybór do innej służby publicznej,

- osiągnięcie pełnej wyслуги emerytalnej,

- likwidacja jednostki organizacyjnej, jeżeli przeniesienie funkcjonariusza do innej jednostki nie było możliwe.

Podobnie jak i w odniesieniu do przesłanek obligatoryjnych, tak i w ramach poszczególnych służb występują inne jeszcze przesłanki, tj.:

- ważny interes służby (ustawy o: SG, ABW i AW oraz SW),

- upływ 12 miesięcy od dnia zaprzestania służby z powodu choroby lub zawieszenia w czynnościach służbowych, jeżeli nie ustały przyczyny stosowania tego środka oraz popełnienie czynu o znamionach przestępstwa albo przestępstwa skarbowego, jeżeli popełnienie czynu jest oczywiste i uniemożliwia jego pozostanie w służbie (ustawa o Policji),

- odmowa przeniesienia na niższe stanowisko (ustawy o: o SG i SW),

- 2 kolejne opinie o niewywiązywaniu się z obowiązków w okresie odbywania służby stałej oraz dwukrotne nieusprawiedliwione niestawienie się przed komisją lekarską (ustawa o ABW i AW).

W zbliżony sposób określono w art. 16 ustawy z 1985 r. podstawy zwolnienia ze służby:

- obligatoryjne, w razie orzeczenia niezdolności do służby, nieprzydatności do służby, wydalenia ze służby, prawomocnego skazania na karę pozbawienia wolności bez jej warunkowego zawieszenia a dodatkowo – pozbawienia stopnia na wniosek sądu honorowego (ust. 1),

- fakultatywne, przy prawomocnym skazaniu na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania lub warunkowym umorzeniu postępowania karnego, 2 kolejnych negatywnych opinii w czasie pełnienia służby stałej, powołania do innej służby publicznej, 30-letniej wysługi i z powodu ważnego interesu służby (ust. 2).

Wybrane zagadnienia szczegółowe

a) Czas służby

Czas służby funkcjonariuszy jest określany ogólnie, najpierw przez przesłankę wymiaru obowiązków i prawo do wypoczynku (art. 33 ust. 1 ustawy o Policji, art. 37 ust. 1 ustawy o SG, art. 27 ust. 1 ustawy o BOR, art. 51 ust. 1 ustawy o ABW i AW, art. 32 ust. 1 ustawy o SW). Dopiero w dalszej kolejności wymiar czasu służby jest konkretyzowany, przy czym dla funkcjonariuszy Policji, SG i BOR następuje to na poziomie ustawowym (odpowiednio art. 33 ust. 2, art. 37 ust. 2, art. 27 ust. 2); dla funkcjonariuszy ABW i AW w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy (§ 1 ust. 1 w zw. z § 3 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 24 kwietnia 2003 r. w sprawie rozkładu czasu służby funkcjonariuszy Agencji Wywiadu, Dz.U. Nr 86, poz. 793 i z 3 października 2003 r. w sprawie rozkładu czasu służby funkcjonariuszy Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Dz.U. Nr 177, poz. 1726); dla funkcjonariuszy SW w zarządzeniu Ministra Sprawiedliwości z 5 września 1997 r. w sprawie zasad ustalania rozkładu czasu służby funkcjonariuszy Służby Więziennej (Dz.Urz. MS Nr 4, poz. 97).

Niezależnie jednak od sposobu regulacji rozkładu czasu służby, jej wymiar jest identyczny z określonym w kodeksie pracy i wynosi 40 godzin tygodniowo, aczkolwiek w poszczególnych formacjach przyjęto zróżnicowane okresy rozliczeniowe, wynoszące:

- 4 tygodnie dla funkcjonariuszy SW,
- 3 miesiące dla funkcjonariuszy Policji i SG,

- 6 miesięcy dla funkcjonariuszy BOR.

W odniesieniu do funkcjonariuszy ABW i AW nie wskazano natomiast okresu rozliczeniowego, lecz przyjęto zasadę udzielania określonej ilości czasu wolnego po zakończeniu służby w systemie zmianowym i 5-dniowego tygodnia pracy w systemie podstawowym.

Wynikający z przyjętego podstawowego rozkładu czasu służby dzienny jej wymiar może być przedłużony ponad 8 godzin z przyczyn służbowych i wówczas funkcjonariuszowi przysługuje prawo do wolnego czasu w identycznym wymiarze lub dzień wolny, jeżeli wykonywanie tych obowiązków odbywało się bądź w nocy, bądź w dzień ustawowo wolny od pracy.

Z kolei w art. 36 ustawy z 1985 r. czas służby określał zapis o wymiarze obowiązków służbowych wraz z prawem do wypoczynku (ust. 1), a rozkład czasu służby był regulowany przez Ministra Spraw Wewnętrznych w drodze zarządzenia (ust. 2), natomiast wymiar czasu służby był identyczny z ówczesnie obowiązującymi uregulowaniami kodeksu pracy i wynosił 42 godziny na tydzień, z możliwością przedłużenia dziennego wymiaru z przyczyn służbowych.

b) Wynagrodzenie

Zgodnie z obowiązującymi uregulowaniami, wynagrodzenie funkcjonariuszy składa się z uposażenia zasadniczego i dodatków (art. 100 ustawy o Policji, art. 104 ustawy o SG, art. 90 ust. 1 ustawy o BOR, art. 115 ustawy o ABW i AW, art. 97 ustawy o SW).

Nie wdając się w skomplikowane rozważania dotyczące istoty dodatków, z których część ma charakter stały i nominalnie określony (np. dodatek za stopień) – stały ale i procentowo określony w ramach tzw. widełek (np. dodatek służbowy czy funkcyjny) lub wręcz uznaniowy, ograniczono się do podniesienia kwestii związanych z uposażeniem zasadniczym, stanowiącym podstawę do wyliczenia niektórych dodatków.

Podstawę określenia uposażenia zasadniczego stanowi tzw. kwota bazowa, ustalona w ustawie budżetowej, która aktualnie wynosi 1459,84 zł.

Na tej podstawie ustalana jest przez Prezesa Rady Ministrów dla funkcjonariuszy ABW i AW, ministra właściwego dla spraw wewnętrznych dla funkcjonariuszy Policji, SG i BOR oraz ministra sprawiedliwości dla funkcjonariuszy SW, wysokość uposażenia zasadniczego na poszczególnych grupach zaszeregowania.

Obecnie jest ono określone:

- procentowo od kwoty bazowej dla funkcjonariuszy Policji i SG (zob. załącznik nr 1 do Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 6 grudnia 2001 r. w sprawie szczegółowych zasad otrzymywania i wysokości uposażenia zasadniczego policjantów, dodatków do uposażenia oraz ustalania wysługi lat, od której jest uzależniony wzrost uposażenia zasadniczego, Dz.U. Nr 152, poz. 1732 z późn. zm., załącznik nr 1 do Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 18 kwietnia 2007 r. w sprawie uposażenia zasadniczego oraz dodatków do uposażenia funkcjonariuszy Straży Granicznej, Dz.U. Nr 74, poz. 491),

- kwotowo dla funkcjonariuszy pozostałych służb (załącznik nr 1 do Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 7 października 2002 r. w sprawie grup zaszeregowania i stawek uposażenia zasadniczego funkcjonariuszy Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego w tych grupach oraz wzrostu uposażenia zasadniczego z tytułu wysługi lat, Dz.U. Nr 172, poz. 1406 z późn. zm., załącznik do Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 31 marca 2004 r. w sprawie grup zaszeregowania i stawek uposażenia zasadniczego funkcjonariuszy Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego w tych grupach oraz wzrostu uposażenia zasadniczego z tytułu wysługi lat, Dz.U. Nr 53, poz. 526 z późn. zm., załącznik nr 2 do Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 24 maja 2002 r. w sprawie stawek uposażenia zasadniczego funkcjonariuszy Biura Ochrony Rządu, Dz.U. Nr 67, poz. 623 z późn. zm., załącznik do Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 29 marca 2007 r. w sprawie uposażenia zasadniczego funkcjonariuszy Służby Więziennej, Dz.U. Nr 57, poz. 387).

Znacznie prościej została uregulowana kwestia uposażeń zasadniczych w ustawie z 1985 r., która upoważniała ministra spraw wewnętrznych do określania, w porozumieniu z ministrem pracy i polityki społecznej, wysokości tego uposażenia na stanowiskach typowych i samodzielnie na innych stanowiskach (art. 94), przy czym było ono waloryzowane w stopniu nie mniejszym niż przeciętne wynagrodzenie pracowników w przemyśle uspołecznionym (art. 92 ust. 3).

c) Odpowiedzialność dyscyplinarna

Cechą szczególną pracowników mianowanych jest zasada odpowiedzialności dyscyplinarnej za naruszenia obowiązków. Zgodnie z obowiązującymi uregulowaniami, funkcjonariusze Policji, Straży Granicznej, Biura Ochrony Rządu, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu oraz Służby Więziennej, odpowiadają za naruszenie dyscypliny oraz, niezależnie od odpowiedzialności karnej, za popełnione przestępstwa i wykroczenia (odpowiednio art. 132 ust. 1 i ust. 4 ustawy o Policji, art. 135 ust. 1 i art. 134 ustawy o SG, art. 117 ust. 1 i art. 116 ustawy o BOR, art. 144 i art. 145 ust. 1 ustawy o ABW i AW, art. 125 ust. 2 i ust. 1 ustawy o SW). Ponadto policjanci oraz funkcjonariusze SG ponoszą odpowiedzialność dyscyplinarną za naruszenia etyki zawodowej, określoną odpowiednio w:

- Zarządzeniu nr 805 Komendanta Głównego Policji z 31 grudnia 2003 r. w sprawie Zasad etyki zawodowej policjanta (Dz.Urz. KGP Nr 1, poz. 3), które weszło w życie 1 stycznia 2004 r., lecz promulgacja nastąpiła dopiero z dniem 7 stycznia tego roku,

- Zarządzeniu Komendanta Głównego Straży Granicznej z 20 marca 2003 r. w sprawie Zasad etyki zawodowej funkcjonariuszy Straży Granicznej (Dz.Urz. KG SG Nr 1, poz. 7).

Zgodnie z art. 125 ust. 1 *in fine* ustawy o SW, jej funkcjonariusze ponoszą odpowiedzialność dyscyplinarną za naruszenie zasad etyki zawodowej, ale do chwili obecnej nie zostały one określone. O ile pojęcie przestępstwa i wykroczenia zostało zdefiniowane odpowiednio

w kodeksie karnym oraz w kodeksie wykroczeń, o tyle kwestię przewinienia dyscyplinarnego ujęto w zróżnicowany sposób.

Jedynie ustawa o Policji w art. 132 zawiera ogólną definicję przewinienia dyscyplinarnego, ujmując je jako zawinione przekroczenie uprawnień lub niewykonanie obowiązków wynikających z przepisów prawa lub rozkazów i poleceń uprawnionych przełożonych (ust. 2), a następnie w ust. 3 przykładowo wylicza 9 takich zachowań.

Z kolei ustawa o SG w art. 135 ust. 2 taksatywnie wylicza 10 zachowań, ale już w pozostałych aktach wyliczenie ma charakter przykładowy, przy czym tylko w odniesieniu do funkcjonariuszy SW ma ono charakter ustawowy, natomiast dla funkcjonariuszy BOR oraz ABW i AW, ogłoszono je w rozporządzeniu wykonawczym (zob. § 6 Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 27 maja 2002 r. w sprawie warunków i trybu przeprowadzania postępowań dyscyplinarnych wobec funkcjonariuszy Biura Ochrony Rządu, Dz.U. Nr 78, poz. 711, § 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 sierpnia 2003 r. w sprawie udzielania wyróżnień i przeprowadzania postępowań dyscyplinarnych wobec funkcjonariuszy Agencji Wywiadu, Dz.U. Nr 160, poz. 1557 z późn. zm., § 8 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 grudnia 2004 r. w sprawie udzielania wyróżnień i przeprowadzania postępowań dyscyplinarnych wobec funkcjonariuszy Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Dz.U. Nr 272, poz. 2690 z późn. zm.).

W zróżnicowany również sposób wyliczono liczbę kar dyscyplinarnych (od 6 kar w Policji, do 10 w ABW i AW) oraz ich rodzaj, a wspólnymi dla wszystkich formacji są: nagana, ostrzeżenie o niepełnej przydatności na zajmowanym stanowisku, wyznaczenie na niższe stanowisko, obniżenie stopnia oraz wydalenie ze służby, przy czym możliwe jest łączenie kary obniżenia stopnia z karą wyznaczenia na niższe stanowisko i wydalenia ze służby.

Ponadto dla funkcjonariuszy w służbie kandydackiej w Policji, SG i BOR oraz skoszarowanych funkcjonariuszy SW możliwe jest wymierzenie kary zakazu opuszczania miejsca zakwaterowania.

Niezależnie od wskazanych wyżej odmienności, wyrażających się w ustawowej i podustawowej typizacji przewinień dyscyplinarnych, zróżnicowania ilości i rodzajów kar, a także wprowadzenia odpowiedzialności dyscyplinarnej za naruszenia etyki tylko dla funkcjonariuszy niektórych formacji, nie sposób nie wskazać następujących mankamentów obowiązujących uregulowań:

a) dla policjantów:

- brak określenia trybu rozmowy dyscyplinującej jako szczególnej instytucji postępowania dyscyplinarnego,
- luka w zapisach ustawowych dotycząca obrońcy obwinionego,
- wątpliwości dotyczące konstytucyjności wprowadzenia w życie Zasad etyki,

b) dla funkcjonariuszy BOR:

- jednoinstancyjność postępowania dyscyplinarnego,
- bezwzględnie nieokreślona sankcja zakazu opuszczania miejsca zakwaterowania przez funkcjonariuszy w służbie kandydackiej.

Dla porównania, ustawa z 1985 r. przewidywała odpowiedzialność dyscyplinarną za naruszenie dyscypliny oraz za popełnienie wykroczenia, tworzyła również odpowiedzialność za naruszenie etyki zawodowej, ale tylko w wyjątkowych sytuacjach można było sprawę obwinionego przekazać do ukarania dyscyplinarnego.

Podsumowanie

a) De lege lata

1. W Polsce dla organizacji służb ochrony państwa i porządku publicznego od wielu już lat stosowany jest model formacji zmilitaryzowanej, wchodzącej w skład terenowej administracji rządowej zespolonej (Policja), niezespolonej (Straż Graniczna, Służba Więzienna) oraz administracji pozarządowej (Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencja Wywiadu i Biuro Ochrony Rządu),

2. Służba w wymienionych formacjach jest pełniona na podstawie mianowania, którego istotę i treść określają przepisy prawa administracyjnego, przy czym:

- podstawowymi rodzajami mianowania są mianowanie do służby przygotowawczej, która – co do zasady – trwa 3 lata, z wyjątkiem Służby Więziennej, gdzie okres ten wynosi 2 lata oraz – po zakończeniu okresu służby przygotowawczej – mianowanie do służby stałej,

- w niektórych formacjach stosowana jest instytucja mianowania do służby kandydackiej (Policja, Straż Graniczna oraz Biuro Ochrony Rządu), pełnionej przez osoby zobowiązane do odbycia zasadniczej służby wojskowej oraz w Policji – mianowanie w służbie kontraktowej. Ograniczony zakres uprawnień, który ustawa przyznaje funkcjonariuszom w służbie kandydackiej oraz szereg wątpliwości natury prawnej i faktycznej w odniesieniu do funkcjonariuszy w służbie kontraktowej, wskazuje na celowość rozważenia zasadności utrzymania tych odmian mianowania,

- mające zastosowanie do funkcjonariuszy poszczególnych formacji, przepisy pragmatyczne wymieniają 2 rodzaje identycznych lub zbliżonych do siebie przesłanek, skutkujących obligatoryjnym lub fakultatywnym rozwiązaniem rozwiązania stosunku służbowego,

3. Odnoszące się do wymiaru czasu pełnienia służby regulacje są identyczne zarówno między sobą, jak w stosunku do uregulowań obowiązujących w prawie pracy.

4. We wszystkich formacjach obowiązują te same zasady kształtowania wymiaru wynagrodzenia, składającego się z uposażenia zasadniczego i dodatków, a ustalonego przez ustawę budżetową w ramach tzw. kwoty bazowej. Jednak tylko dla Policji i Straży Granicznej przyjęto procentowy wskaźnik kształtowania uposażenia zasadniczego, podczas gdy w pozostałych formacjach obowiązuje wskaźnik kwotowy, zapewniający stabilność wymiaru tego składnika wynagrodzenia, bez względu na zapisy budżetowe.

5. W większości formacji obowiązuje identyczny zakres przedmiotowy odpowiedzialności dyscyplinarnej. Istniejące w tej kwestii różnice dotyczą:

- ustawowej i podstawowej podstawy typizacji przewinień dyscyplinarnych,
- rozszerzenia zakresu odpowiedzialności dyscyplinarnej funkcjonariuszy Policji, Straży Granicznej i Służby Więziennej o czyny naruszające zasady etyki zawodowej,
- ilości kar w przyjętym katalogu.

b) *De lege ferenda*

1. Dotychczasowe doświadczenia w zakresie organizacji wymienionych służb przemawiają za utrzymaniem zasady paramilitarnego ich charakteru i zasad hierarchicznego podporządkowania. Istotne modyfikacje w tym zakresie, a zwłaszcza podporządkowanie Policji organom samorządu terytorialnego w sytuacji istnienia straży gminnych (miejskich), poza wszelkimi innymi konsekwencjami (np. natury finansowej), mogłoby w polskiej rzeczywistości spowodować pogorszenie stanu bezpieczeństwa publicznego.

2. Rozważenia wymaga celowość ujednolicenia istotnych elementów statusu prawnego funkcjonariuszy omawianych służb w odniesieniu do:

- podstawy prawnej pełnienia służby (mianowanie na okres służby przygotowawczej i służby stałej, bez służby kandydackiej, będącej przecież formą realizacji powszechnego obowiązku wojskowego i zniesienia instytucji służby kontraktowej),
- sposobu nawiązania i przesłanek rozwiązania stosunku służbowego,
- ustawowego określenia wymiaru czasu służby,
- zasad kształtowania uposażenia zasadniczego oraz rodzaju i wymiaru dodatków,
- ustawowej regulacji zakresu, zasad trybu ponoszenia odpowiedzialności dyscyplinarnej.

3. Proponowane wyżej ujednolicenie powinno nastąpić w ramach jednej ustawy, zawierającej delegacje dla właściwych naczelnych organów administracji rządowej do ewentualnego uszczegółowienia

zagadnień, specyficznych dla danej służby. Takie ujęcie uniemożliwi kontynuowanie tendencji do wprowadzania wycinkowych nowelizacji, różnicujących dotychczasowy katalog uprawnień i obowiązków funkcjonariuszy poszczególnych służb. Będzie również stanowić w praktyce realizację zasady poprawnej legislacji, wynikającej z art. 2 Konstytucji.

Część trzecia

Dylematy doktryny – prawo karne i procesowe

Marek J. Lubelski

O racjonalny system kar i środków karnych

1. Tytuł tego artykułu nawiązuje do referatu wygłoszonego przez J. Majewskiego na Zjeździe Katedr Prawa Karnego w Szczyrku w 2004 r., w którym nawoływał on do „przemyślanego i spójnego” systemu sankcji karnych¹. J. Majewski skoncentrował się na sprawach techniki legislacyjnej, krytykując niejednoznaczności redakcji

¹ Zjazd Katedr Prawa Karnego i Kryminologii, Szczyrk, październik 2004 r. Materiały ze zjazdu zawiera publikacja *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, red. T. Dukiet-Nagórska, Bielsko-Biała 2006. Przywołany referat J. Majewskiego nosił tytuł *O przemyślanym, spójnym systemie sankcji karnych* (s. 54–63). Najnowszym przykładem zadziwiających rozwiązań stosowanych przez ustawodawcę przy kreowaniu sankcji może być przepis art. 595 § 1 ksh, w brzmieniu nadanym mu ustawą z 18 października 2006 r. o zmianie ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2006 Nr 208, poz. 1540; zmiana weszła w życie 1 stycznia 2007 r.), gdzie za dopuszczenie przez członka zarządu spółki handlowej do tego, by pisma handlowe i informacje pochodzące od spółki w przypadkach przewidzianych przez ksh nie zawierały danych określonych w tych przepisach, przewidziano grzywnę do 10 000,00 zł. Grzywna taka przekracza górny pułap kary przewidzianej za wykroczenie, czyn określony w tym przepisie jest więc występkiem, ale dlaczego ustawodawca stosuje tu grzywnę kwotową, a nie w stawkach dziennych? Odpowiedź narzuca się sama – grzywna w stawkach dziennych, a więc bez wyraźnej górnej granicy, mogłaby być orzekana w nieadekwatnej do wagi czynu wysokości. Takie ukształtowanie sankcji jest ewidentnie niespójne regulacjami kk, określającymi, że grzywnę wymierza się w stawkach dziennych (por. art. 33 § 1 kk). Gdy, jak zapowiedziano, grzywny za wykroczenia wzrosną, czyn automatycznie stanie się wykroczeniem.

szeregu przepisów ustaw karnych, prowadzące m.in. do tak istotnych trudności w ustaleniu treści ustawy, jak rozpoznanie, czy dany czyn zabroniony jest występkiem, czy też może wykroczeniem, co dla odpowiedzialności karnej ma przecież wręcz kluczowe znaczenie. Moje opracowanie podąża w innym kierunku – chcę wskazać na fundamentalny, moim zdaniem, błąd w samej konstrukcji kodeksowego systemu zasad stosowania kar i środków karnych, który zbiorczo nazywam „oparciem karania na stosowaniu jednolitej kary pozbawienia wolności”. Nie mam podstaw, by sądzić, że daleko idące ograniczenie stosowania innych kar (i środków karnych) było zamierzone przez twórców kodeksu z 1997 r. Taka jednak naczelna idea zapisana jest w różnych instytucjach części ogólnej kk, odnaleźć ją można w sankcjach nawet drobnych występków części szczególnej. Chcę tutaj wskazać, jak daleko ograniczono możliwość stosowania przez sąd innej kary niż pozbawienie wolności. Ramy opracowania nie pozwalają na opisanie wszystkich elementów tego – w moim przekonaniu „grzechu” – obowiązującego prawa.

Przed rozwinięciem tez poczynię jeszcze dwa inne odesłania do literatury przedmiotu, gdyż publikacje stanowiły, w części przynajmniej, inspirację dla mojego wystąpienia. Wpierw przywołam referat L. Tyszkiewicza wygłoszony na Zjeździe Katedr Prawa Karnego w Gnieźnie w 2006 r., zatytułowany *Aktualne problemy i kierunki polityki penalitycznej w Polsce*². L. Tyszkiewicz dopominał się w nim m.in. wprowadzenia do polskiego prawa warunkowego zawieszenia wykonania kary (nazywanego przez siebie „ulgą warunkową”) z możliwością orzeczenia części kary jako „bezwzględna”, a tylko części jako „zawieszona” (wzorem prawa francuskiego). Propozycja L. Tyszkiewicza, wedle mojego rozeznania, nie stała się dotychczas przedmiotem szerszej dysku-

² Zjazd Katedr Prawa Karnego, Gniezno, wrzesień 2006 (niepubl. egz. autorski). Z wcześniejszych publikacji L. Tyszkiewicza przywołam jego artykuł *Rzut oka na niektóre aktualne problemy prawa karnego, polityki kryminalnej i kryminologii*, [w:] *Zagadnienia współczesnej...*, s. 9–24. Z materiałów Zjazdu w Gnieźnie chcę nadto wskazać na wystąpienie W. Wróbla, *Spór o „dotateczny poziom represyjności” prawa karnego w płaszczyźnie legislacyjnej*, w którym poddał on krytyce samą „represyjność prawa karnego” jako cel rozwiązań legislacyjnych i zmian prawa.

sji, poza ograniczoną krytyką w ramach obrad samego Zjazdu, mimo że na taką dyskusję niewątpliwie zasługuje.

Drugie odesłanie tyczy publikacji M. Małolepszego opublikowanej w „Palestrze”, w której autor przeprowadza fundamentalną krytykę rozwiązań zawartych w art. 58 kk, a więc tzw. szczegółowych dyrektyw wymiaru kary³. M. Małolepszy pokazuje ograniczenie zakresu stosowalności kary grzywny w Polsce jako wynik niezgodności zasad przyjętych w ustawie z głoszoną w Uzasadnieniu projektu kk, ideologią ograniczenia stosowania kary pozbawienia wolności na rzecz kar wolnościowych (i samoistnie orzekanych w miejsce kary środków karnych)⁴.

2. Kodeks karny operuje jednolitą karą pozbawienia wolności, w wymiarze od miesiąca do 15 lat, którą orzeka się w miesiącach i latach (art. 32 pkt 3 kk, w zw. z art. 37 kk). Pomijam tu karę 25 lat pozbawienia wolności oraz dożywotniego pozbawienia wolności, jako przewidziane dla sprawców zbrodni, artykuł mówi jedynie o występkach, choć dla obrazu samej kary te szczególnie długoterminowe jej wymiary nie są oczywiście bez znaczenia. Kodeks zna ponadto karę grzywny i karę ograniczenia wolności (odpowiednio art. 32 pkt 1 w zw. z art. 33 kk oraz art. 32 pkt 2 w zw. z art. 34 kk).

Zajmę się więc karami nieopartymi na pozbawieniu wolności – karą grzywny i karą ograniczenia wolności. Możliwości stosowania kary grzywny, do drobniejszych w swej wadze czynów, a takie przecież na szczęście dominują w obrazie przestępczości, w bardzo istotny sposób ograniczają postanowienia art. 58 § 2 kk, który to przepis, przypomnijmy, nie pozwala na orzeczenie grzywny, gdy „dochody sprawcy, jego stosunki majątkowe lub możliwości zarobkowe uzasadniają prze-

³ M. Małolepszy, *Art. 58 kk a kara grzywny*, „Palestra” 2007, nr 3–4, s. 35–40.

⁴ Paradoksalnie M. Małolepszy wykazuje odmienne rzeczywiste skutki nowej kodyfikacji karnej, w zakresie stosowania kary pozbawienia wolności, niż te, które wyrażała popularna teza J. Kochanowskiego, instrumentująca m.in. władzę do ciągłych zmian i zaostrzania karania, o „redukcji odpowiedzialności karnej” (por.: J. Kochanowski, *Redukcja odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2000).

konanie, że sprawca grzywny nie uiści i nie będzie jej można ściągnąć w drodze egzekucji”. Odpowiedniego przepisu kk z 1969 r. w ogóle nie zawierał, podobnie jak kk z 1932 r. Obowiązujący kk zafundował więc nam swego rodzaju rewolucję, niewątpliwie wyrażając pragnienie, by grzywny były tzw. „realne” i już w momencie orzekania przewidywano sytuację, że grzywna może nie być uiszczona, a więc może zająć konieczność wykonania kary zastępczej – pozbawienia wolności (choćby regulacje kkw niekoniecznie prowadzą do takich konsekwencji, przeciwnie, pozwalają ich uniknąć – por. art. 45 i 46 kkw). W ten sposób chciano z pewnością skorygować błędną najwyraźniej w ocenie ustawodawcy, „inflację kary grzywny” jako tylko pozornej kary majątkowej. Wskazuje na to w sposób niebudzący wątpliwości, treść omawianego przepisu (art. 58 § 2 kk). Nie dysponuję danymi o liczbie orzekanych obecnie grzywien „nierealnych”, dla potrzeb tej publikacji wystarczy jednak ustalenie, że w 2004 r. (ostatnim, w stosunku do którego dane są mi dostępne) grzywny samoistne stanowiły około 21% ogółu skazań⁵, podczas gdy w 1997 r., a więc ostatnim pełnym roku obowiązywania dkk, udział grzywny samoistnej w skazaniach wynosił 27%⁶. Problem w tym, że proces karny nie jest nastawiony na poznanie stosunków majątkowych sprawcy. Przeciwnie, korzysta w tym przedmiocie przede wszystkim z niekontrolowalnego w żaden skuteczny sposób oświadczenia podejrzanego (oskarżonego), który przed wymiarem sprawiedliwości raczej zataja swój majątek, niż go bohatersko ujawnia. Żyjemy w kraju transformacji społeczno-gospodarczej, o olbrzymiej szarej strefie i skłonnościach obywateli do ukrywania dochodów i majątku, choćby z przyczyn bardzo wysokich podatków (to truizmy i nie będę tych kwestii obszerniej dowodził). Moją intencją nie

⁵ Informacja statystyczna Ministerstwa Sprawiedliwości o ewidencji spraw i orzecznictwie w sądach powszechnych w 2004 r. (strony internetowe); por. też: M. Małolepszy, *op. cit.*, s. 36.

⁶ A. Siemaszko, B. Gruszczyńska, M. Marczewski, *Atlas przestępczości w Polsce 3*, Warszawa 2003, s. 76. Autorzy podają, że do roku 1996 liczba skazań na karę grzywny zwiększała się średnio o 18% rocznie, natomiast w latach 1997–2000 zmniejszała się, przeciętnie o 16% rocznie (*ibidem*, s. 82). W latach następnych najwyraźniej wzrosła, nie osiągnęła jednak wcześniejszego udziału w ogólnej liczbie skazań.

jest jednak badanie zamożności społeczeństwa, która z roku na rok, a po wejściu do Unii Europejskiej szczególnie, wzrasta, lecz zakwestionowanie trafności intencji „urealnienia kary grzywny”, czego przejawem stały postanowienia art. 58 § 2 kk⁷.

Mając do wyboru karę pozbawienia wolności lub karę grzywny (cóż nam przecież pozostaje – tylko kara ograniczenia wolności, o której będzie jeszcze mowa), należy przecież, jeśli inne względy opisane w art. 53 kk (tudzież innych przepisach dotyczących wymiaru kary) temu się nie sprzeciwiają, wybrać karę grzywny, nawet z zastępczym jej wykonaniem. Wskażę tu przynajmniej jeden argument, jakże istotny dla skazanego – zatarcie skazania na karę grzywny następuje po upływie 5 lat od daty jej wykonania (darowania, przedawnienia wykonania), a może nastąpić już po upływie 3 lat, skazanie na karę pozbawienia wolności ulega zatarcu po upływie lat 10, a może nastąpić po upływie lat 5 (odpowiednio art. 107 § 4 i § 2 kk – inaczej sprawa wygląda przy karach warunkowo zawieszonych, ale to odrębna kwestia).

Kara winna być relacjonowana do czynu, a nie „stosunków majątkowych sprawcy”. Nie istnieje prosty zamiennik kary grzywny i kary pozbawienia wolności, choć ustawodawca najwidoczniej tak sprawę widział, wprowadzając system stawek dziennych. Grzywna w stawkach dziennych to zresztą inne zapętlenie idei karania nowego kodeksu karnego, o czym dalej. Grzywna, wbrew przytoczonym (w przypisie) intencjom Uzasadnienia projektu kk z 1997 r., na skutek przyjętych zasad jej wymierzania, zamiast obejmować coraz większy udział w skazaniach, w miarę transformacji ustrojowej i bogacenia się społeczeń-

⁷ W uzasadnieniu rządowego projektu nowego kodeksu karnego (*Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1998, s. 138) pomieszczono takie stwierdzenie: „wprowadzając art. 58 § 2 kk, o co nie troszczył się kk z 1969 r., chce się uniknąć przerzucenia obowiązku uiszczenia grzywny na barki rodziny, zgodnie z zasadą, że każda kara (środek karny) powinna mieć charakter dolegliwości osobistej, oraz maksymalnie ograniczyć jej wykonanie w postaci zastępczej kary pozbawienia wolności, co niestety miało dotychczas często miejsce. Ustanawia (kk) w ten sposób zasadę, że należy orzekać taką karę, która może być wykonana w pierwotnej postaci”. Nic dodać, nic ująć. Powstaje jednak pytanie, czy, wcale nierzadko, rodzina skazanego nie woli przypadkiem uiścić za sprawcę grzywny zamiast oglądać go zza krat więziennych? Kara pozbawienia wolności bardziej dotyka rodzinę niż grzywna. Ustawodawca najwidoczniej tego nie dostrzegł.

stwa, zdecydowanie ustępuje pola karze pozbawienia wolności. Jest ona wprawdzie z zasady zawieszana, bo nie może być inaczej, skoro jest bezwzględna w swym wymiarze ustawowym, bywa nieadekwatna do przeważającej masy czynów podlegających osądzeniu, pozostaje jednak rozstrzygnięciem o umieszczeniu skazanego w zakładzie karnym⁸. Wynikająca z poczucia sprawiedliwości konieczność zawieszania wykonania, nadmiernie przecież surowej w swym bezwzględnym wymiarze, orzeczonej kary pozbawienia wolności, prowadzi jednak paradoksalnie do dominującego w odbiorze społecznym odczucia nadmiernej pobłażliwości sądów karnych i niekończących się postulatów (niektórych już zrealizowanych zmianami kodeksu karnego – np. poprzez ponowne, wzorem PRL, wprowadzenie „występku o charakterze chuligańskim”) „urealnienia kary pozbawienia wolności”, co rozumiane jest jako orzekanie tej kary jako kary bezwzględnej⁹.

Pragnę jeszcze raz podkreślić, że o wyborze rodzaju kary winna decydować waga czynu, a o jej wysokości inne względy opisane w art. 53 kk (wobec nieletnich i młodocianych w art. 54 kk); pomijam tu zasady kierujące warunkowym zawieszeniem wykonania kary czy w ogóle rezygnacji z karania na rzecz probacji, bo to aspekt przekraczający nakreślone ramy publikacji. Dyrektywa prewencji indywidualnej pozwala oczywiście uwzględniać stosunki majątkowe sprawcy, ale owe powinny raczej decydować tylko o wysokości kary grzywny, a nie, jak to chce art. 58 § 2 kk, o jej eliminacji.

3. Karze ograniczenia wolności poświęcę uwagi niewiele, bo choć jest to może kara idealna¹⁰ ze względu na kształt kodeksowy, w po-

⁸ Według danych Ministerstwa Sprawiedliwości, kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania stanowi blisko 55% skazań.

⁹ L. Tyszkiewicz, *Aktualne problemy i kierunki...*, s. 4–9. Na temat występku o charakterze chuligańskim zob. np.: K. Banasik, *Czy celowe jest wprowadzenie do kodeksu karnego występku o charakterze chuligańskim?*, [w:] *Studia prawnicze. Rozprawy i materiały*, red. M. Nowak, Kraków 2006, s. 129–137.

¹⁰ M. Szewczyk, *Kara pracy na cele społeczne na tle rozważań o przestępstwie i karze. Studium prawnoporównawcze*, Kraków 1996.

równaniu jednak z warunkami społeczno-gospodarczymi jej orzekania i wykonywania, nie pozwala na przypisywanie jej większej roli, niż obecnie posiada¹¹. Wspomnieć tu tylko należy, idąc tropami powołanych publikacji J. Majewskiego i M. Małolepszego, że dobrze byłoby, by ustawodawca w znacznie szerszym zakresie, niż to obecnie czyni, korzystał z sankcji opiewających wyłącznie na karę grzywny albo karę ograniczenia wolności, nie czyniąc z kary pozbawienia wolności osi systemu sankcji (por. np. zagrożenie ustawowe czynu z art. 144 § 3 kk – przestępstwo uchylania się od poboru, gdzie akurat taka właśnie sankcja budzi moje zdziwienie).

4. Sam system orzekania grzywny w stawkach dziennych, przyjęty w nowym kodeksie karnym z 1997 r., prowadzi, wedle mego oglądu, do takich konsekwencji, że można go uznać za rozwiązanie błędne. Jest on niespójny z systemem kary grzywny w innych kodeksach karnych (grzywną kwotową w kodeksie wykroczeń, zasadami ustalania stawki dziennej w kodeksie karnym skarbowym), co samo w sobie stawia pytanie o celowość takiej innowacji. Główny mój zarzut zasadza się jednak na tym, że wiąże bezpośrednio wymiar kary grzywny z karą pozbawienia wolności, odbierając jej w ten sposób wyrazisty, pieniężny charakter. Zasadnicze znaczenie winna mieć przecież kwota, jaką ma uiścić sprawca, a nie liczba dni kary, którą odbędzie, gdy nie uiści grzywny. Kolejność winna więc być odwrotna – najpierw kwota adekwatna do czynu, potem zamiennik adekwatny do sprawcy. Inaczej ulega zerwaniu relacja czynu i kary, zastępuje ją relacja czynu i zdolności płatniczych sprawcy, co musi prowadzić do sztuczności (pozorności) całego rozwiązania (muszę, z braku miejsca, pominąć dalszą debatę nad sprawiedliwościowym aspektem systemu stawek dziennych, zaznaczę jednak, że mamy tu raczej do czynienia z wymiarem modelowym problemu niż jego znaczeniem praktycznym). Zamiast karą pieniężną operujemy *de facto* karą pozbawienia wolności lub pracą społecznie użyteczną, jak chce kkw w art. 45 – nie mam nic

¹¹ W 2004 r. stanowiła 14% skazań (dane Ministerstwa Sprawiedliwości).

przeciwko zamiennikom kary grzywny na karę zastępczą, relacjonowanym do stosunków majątkowych sprawcy, takie rozwiązania zna przecież polskie prawo karne od dawna – kodeks karny z 1932 r. przewidywał, że nieściągalną grzywnę zamienia się na „pracę na wolności albo jej wykonanie w domu pracy przymusowej”, a dopiero gdy wykonanie było niemożliwe lub skazany „uporczywie wzdragał się wykonywać pracę”, sąd zamieniał grzywnę na areszt wedle zróżnicowanego równoważnika wynoszącego od 5 do 50 zł za dzień (por. art. 43 kk z 1932 r.), mowa oczywiście o stanie prawnym sprzed II wojny światowej – nie musimy, jak to często obecnie się obserwuje, sięgać do wzorców prawa karnego z lat PRL, możemy odwoływać się do innych dzieł naszej niepodległej, w odróżnieniu od PRL, państwowości.

5. Przejdźmy do jednolitej kary pozbawienia wolności, którą serwuje nam obowiązujący kodeks karny jako zasadniczy (centralny) środek reakcji prawnokarnej na czyn zabroniony kwalifikowany jako przestępstwo. Już tu muszę zwrócić uwagę, że przesunięcie do kategorii przestępstw niektórych czynów uznawanych dotychczas (ze zmienną koleją rzeczy, co prawda) za wykroczenie (chodzi mi zasadniczo o art. 178a kk – prowadzenie pojazdu mechanicznego lub innego pojazdu w stanie nietrzeźwości lub odurzenia w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym) wiedzie do inflacji tej kary. W miejsce kar za wykroczenie, z których najsurowszą był areszt (przed zmianą kodyfikacji do 3 miesięcy, obecnie do miesiąca), pojawiła się za ten sam czyn kara pozbawienia wolności do lat 2 (w paragrafie 1 omawianego przepisu, jako kara samoistna – pomijam występującą tu alternatywę kar pozostałych). Czy rzeczywiście prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwym, bez sprowadzenia przez to bezpośredniego zagrożenia dla bezpieczeństwa ruchu (brak go w znamionach czynu z art. 178a § 1 kk, taka konstelacja mogłaby być przecież objęta postacią kwalifikowaną), zasługuje na karę 2 lat pozbawienia wolności? Krótko mówiąc, karą pozbawienia wolności operuje się jako sankcją karną w sposób nadmierny. Przecież wolność człowieka należy do jego

podstawowych dóbr, podlegających ochronie na gruncie konstytucji RP (art. 31.1). Ustawodawca winien wyciągnąć z tego wnioski i nie przewidywać kary pozbawienia wolności tam, gdzie to nie jest niezbędne dla zapewnienia ochrony porządku prawnego.

Na styku kodeksu karnego i kodeksu wykroczeń pojawia się jeszcze jeden problem – tzw. czyny przepołowione. Kradzież rzeczy o wartości do 250 zł jest wykroczeniem zagrożonym karą do 1 miesiąca aresztu (lub karami łagodniejszego rodzaju), kradzież rzeczy o wartości wyższej niż 250 zł jest przestępstwem zagrożonym karą co najmniej 3 miesięcy pozbawienia wolności, a w przypadku mniejszej wagi (kryteria rozpoznawania przypadku mniejszej wagi są co najmniej nieostre, żeby nie rzec – tajemnicze, brak tu możliwości uzasadnienia tej tezy)¹², karą od 1 miesiąca pozbawienia wolności do roku lub pozostałymi karami (por. odpowiednio art. 119 § 1 kw i art. 278 kk). Za kradzież rzeczy o wartości np. 252 zł kodeks zasadniczo przewiduje więc karę 3 miesięcy pozbawienia wolności.

6. Kodeks karny z 1932 r., w stanie, w jakim zastała go II wojna światowa, jeśli można użyć takiego określenia, przewidywał następujące kary zasadnicze: karę śmierci, więzienie, areszt i grzywnę (art. 37 kk z 1932 r.). Kara więzienia trwała najmniej 6 miesięcy, najwyżej lat 15, chyba, że ustawa przewidywała więzienie dożywotnie (art. 39 § 1 kk z 1932 r.). Kara aresztu trwała najmniej tydzień, najwyżej 5 lat (art. 40 § 1 tegoż kodeksu). Karę więzienia wymierzało się w miesiącach i latach, karę aresztu w tygodniach, miesiącach i latach (art. 41 § 1 omawianego kodeksu). Grzywnę można było wymierzyć od 5 zł do 200 000 zł (art. 42 § 1 kk z 1932 r.). Czyż nie brzmi to wszystko prosto i logicznie? Ewolucja prawa i społeczeństwa, nasza historia i szereg innych zmiennych skorygowały ten system kar poprzez eliminację

¹² Przykładowo M. Dąbrowska-Kardas i P. Kardas wiążą przypadek mniejszej wagi z ogółem „przedmiotowo podmiotowych znamion czynu”, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 3, red. A. Zoll, Kraków 1999, s. 42. Autorzy ci stwierdzają wyraźnie i niewątpliwie zasadnie, że wypadek mniejszej wagi nie jest równoznaczny z kradzieżą rzeczy o małej wartości (s. 44, teza 114).

kary śmierci, zastąpienie kary więzienia karą pozbawienia wolności, dodanie kary 25 lat pozbawienia wolności czy dodanie kary ograniczenia wolności. Dla potrzeb tego opracowania najważniejsze jest to, że kara aresztu została „wchłonięta” przez karę pozbawienia wolności (choć tak w ogóle to „przeżyła” w ustawodawstwie, chociażby w kodeksie wykroczeń, mamy też karę aresztu wojskowego). Najważniejsze spostrzeżenie czynione musi być tutaj następujące – kk nie zna już kary wymierzanej w tygodniach! Jest to, w ostatecznym rozrachunku, przy uwzględnieniu wszystkich wymienionych zasłóści historycznych, po prostu niezrozumiałe. Wagi drobnych czynów nie da się właściwie oddać karą pozbawienia wolności wymierzaną w miesiącach i latach. Jest to miara zbyt gruba. Jeżeli mamy skutecznie i sprawiedliwie reagować na drobne naruszenia porządku prawnego, choćby po to, by wdrażać praworządność, to w wielu przypadkach żadna z kar obecnego kk do takiego celu nie przystaje (w przyjętym systemie ich wymiaru). Nie bez znaczenia jest tu pewnie i tradycja lat powojennych, gdy walczono z krótkoterminowymi karami pozbawienia wolności, przypisując tej karze zasadniczo znaczenie resocjalizacyjne (tak było w szczególności w latach 60. ubiegłego stulecia, gdy rodził się kk z 1969 r. i przeprowadzono operacje skierowania wielu czynów jako wykroczeń do orzecznictwa kolegów do spraw wykroczeń – znane jako reforma z 1966 r.)¹³.

Czy kierunek rozwoju polskiego prawa karnego ma wyznaczać stale rozszerzające się stosowanie w coraz surowszym wymiarze, kary pozbawienia wolności, jako jedyne *panaceum* na przestępczość? Dramatyczne skutki społeczne stosowania tej kary i jej owoce w postaci recydywy są aż nazbyt dobrze znane, by poświęcać tej kwe-

¹³ J. Lityński, *Kodeks karny z 1969 roku i jego realizacja*, [w:] M. Kallas, J. Lityński, *Historia ustroju i prawa Polski Ludowej*, Warszawa 2000, s. 332–345; M. Marek, *Prawo wykroczeń (materiałne i procesowe)*, Warszawa 2006, s. 13 (teza 28); J. Śliwowski, *Kara pozbawienia wolności we współczesnym świecie. Rozważania penitencjarne i penologiczne*, Warszawa 1981; J. Wąsik, *Kara krótkoterminowego pozbawienia wolności w Polsce*, Warszawa–Wrocław–Kraków 1981.

stii więcej uwagi¹⁴. Masowo stosowana probacja (warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności) wiele tu koryguje, ale właśnie dlatego, że tak szeroko jest stosowana, budzi uzasadnione wątpliwości co do zgodności praktyki orzeczniczej z wymogami racjonalnej polityki karnej. Znane mi są z praktyki liczne przypadki, gdy sprawcy woleliby „dostać” karę grzywny lub krótki areszt zamiast kary w zawieszeniu, bo ta „psuje” im życie, wytwarza dyskomfort niezrozumiałą nieadekwatnością jej podstawowego wymiaru (rok czy dwa lata kary pozbawienia wolności, tak przecież brzmi wyrok w punkcie poprzedzającym rozstrzygnięcie o zawieszeniu) w stosunku do popełnionego czynu (np. utarczki z policjantem, drobnej kradzieży czy prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwym). W dodatku, w odbiorze społecznym kara warunkowo zawieszona to „żadna kara”. Ustawodawca przymusza więc sądy do stosowania kary bezwzględnej, jak we wspomnianej już nowelizacji z 2006 r., reaktywującej kwalifikację „czynu o charakterze chuligańskim”. W jaki sposób sądy dobiorą adekwatną, zindywidualizowaną, bezwzględną karę pozbawienia wolności, mierzoną w miesiącach i latach dla np. każdego

¹⁴ T. Szymanowski, *Powrotność do przestępstwa po wykonaniu kary pozbawienia wolności*, Warszawa 1976, s. 193–209; I. Rzeplińska, *Recydywiści w okresie nadzoru ochronnego*, Warszawa–Wrocław–Kraków 1985, s. 9–76; M. Porowski, A. Rzepliński, *Uwięzienie a wartości*, [w:] *Doświadczenia i perspektywy systemu penitencjarnego w Polsce*, red. T. Szymanowski, A. Rzepliński, Warszawa 1987, s. 133–189; *Abolitionism in History. On Another Way of Thinking*, red. Z. Lasocik, M. Platek, I. Rzeplińska, Warszawa 1991, s. 91–166; M. J. Lubelski, *Powrotność do przestępstwa a kryminologiczno-kliniczna charakterystyka sprawcy*, [w:] *Skuteczność środków penalnych stosowanych wobec młodzieży*, red. L. Tyszkiewicz, Warszawa 1992, s. 137–162; S. Waltoś, *Między odpłatą a racjonalizmem prawa karnego. Refleksje na tle polityki karnej w Polsce*, [w:] *Mit represyjności albo o znaczeniu prewencji kryminalnej*, red. J. Czapska, H. Kura, Kraków 2002, s. 63–84; A. Balandynowicz, *System probacji. Kary średniej mocy i środki wolności dozorowanej jako propozycja sprawiedliwego karania*, [w:] *System penitencjarny i postpenitencjarny w Polsce*, red. T. Bulenda, R. Musiadłowski, Warszawa 2003, s. 330–356; H. Machel, *Więzienie jako instytucja karna i resocjalizacyjna*, Gdańsk 2003; A. Szymanowska, *Więzienie i co dalej*, Warszawa 2003; M. Platek, *O miejscu i roli sprawiedliwości naprawczej w systemie sprawiedliwości karnej*, [w:] *Sprawiedliwość naprawcza. Idea. Teoria. Praktyka*, red. M. Platek, M. Fajst, Warszawa 2005, s. 9–30; J. Q. Wilson, *Teoria i praktyka stosowania sankcji karnych*, Warszawa 2006, s. 7–24; J. Widacki, *Rozważania o prawie i sprawiedliwości*, Kraków 2007, s. 15–56; D. S. Nagin, *Deterrence and Incapacitation*, [w:] *The Handbook of Crime and Punishment*, red. M. Tonry, Oxford–New York 1998; T. Newburn, *Crime and Criminal Justice Policy*, London 2003; H. Kennedy, *Just Law*, London 2004, s. 281–300; A. H. Loewy, *Criminal Law*, Hongkong 2003, s. 1–26.

z uczestników niezbyt groźnego zajścia mającego cechy kodeksowej bójki między kibicami, które zdarzyło się na stadionie czy w jego okolicy? Czy nie grozi nam po prostu powrót do odpowiedzialności grupowej i odstraszającej funkcji kary?

7. Obowiązujący kodeks karny zrezygnował z kar dodatkowych, wprowadzając w ich miejsce środki karne. Trudno także to pociągnięcie uznać za korzystne. W jednym „worku” znalazły się klasyczne kary (pozbawienie praw publicznych, podanie wyroku do publicznej wiadomości, a także nawiązka, która przecież jest karą specyficzną, i to o długiej historii)¹⁵ ze środkami o charakterze kompensacyjnym (obowiązek naprawienia szkody) i swego rodzaju środkami o charakterze zabezpieczającym, niektóre z nich jednak posiadają również charakter represyjny (np. zakaz prowadzenia pojazdów). W kk zabrakło przede wszystkim klauzuli dopuszczającej orzeczenie środka karnego jako – właśnie – kary samoistnej, czyli – wystarczającej reakcji na przestępstwo. Ramy art. 59 kk, który przewiduje – gdy przestępstwo zagrożone jest karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 3 lat (albo alternatywnie grzywną lub karą ograniczenia wolności), a społeczna szkodliwość czynu nie jest znaczna – możliwość odstąpienia od wymierzenia kary, jeżeli orzeka równocześnie środek karny, są zdecydowanie zbyt wąskie, choćby z tego względu, że właśnie mowa w nim o „odstąpieniu od wymierzenia kary”, co wyraża zastosowanie jakiejś szczególnej ulgi, czyli inaczej mówiąc, złagodzenia odpowiedzialności karnej (choć jednocześnie trafnie mówi się „o osiągnięciu celów kary” przez orzeczony środek karny). Art. 59 kk nie jest samoistną podstawą substytucji kary przez środek karny, lecz formą złagodzenia odpowiedzialności, której nie można nazwać nadzwyczajną, bo tę nazwę kodeks rezerwuje dla innej instytucji opisanej w art. 60, jednak w praktyce orzeczniczej formę nadzwyczajną właśnie przybiera. Muszą zająć jeszcze podstawy szczegółowe, przewidziane art. 40–52 kk lub innymi ustawami, a to bardzo

¹⁵ E. Borkowska-Bagińska, *Historia prawa sądowego*, Warszawa 2006, s. 259. Autorka ta wskazuje, że nawiązka była w Polsce średniowiecznej klasyczną karą za zranienie.

ogranicza swobodę sięgania po środek karny jako samoistną reakcję na czyn zabroniony („karę samoistną”). Odrzucając manowce terminologii, w wielu przypadkach oznaczać to może wystarczająco przykładowe ukaranie. Brak tu miejsca na szerszą analizę zasad stosowania środków karnych i ich represyjnego (karnego) wymiaru. Wskażę jednak, że dobrą, moim zdaniem, płaszczyznę sięgania po środki karne, stwarza kodeks postępowania karnego, pozwalając sądowi, w swoim art. 343 § 1 2 §, gdy znajdą przesłanki procesowe określone tym przepisem (przepis ma też oczywisty wymiar prawnomaterialny), ograniczyć skazanie do orzeczenia środka karnego, gdy przypisany oskarżonemu czyn stanowi występki zagrożony karą nieprzekraczającą 5 lat pozbawienia wolności (choć może o środek karny wymieniony w art. 39 pkt 1–3 i 5–8 kk, o katalog środków dopuszczonych do samoistnego stosowania można by się spierać)¹⁶. Czy jednak winna to być instytucja, której stosowanie uzależnione jest wyłącznie od wcześniejszego wniosku prokuratora (art. 335 § 1 kpk)? Miło byłoby widzieć korektę art. 59 kk poprzez przeniesienie do niego sformułowań o prawie sądu do samoistnego stosowania środków karnych, bez sięgania po karę *sensu stricto*, gdy „cele kary zostaną w ten sposób osiągnięte”. Zresztą wymiar stosowania takiej instytucji nie musi być limitowany, jak to czyni obecnie art. 59 kk, do występków zagrożonych karą pozbawienia wolności do lat trzech lub alternatywnie karami określonymi w art. 39 pkt 1 do 3 kk, lecz mógłby przyjąć szerszy zakres i być adresowany do każdego występków o mniejszej wadze, a więc w obecnej stratyfikacji sankcji o zagrożeniu ustawowym do 5 lat pozbawienia wolności (jak to przewiduje zresztą art. 343 § 2 pkt 3 kpk). Dlaczego ustawodawca tworzy szersze, a na dodatek w istocie inne, uprawnienia dla prokuratora niż dla sądu, tego nie da się zrozumieć. Myślę, że sprawa wymaga uporządkowania i zmiany obecnego stanu reguł odpowiedzialności karnej, niezależnie od tego, czym są „porozumienia procesowe”¹⁷. W kk winna znaleźć

¹⁶ Wskazują na to choćby badania aktowe – por. M. J. Lubelski, A. Piotrowski, *Środki karne*, [w:] *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej...*, s. 64–74.

¹⁷ Na temat tej instytucji zob. np.: S. Steinborn, *Porozumienia w polskim procesie karnym*,

się instytucja, i to w ramach zwykłego a nienadzwyczajnego wymiaru kary, stanowiąca szeroką podstawę samoistnego „ograniczenia skazania do orzeczenia środka karnego”, jak to określa powołany przepis kpk, czyli właśnie „karania środkiem karnym”. Trzeba przeprowadzić „inkorporację” do kk instytucji wymiaru kary zawartej w art. 343 kpk (oczywiście bez istniejących uwarunkowań w postaci wniosku oskarżyciela, w przeciwnym razie uzyskuje on *de facto* status sądu).

8. Kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania pozostaje nadal karą pozbawienia wolności, a nie jakimś środkiem karnym o charakterze probacyjnym, jak to nowatorsko ujął kodeks karny skarbowy (por. art. 22 § 2 kks), chociaż taka akurat klasyfikacja kary warunkowo zawieszanej nie budzi we mnie zasadniczego sprzeciwu. Propozycja L. Tyszkiewicza, by wprowadzić do polskiego prawa karę w części bezwzględnej, w części warunkowo zawieszanej, o czym była mowa na wstępie referatu, zasługuje na dogłębne rozważenie. Podnoszone obawy, że takie rozwiązanie zwiększy i tak już liczną populację więzienną¹⁸, są oczywiście w pełni zasadne, ale nie muszą przecież się spełnić. Na pewno takie rozwiązanie dałoby sądowi możliwość „urealnienia karania” przy stosowaniu probacji (nie zgadzam się z koncepcją L. Tyszkiewicza, że warunkowe zawieszenie wykonania kary to „ulga warunkowa”, taki pogląd oparty jest bowiem na utożsamianiu karania z umieszczeniem w więzieniu – nie widzą tego tak nawet współcześni zdeklarowani „retrybucywiści”)¹⁹. Za propozycją L. Tyszkiewicza przemawia przede wszystkim to, że jej wdrożenie mogłoby posłużyć „uaktywnieniu” krótkoterminowych kar pozbawienia

Kraków 2005, s. 321–356; P. Kardas, *Konsensualne sposoby rozstrzygania w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego z dnia 10 stycznia 2003 r.*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 1; A. R. Światłowski, *W stronę koncepcji porozumień karnoprocesowych*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 9.

¹⁸ Obawy takie były podnoszone w dyskusji plenarnej na Zjeździe Katedr Prawa Karnego, w trakcie której L. Tyszkiewicz wystąpił ze swoją propozycją.

¹⁹ M. Królikowski, *Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych. Zasada proporcjonalności*, Warszawa 2005; *Współczesny retrybucyizm. Powrót kary sprawiedliwej*, red. M. Królikowski, „Ius et Lex” 2006, nr 1.

wolności (które osobiście wolałbym widzieć raczej jako kary aresztu, zachowując karę pozbawienia wolności dla przypadków poważniejszych i sprawców bardziej zdemoralizowanych). Przeciwno propozycji L. Tyszkiewicza należy zgłosić komplikację w łączeniu orzekania o karze bezwzględnej i warunkowo zawieszonej – przesłanki obu rozstrzygnięć są diametralnie różne (sens zawieszania kary i sens pozbawienia sprawcy na wolności). Pamiętajmy, że kara pozbawienia wolności warunkowo zawieszona, może być sprzęgnięta z karą grzywny, co ma urealniać jej dolegliwość (art. 71 kk). Jeśli uwolnimy grzywnę od niepotrzebnych ograniczeń jej stosowania, to może dojdziemy do wniosku, że to opcja wystarczająca, tym bardziej gdyby przyjąć zasadę, że grzywna z reguły towarzyszy karze pozbawienia wolności warunkowo zawieszonej. Osobiście widzę więc więcej argumentów za odrzuceniem propozycji L. Tyszkiewicza niż za jej przyjęciem. Nie zmienia to faktu, że poszukiwania propozycji zmian w modelu karania przyjętym w kk z 1997 r. są jak najbardziej potrzebne i aktualne.

9. Nie będę formułował dalszych, poza postawionymi, wniosków *de lege ferenda*. Sądzę, że najważniejsza obecnie jest po prostu swobodna dyskusja o racjonalnym systemie kar i środków karnych (oraz o zasadach ich stosowania), nawet bez oglądania się na to, co aktualnie czyni lub zamierza czynić ustawodawca: zawsze jest szansa, że głos nauki posłyszysz i uzna za zasadne go uwzględnić. Pamiętajmy przy tym o przesłaniu Umberto Eco: swobodna krytyka pobudza do nowych przemysłów i inicjatyw²⁰.

²⁰ U. Eco, *Rakiem. Gorąca wojna i populizm mediów*, Warszawa 2007, s. 192.

Katarzyna Banasik

Wokół projektu zmian prawa wykroczeń

W Ministerstwie Sprawiedliwości został opracowany projekt, ogłoszony 20 lutego 2007 r. o zmianie ustawy Kodeks wykroczeń oraz niektórych innych ustaw¹. Obecnie, to jest na dzień 4 maja 2007 r., projekt został przyjęty przez Radę Ministrów.

Na podstawie analizy poszczególnych rozwiązań proponowanych w tym projekcie, przedstawię poniżej kierunek zmian legislacyjnych lansowany przez aktualną ekipę rządzącą, dokonam oceny przyjętych przez decydentów rozwiązań prawnych, na koniec wysunę kilka postulatów *de lege ferenda*, wskazujących na kierunek zmian w prawie – zaproponowanych przeze mnie z pozycji przedstawicielki doktryny prawa karnego materialnego.

¹ Nad zmianą prawa wykroczeń toczy się debata od kilku lat. Zob. np. uwagi A. Skowrona dotyczące jednego z poprzednich projektów (*Nad projektem kodeksu wykroczeń. Kilka niekoniernie krytycznych uwag*, „Rzeczpospolita”, 13 maja 2003).

Przedmiot moich rozważań stanowią niektóre, wybrane regulacje prawne z projektu.

Istotną zmianą dotyczącą zasad odpowiedzialności za wykroczenie jest obniżenie granicy wieku tej odpowiedzialności z 17 do 15 lat. Na zasadach określonych w kodeksie wykroczeń miałby więc odpowiadać ten, kto popełnia czyn zabroniony po ukończeniu lat 15. Obecnie 15-latek może odpowiadać za popełnienie wykroczenia na zasadach określonych w ustawie o postępowaniu w sprawach nieletnich i to tylko za niektóre typy wykroczeń. Wobec nieletniego sprawcy wykroczenia sąd może zastosować środek wychowawczy w postaci, na przykład, upomnienia lub nadzoru kuratora. Środki wychowawcze w wielu przypadkach wydają się być niewystarczające dla uświadomienia nieletniemu naganności jego czynu i zapobiegnięcia ponownemu popełnieniu przez niego czynu zabronionego. Przekonywające wydają się argumenty twórców projektu – napisali oni bowiem w uzasadnieniu, że przesunął się wiek dojrzałości młodzieży i zwiększyła się liczba wykroczeń popełnianych przez nieletnich, którzy zgodnie z dotychczasowym stanem prawnym pozostawali praktycznie bez kary. Należy jednakże wspomnieć, że obniżanie granicy wieku odpowiedzialności nieletnich za wykroczenia jest kwestią dyskusyjną i ma zarówno zwolenników, jak i przeciwników². Uważam, że obniżenie granicy wieku

² Zarządzeniem z 8 września 2003 r. został powołany przez ówczesnego ministra sprawiedliwości zespół pod przewodnictwem prof. dr hab. Andrzeja Gaberlego do opracowania projektu nowej ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich. Ustawa ta ma stać się „Kodeksem nieletnich” – co do wieku odpowiedzialności karnej (a nie odpowiedzialności za wykroczenia) A. Gaberle stwierdził, że „przepisy prawa międzynarodowego i uchwały organizacji międzynarodowych zalecają podniesienie dolnej granicy wieku odpowiedzialności karnej do lat 18” (A. Gaberle, *Kontynuacja i zmiana (o projekcie kodeksu nieletnich)*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 4, s. 16); odwołał się przy tym do art. 1 Konwencji o Prawach Dziecka (zgodnie z którym dzieckiem jest „każda istota ludzka w wieku poniżej 18 lat, chyba że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka, uzyska ono wcześniej pełnoletność”) oraz uchwały XVII Kongresu AIDP (Pekin, 12–19 września 2003). Przeciwno obniżeniu granicy wieku odpowiedzialności nieletnich za wykroczenia do lat 15 opowiedział się wyraźnie T. Bojarski: „Nie jest to uzasadnione zarówno ze względów ogólnych, jak i szczegółowych. Powstaje praktyczne pytanie, jakie kary będą mogły być stosowane wobec nieletnich sprawców wykroczeń. Kara ograniczenia wolności i grzywny mogą być stosowane do osób pracujących, nieletni w tym wieku nie mają obowiązku pracy i powinni raczej znajdować się w szkole. Takie są współczesne europejskie standardy w tym zakresie”. Zob.: T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. 1, Warszawa 2007, s. 42–43.

odpowiedzialności za wykroczenie do lat 15 jest słusznym rozwiązaniem, tym bardziej że projekt przewiduje w szczególnych wypadkach możliwość rozpatrzenia sprawy nieletniego przez sąd rodzinny. Zgodnie bowiem z proponowanym brzmieniem art. 8 § 2: „Jeżeli sprawca nie ukończył w chwili popełnienia czynu 17 lat oraz jeżeli charakter czynu, okoliczności sprawy lub stopień rozwoju sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste za tym przemawiają, sąd przekazuje sprawę sądowi rodzinnemu do rozstrzygnięcia na podstawie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich”.

W części uzasadnienia odnoszącej się do wyników przeprowadzonych konsultacji społecznych projektodawcy wspomnieli o zastrzeżeniach do ich propozycji obniżenia granicy wieku odpowiedzialności. W trakcie konsultacji wskazywano między innymi, że mogą wystąpić trudności w wyegzekwowaniu ewentualnie orzeczonych kar sprawcom poniżej 17 lat. Podkreślano, że orzekanie kary grzywny wobec takich sprawców, którzy zwykle nie pracują, lecz uczą się i pozostają na utrzymaniu rodziców, powodować będzie, że kara ta nie będzie dla nich dolegliwością i może być niemożliwa do wyegzekwowania. Podnoszono, że także wykonanie kary ograniczenia wolności może być utrudnione z uwagi na przepisy prawa pracy zabraniające zatrudniania osób poniżej 16 roku życia. Twórcy projektu stwierdzili, że nie można zgodzić się z tymi uwagami i odparli pierwszy z wymienionych tutaj zarzutów argumentem: „kara grzywny jest jedną z katalogu kar za wykroczenia i wówczas, kiedy zostanie ustalone, że nieletni nie posiada własnego majątku, trudno jest sobie wyobrazić, że mimo to sąd orzeknie karę grzywny ze świadomością orzekania jej wobec prawnych opiekunów tego nieletniego”. Z tym argumentem należy się zgodzić, aczkolwiek nasuwa się spostrzeżenie, że większość nieletnich nie posiada żadnego majątku. Natomiast odnośnie do drugiego ze wspomnianych zarzutów twórcy projektu w ogóle się nie ustosunkowali, co można uznać za mankament uzasadnienia. Dla odparcia tego zarzutu trzeba przytoczyć art. 190 § 2 kodeksu pracy, zgodnie z którym zabronione jest zatrudnianie osoby mającej nieukończone 16 lat. Konieczne jest przy

tym wspomnienie, że – według art. 191 § 5 kodeksu pracy – wyjątkowo jest dopuszczalne zatrudnianie osób niemających 16 lat. Stosunek zatrudnienia jest szerszy od stosunku pracy, gdyż obejmuje także wykonywanie pracy na podstawie umów cywilnoprawnych. Przepisy kodeksu pracy odnoszą się tylko do osób pozostających w stosunku pracy. Należy zauważyć, że nieletni wykonujący pracę społecznie użyteczną w ramach odbywania kary ograniczenia wolności, nie pozostaje w stosunku pracy. Przedmiotowy przepis dotyczący wieku nie ma więc do niego zastosowania. Ponadto należy zaakcentować, że wykonywanie nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne może polegać na przykład na sprzątaniu w szkole lub terenu wokół miejsca swego zamieszkania, a takie czynności nie powinny budzić wątpliwości co do zgodności z prawem pracy. Tym bardziej, gdy praca wskazana przez sąd jest dostosowana do wieku i predyspozycji nieletniego oraz polega na wykonywaniu drobnych, lekkich czynności. Za konkluzją, iż związana immanentnie z karą ograniczenia wolności praca na cele społeczne nie jest pracą w rozumieniu kodeksu pracy przemawia także fakt, iż jest ona wykonywana przez ukaranego nieodpłatnie, podczas gdy za pracę relewantną z punktu widzenia prawa pracy należy się wynagrodzenie.

Z obniżeniem granicy wieku odpowiedzialności za wykroczenia wiąże się zmiana przepisu proceduralnego. Zgodnie z nowym art. 21 § 1 kpw, w postępowaniu w sprawie o wykroczenie obwiniony musiałby mieć obrońcę przed sądem także wtedy, gdy nie ukończył 17 lat. Taką regulację należy ocenić niewątpliwie pozytywnie.

Art. 1 § 1 kw według projektu stanowi zapowiedź podwyższenia górnej granicy kary grzywny. W proponowanym brzmieniu „Odpowiedzialności za wykroczenie podlega ten tylko, kto popełnia czyn społecznie szkodliwy, zabroniony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia pod groźbą kary aresztu, ograniczenia wolności, grzywny do 15 tys. zł lub nagany”. Obecnie górna granica kary grzywny za wykroczenie przewidziana jest na poziomie 5 tys. zł. Proponuje się więc aż trzykrotne podwyższenie tej granicy. Można zgodzić się

z argumentem, podanym w uzasadnieniu projektu, który uwzględnia istniejącą inflację, jednakże wątpliwości budzi drugi argument, a mianowicie „fakt, że od 1998 r. granice tej kary nie uległy zmianie”. Upływ czasu i brak zmian na przestrzeni ostatnich kilku lat nie może przecież być usprawiedliwieniem dla wprowadzania zmian. Ponadto nasuwa się uwaga, że podwyższenie grzywny za wykroczenie powinno być połączone ze zwiększeniem wysokości grzywny orzekanej za przestępstwo.

Z nowym brzmieniem powyższego przepisu koreluje zmiana art. 24 § 1 kw. Przepis ten, po nowelizacji, stanowi, że grzywnę wymierza się w wysokości od 50 zł do 15 tys. zł, chyba że ustawa stanowi inaczej. Zmianę dotyczącą podwyższenia dolnej granicy kary grzywny oceniam w pełni pozytywnie. Obecnie granica ta wynosi 20 zł, co jest kwotą bardzo niską i w większości przypadków nieadekwatną do karzygodności popełnionego czynu. Nawet *in abstracto* można ocenić, że grzywna w kwocie 20 zł nie spełniałaby celów kary.

Analiza zmian dotyczących części szczególnej kodeksu wykroczeń prowadzi do wniosku, że projekt zaostrza odpowiedzialność, gdyż przewiduje wyższe kary za poszczególne wykroczenia. W związku ze zmianą górnej granicy kary grzywny zmieniono wiele przepisów, w których górny próg zagrożenia tą karą był niższy od proponowanego progu ustawowego. Zmiany te w wielu przypadkach polegają na trzykrotnym podwyższeniu górnego progu zagrożenia grzywną. Następujące na przykład przy wykroczeniach stypizowanych w art. 52b, 55, 77 kw. Ponadto przy wielu typach wykroczeń, między innymi przy czynach określonych w art. 64d, 64g § 2, 76 kw, wprowadza się podwyższenie dolnego progu kary grzywny do kwoty na przykład 3 tys. zł. Abstrahując w tym miejscu od dyskusyjnej kwestii, jaka jest skuteczność zwiększania ustawowego zagrożenia karą w zapobieganiu popełnieniu czynów zabronionych, należy zauważyć, że proponowana zmiana, polegająca na podwyższeniu dolnej granicy grzywny w części szczególnej kodeksu, ma znaczenie dla instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary. Zgodnie z art. 39 § 2 kw, nadzwyczajne złagodzenie polega na

wymierzeniu kary poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia albo kary łagodniejszego rodzaju. W obecnym stanie prawnym przedmiotowa instytucja w pierwszym przypadku może znaleźć zastosowanie tylko przy wykroczeniu określonym w art. 87 § 1 kw, albowiem jest to jedyny czyn w kodeksie wykroczeń, za który przewidziana jest między innymi kara grzywny nie niższa niż 50 zł. Możliwe byłoby więc w tym przypadku wymierzenie kary grzywny w kwocie na przykład 25 zł³. Proponowana zmiana umożliwiłaby w konsekwencji szersze stosowanie pierwszego rozwiązania (wymierzenie kary poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia), instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary w postaci kary grzywny.

Odnosnie do wysokości kary grzywny nasuwa się uwaga związana ze zmianą art. 10 § 2 kw. Przepis ten otrzymuje brzmienie: „Przy zaliczaniu kar przyjmuje się jeden dzień aresztu za równoważny jednemu dniowi pozbawienia wolności, dwóm dniom ograniczenia wolności oraz grzywnie w kwocie od 20 do 500 zł”. W porównaniu do obecnego stanu zmieniono jedynie górną granicę grzywny, ze 150 na 500 zł. Bez zmian pozostawiono natomiast dolną granicę, co wydaje się pewnym niedopatrzaniem ze strony projektodawcy, albowiem dolny próg kary grzywny, poniżej którego przy wymiarze konkretnej kary „zejść” nie można, ma wynosić 50 zł. Skądże więc w omawianym przepisie kwota 20 zł?

Konsekwencją podwyższenia górnej granicy kary grzywny jest podwojenie kwoty grzywny, która może zostać nałożona w postępowaniu mandatowym. Według projektu, w postępowaniu mandatowym można nałożyć grzywnę w wysokości do 1 tys. zł, a w sprawach, w których oskarżycielem publicznym jest inspektor pracy oraz w wypadku zbiegu przepisów ustawy – do 2 tys. zł (art. 96 § 1 kw).

³ Jednak, zdaniem W. Radeckiego, „trudno sobie wyobrazić sytuację, w której uzasadnione byłoby wymierzenie kary grzywny za wykroczenie z art. 87 § 1 poniżej przewidzianych w przepisie 50 zł. Nie można jednak wykluczyć stosowania tego wariantu nadzwyczajnego złagodzenia kary w odniesieniu do wykroczeń z ustawy z 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy”. Zob.: M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2006, s. 292.

Pozytywnie należy ocenić podwyższenie górnej granicy nawiązki orzekanej na rzecz pokrzywdzonego – zgodnie z art. 37 kw – z 1 tys. do 5 tys. zł. Przepis ten został w projekcie zmieniony nie tylko w stosunku do wysokości nawiązki. Jeżeli wykroczeniem o charakterze chuligańskim została wyrządzona szkoda, orzeczenie nawiązki na rzecz pokrzywdzonego byłoby obowiązkowe, a nie jak dotychczas fakultatywne. W razie kumulacji podstaw orzekania nawiązki, to znaczy na podstawie art. 37 kw i przepisu z części szczególnej kw (zgodnie z art. 32 kw), jedna nawiązka zostałaby orzeczona na rzecz pokrzywdzonego, a druga na cel społeczny.

Projekt nie przewiduje zmiany art. 20 § 1 kw, według którego kara ograniczenia wolności trwa 1 miesiąc. Dlatego też zadziwia nowe brzmienie kilku przepisów, na przykład art. 51 § 3, 64d, 64g § 2, 76 kw, które stanowią, że sprawca podlega między innymi karze ograniczenia wolności na czas nie krótszy niż 10 dni. Wynikałoby z tego, że można orzec na przykład 12-dniową karę ograniczenia wolności. Taki zapis pozostaje w oczywistej sprzeczności ze wspomnianym wyżej przepisem części ogólnej kodeksu wykroczeń, przewidującym, że kara ograniczenia wolności ma jeden wymiar⁴. W literaturze⁵ wskazuje się nawet, że sąd w wyroku nie musi użyć słów „1 miesiąc”, gdyż jest to wiadome. W świetle powyższego, usprawiedliwione jest więc stwierdzenie, że przedmiotowy zapis w projekcie jest jaskrawym wyrazem niekonsekwencji projektodawców.

Novum stanowi wprowadzenie w kilku przepisach części szczególnej kodeksu wykroczeń, na przykład w art. 51 § 3, 64d, 64g § 2, 66 § 1, 76 kw, kary aresztu na czas nie krótszy niż 10 dni. Taka regulacja nie budzi w mojej ocenie zastrzeżeń, gdyż dolna granica kary aresztu, przewidziana w art. 19 § 1 kw, pozostaje bez zmian i wynosi 5 dni.

⁴ Por.: M. Kulik, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, Warszawa 2007, s. 128; T. Bojarski, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, s. 86 („Kara ograniczenia wolności została ściśle określona: trwa ona 1 miesiąc i nie podlega podziałowi na dni”).

⁵ Zob. np.: J. Wojciechowski, *Kodeks wykroczeń. Komentarz. Orzecznictwo*, wyd. 2, Warszawa 2005, s. 36.

Warto dodać, że wspomniana regulacja koresponduje z rozwiązaniem zawartym w art. 39 § 2 kw, przewidującym, iż nadzwyczajne złagodzenie kary może polegać między innymi na wymierzeniu kary poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia. W obecnym stanie prawnym zastosowanie tego rozwiązania w odniesieniu do kary aresztu nie jest możliwe, gdyż żaden przepis części szczególnej kodeksu wykroczeń nie przewiduje dolnego progu kary aresztu wyższego niż 5 dni⁶.

Doniosłą zmianą kodeksu wykroczeń byłoby wprowadzenie do niego nowego rozdziału, pod tytułem „Wykroczenia przeciwko bezpieczeństwu i porządkowi na imprezach masowych”. Według projektu miałyby to być rozdział VIIIa. W opinii projektodawców byłoby to rozwiązanie, które zapewniłoby skuteczną walkę z wykroczeniami potocznie określanymi „stadionowymi”. W uzasadnieniu projektu zapisano: „Z uwagi na zakres i charakter tego zjawiska stosowne uregulowania odnosiłyby się do wykroczeń związanych ogólnie z imprezami masowymi, jako że do naruszeń prawa dochodzi coraz częściej także na imprezach masowych, które nie są zawodami sportowymi”. Taka regulacja zasługuje na aprobatę i jest uzasadniona. Projekt przewiduje przeniesienie do kodeksu wykroczeń niektórych dotychczasowych wykroczeń z ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych oraz stypizowanie kilku nowych czynów. Zgrupowanie wykroczeń w kodeksie podniosłoby ich rangę i być może wpłynęło na rozpowszechnienie w społeczeństwie wiedzy na temat karalności tego typu zachowań, co – biorąc pod uwagę nagminność zjawiska – byłoby wysoce pożądane.

Z powyższą zmianą wiąże się wprowadzenie do art. 28 § 1 kw nowego środka karnego w postaci „zakazu wstępu na imprezy masowe”. Środek ten miałby dotyczyć również imprez masowych odbywających się za granicą (nowy art. 32a § 2 kw). Byłby wymierzany w latach, na okres od 2 do 6 lat (nowy art. 32a § 1 kw). Niniejsze rozwiązanie zasługuje na aprobatę, zarówno w stosunku do samego wprowadzenia

⁶ Por.: M. Kulik, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa..., s. 128; W. Radecki, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. 4..., s. 292.

środka do kodeksu, jak i okresu, na jaki może on zostać orzeczony. Jednakże wywołuje wątpliwości dotyczące zastosowania w praktyce. Czy będzie możliwe wyegzekwowanie tego środka w polskich realiach?

W zakresie katalogu środków karnych orzekanych za wykroczenie, projekt przewiduje jeszcze jedną zmianę. Otóż art. 28 § 1 pkt 5 kw miałby brzmienie: „podanie wyroku do publicznej wiadomości”. W obecnym stanie prawnym środek ten ma nazwę: „podanie orzeczenia o ukaraniu do publicznej wiadomości w szczególny sposób”. Zmiana polegająca na zastąpieniu słów „orzeczenia o ukaraniu” słowem „wyroku” wynika z faktu, że – zgodnie z art. 237 ust. 1 Konstytucji – w październiku 2001 r. zlikwidowano kolegia do spraw wykroczeń, a rozpatrywanie spraw o wykroczenia przekazano do kompetencji sądów. Zmiana taka jest więc konsekwencją zmiany instytucjonalnej, ma charakter dostosowawczy i powinna zostać oceniona jak najbardziej pozytywnie. Ponadto należy zauważyć, że po nowelizacji, przedmiotowy środek karny miałby identyczną nazwę jak odpowiadający mu środek karny w art. 39 pkt 8 kk, co również może stanowić argument przemawiający za dokonaniem proponowanej noweli.

Intencją projektodawców, co wynika z uzasadnienia, było rozszerzenie możliwości orzekania powyższego środka karnego. Wyrazem tego ma być nowelizacja art. 31 § 1 kw, polegająca na nadaniu mu treści zawartej w art. 50 kk (z zastąpieniem – z oczywistego względu – słowa „skazania” słowem „ukarania”). Przepis ten otrzymał brzmienie: „Sąd może orzec podanie wyroku do publicznej wiadomości w określony sposób, jeżeli uzna to za celowe, w szczególności ze względu na społeczne oddziaływanie ukarania, o ile nie narusza to interesu pokrzywdzonego”. Cel przyświecający twórcom projektu jest z pewnością słuszny, jednakże nasuwają się wątpliwości dotyczące właściwości „narzędzi” służących temu celowi, to znaczy poprawności sformułowania i spójności przepisów. Projektodawcy zwrócili wprawdzie uwagę na art. 28 § 2 kw – zgodnie z którym środki karne można orzec, jeżeli są one przewidziane w przepisie szczególnym, a orzeka się je, jeżeli przepis szczególny tak stanowi – jednakże doszli do wniosku,

że zaproponowana zmiana rozwiązuje problem, co wyrazili w uzasadnieniu pisząc, że następuje „wyłączenie zasady ogólnej z § 2 tego przepisu”. Wydaje się jednak, że tak nie jest. Na gruncie obecnego stanu prawnego, to jest przy następującym brzmieniu art. 31 § 1 kw: „Podanie orzeczenia o ukaraniu do publicznej wiadomości w szczególny sposób orzeka się wtedy, gdy może to mieć znaczenie wychowawcze” – panuje pogląd, że aby sąd mógł orzec przedmiotowy środek karny, muszą być spełnione dwie przesłanki: środek ten ma być przewidziany w przepisie szczególnym i – ponadto – sąd ma być przekonany, iż orzeczenie tego środka w konkretnej sprawie może mieć znaczenie wychowawcze⁷. Mimo zmiany brzmienia art. 31 § 1 kw, biorąc pod uwagę wykładnię systemową przepisów, pogląd taki należy uznać za aktualny. O ile przeniesienie treści art. 50 kk do kodeksu wykroczeń zasługuje na pochwałę, to wydaje się, że przeoczono fakt, iż w kodeksie karnym nie ma odpowiednika art. 28 § 2 kw. Obecnie orzeczenie omawianego środka karnego przewidziane jest jedynie w dwóch przepisach, to jest w art. 70 § 3 i art. 74 § 2 kw⁸. Projekt zmienia lub uchyla odpowiednie części tych przepisów, powodując, że żaden przepis części szczególnej kodeksu wykroczeń nie przewidywałby możliwości orzeczenia tego środka. Zgodnie z popieranym przeze mnie – a omówionym powyżej – poglądem dotyczącym relacji pomiędzy art. 28 § 2 kw a art. 31 § 1 kw, taka regulacja doprowadzi do niemożności orzeczenia środka karnego w postaci podania wyroku do publicznej wiadomości⁹. Sądzę, że problem można rozwiązać poprzez „małą” nowelizację art. 28 § 2 kw, dodając w tym przepisie słowa „z wyjątkiem środka określonego w § 1

⁷ Por.: J. Wojciechowski, *op. cit.*, s. 49 („Art. 31 nie stanowi bowiem «przepisu szczególnego», o jakim mowa w art. 28 § 2, i nie tworzy samoistnej podstawy zarządzenia publikacji orzeczenia. Zawiera on jedynie określenie dodatkowych warunków, pod jakimi publikacja może nastąpić”).

⁸ Tak samo W. Radecki, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. 4..., s. 243 („praktycznie regulacja z art. 31 zachowała moc tylko w odniesieniu do trzech wskazanych wykroczeń”).

⁹ Zob.: J. Wojciechowski, *op. cit.*, s. 43 („Określenie środków karnych w części ogólnej kodeksu nie stanowi wystarczającej podstawy dla ich orzekania. [...] Każdorazowe sięgnięcie po którykolwiek z przewidzianych w kodeksie środków karnych musi być poprzedzone ustaleniem, że konkretny przepis szczególnie określający odpowiedzialność za dane wykroczenie, przewiduje zastosowanie określonego środka”).

pkt 5”. Proponowałabym następujące brzmienie tego przepisu: „Środki karne – z wyjątkiem środka określonego w § 1 pkt 5 – można orzec, jeżeli są one przewidziane w przepisie szczególnym, a orzeka się je, jeżeli przepis szczególny tak stanowi”.

Na aprobatę zasługuje wydłużenie o jeden rok okresu przedawnienia karalności wykroczenia¹⁰. Po planowanej zmianie art. 45 § 1 kw miałyby brzmienie: „Karalność wykroczenia ustaje, jeżeli od czasu jego popełnienia upłynęły 2 lata; jeżeli w tym okresie wszczęto postępowanie, karalność wykroczenia ustaje z upływem 3 lat od popełnienia czynu”. Niniejsza nowela ma na celu – jak zapisano w uzasadnieniu – ograniczenie możliwości uniknięcia kary przez sprawców wykroczeń, a proponując ją, „miano na względzie doświadczenie sądów grodzkich w orzekaniu oraz fakt znacznej ilości spraw umarzanych z powodu przedawnienia”. Pozytywnie należy też ocenić wydłużenie o jeden rok okresu zatarcia ukarania. Projekt zakłada w art. 46 § 1 kw, że ukaranie uważa się za niebyłe po upływie 3 lat od wykonania, darowania lub przedawnienia wykonania kary.

Analizując poszczególne założenia projektu dotyczącego zmian w zakresie prawa wykroczeń, chciałabym jeszcze ustosunkować się do kwestii z zakresu postępowania w sprawach o wykroczenia. Mianowicie projektodawcy proponują dodanie w kodeksie postępowania w sprawach o wykroczenia art. 7a, według którego o ukaraniu ucznia lub studenta należy niezwłocznie zawiadomić dyrektora szkoły lub rektora uczelni. Zawiadomienie takie miałyby być zapewne sygnałem do wszczęcia postępowania wyjaśniającego wobec studenta, przy uznaniu, że dopuszczenie się wykroczenia jest czynem uchybiającym godności studenta. Uważam, że podwójne ukaranie za ten sam czyn

¹⁰ Wydaje się, że proponowane rozwiązanie zaaprobowalby również T. Bojarski. „Roczny i dwuletni termin na wszczęcie postępowania i wydanie orzeczenia to maksymalne okresy, które pozwalają na załatwienie sprawy wykroczeniowej. Nie są one nazbyt długie a upływ czasu od popełnienia czynu do załatwienia sprawy nie jest zależny tylko od organów ścigania i sądów. Jest też kwestia drugiej instancji – na rozpoznanie sprawy w drugiej instancji także niezbędny jest pewien czas. Tutaj również jego upływ nie zależy tylko od pracy oskarżyciela i sądu orzekającego. Postępowanie drugiej instancji nie powinno być objęte wzmiankowanymi terminami”. Zob.: T. Bojarski, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. 1..., s. 93.

– czym w istocie byłoby wymierzenie studentowi kary dyscyplinarnej
– byłoby w przypadku wykroczenia zbyt surowym potraktowaniem. Uwagi dotyczące tej noweli były, jak wynika z uzasadnienia, podnieszone w trakcie konsultacji społecznych. W celu ich odparcia twórcy projektu podali argument, że podobna regulacja jest określona w kodeksie postępowania karnego. Argument ten nie jest trafny. Nie można przecież wszystkich rozwiązań z procedury karnej przenosić do procedury wykroczeniowej. Należy pokreślić, że wykroczenie jest czynem „mniejszej wagi” niż przestępstwo, czynem o wiele niższym stopniu karygodności. Dlatego też każdorazowy obowiązek zawiadomienia o ukaraniu nie jest usprawiedliwiony. Sądzę, że zawiadomienie to powinno mieć charakter fakultatywny.

W związku ze zmianami w zakresie materialnego i proceduralnego prawa wykroczeń proponuje się też nowelizację ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym. Chciałabym odnieść się do terminologii zastosowanej w projekcie. W art. 1 ust. 2 miałyby być dodany pkt 7a, w którym jest mowa o „prawomocnie skazanych za wykroczenia”. Takie brzmienie stanowi niekonsekwencję w stosunku do nazewnictwa przyjętego w prawie wykroczeń, w którym operuje się takimi pojęciami jak „wniosek o ukaranie”, „zatarcie ukarania”. O „skazaniu” natomiast zgodnie z przyjętą konwencją mówi się w przypadku przestępstw. W pełni zasadny jest więc postulat, by mówić o „prawomocnie ukaranych za wykroczenia”. Należy wyrazić przekonanie, że ustawodawca dokonując merytorycznych zmian powinien też zwracać uwagę na spójną i konsekwentną terminologię. Celowe wydaje się również wysunięcie postulatu *de lege ferenda*, aby zmienić określenie „wyrok skazujący”, zawarte w art. 82 kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia. Może mogłaby to być nazwa „wyrok obwiniający”?

Podsumowując rozważania, należy stwierdzić, że twórcy projektu zmierzają do zwiększenia represyjności prawa wykroczeń. Niewątpliwie proponowane zmiany prowadzą do zaostrzenia odpowiedzialności za popełnienie wykroczenia. Projekt zakłada dość obszerną nowelizację kodeksu wykroczeń. Wiele z tych zmian, jak wskazałam powyżej,

zasługuje na aprobatę. Jednakże konkludując chciałabym wyrazić przekonanie, że kara grzywny w wysokości 15 tys. zł za czyn będący wykroczeniem wydaje mi się zbyt wysoka. W świetle przedstawionych rozwiązań projektu, będących wyrazem tendencji do zaostrzania wymiaru kary, wywołuje zdziwienie, a zarazem pełną aprobatę fakt, że pozostawiono bez zmiany art. 41 kw, który może zostać zastosowany wobec każdego sprawcy i przy każdym wykroczeniu. Zgodnie z tym przepisem w stosunku do sprawcy czynu można – zamiast wymierzenia kary – poprzestać na zastosowaniu pouczenia, zwróceniu uwagi, ostrzeżeniu lub na zastosowaniu innych środków oddziaływania wychowawczego.

Summary

In the Ministry of Justice a bill of the 20th February 2007 on the changes of the misdemeanor (contravention) law has been worked out. Today, i.e. on 4th May 2007, the bill has been accepted by the Polish government.

In the report the bill regulations that show a tendency of changes in law kept by the government have been presented. These regulations have been assessed. In the report some *de lege ferenda* demands have been also put forward.

The subject of the research constitute only some chosen regulations of the bill.

Zyta Dymińska

Świadek koronny jako instrument zwalczania przestępczości w świetle zmiany ustawy o świadku koronnym

W 2007 r. mija 10 lat od chwili uchwalenia ustawy o świadku koronnym, która wprowadziła obcą prawu polskiemu i kontrowersyjną, jak żadna inna, instytucję prawną. Ustawa ta, z założenia o charakterze czasowym, która początkowo obowiązywać miała do 2001 r., a następnie przedłużono jej czas obowiązywania do 1 września 2006 r., doczekała się istotnych zmian i na stałe zagościła w polskim prawie procesowym. Stąd też chciałabym się w tym miejscu podzielić kilkoma uwagami na jej temat.

Po transformacji ustrojowej w 1989 r. w Polsce wraz ze zmianami politycznymi i gospodarczymi pojawiło się także zjawisko przestępczości zorganizowanej. Było ono dotychczas nieznane w naszym kraju. Istniała przestępczość zwana zawodową, która głównie czerpała zyski z zagarnięcia mienia społecznego oraz spekulacji towarami reglamentowanymi, a jej istnieniu sprzyjała korupcja funkcjonariuszy gospodarki uspołecznionej¹.

¹ A. Marek, *Przestępczość zorganizowana. Zarys problematyki. Kryminologiczne i prawne*

Zmiany ekonomiczno-gospodarcze spowodowały lawinowy wzrost przestępczości w formie zorganizowanej, która nakierowana była na uzyskanie jak największych zysków w jak najkrótszym czasie. Zorganizowane grupy generowały olbrzymie dochody z przestępstw (głównie kryminalnych, takich jak: produkcja i obrót narkotykami, handel kradzionymi samochodami, wymuszenia, porwania dla okupu, prostytucja, handel żywym towarem i wiele innych), z zastosowaniem brutalnych i bezwzględnych metod działania: szantażu, użyciu siły oraz broni palnej. W tej nowej sytuacji szybko okazało się, że znane i wypróbowane środki zwalczania przestępczości są niewystarczające, tym bardziej że domeną przestępczości zorganizowanej jest mocno posunięta korupcja, dotycząca nierzadko takich sektorów życia publicznego, jak policja, sądownictwo czy prokuratura, co z kolei stanowi zagrożenie dla państwa prawa.

Z tego też względu koniecznością stało się wprowadzenie do polskiego prawa nowoczesnych i nadzwyczajnych instrumentów zwalczania przestępczości zorganizowanej. Były to między innymi: zakup kontrolowany, łapówka kontrolowana, działanie policji „pod przykryciem” czy świadek koronny.

Ta ostatnia instytucja budziła, i do dzisiaj budzi, najwięcej emocji i kontrowersji, głównie dlatego, że jest sprzeczna z naczelnymi zasadami procesu karnego: zasadą legalizmu i równości wobec prawa oraz kłóci się z ogólnie przyjętymi pojęciami sprawiedliwości oraz odpłaty za popełnione przestępstwa.

Świadek koronny to instytucja wywodząca się z procesu angielskiego (*king's witness*). Instrument ten znany już był w Anglii w XII w., jednak na dobre upowszechnił się w wieku XIX, kiedy to chętnym do współpracy i do złożenia zeznań przeciwko innym osobom obiecywano nagrodę w postaci przedterminowego zwolnienia z odbycia kary lub ułaskawienia. W systemie *common law* występował też sprawca – *approver*, gotowy do przyznania się i wydania innych współsprawców.

Warunkiem jednak jego ułaskawienia było skazanie przez sąd wszystkich osób przez niego oskarżonych².

Instytucja ta nadal istnieje w angielskim procesie. Jeden ze sprawców przestępstwa może pod pewnymi warunkami zostać świadkiem koronnym. Wszystkie warunki formalne dotyczące zagwarantowania immunitetu, zgodnie z prawem brytyjskim opierają się na orzecznictwie. Współsprawca na skutek swoistej ugody zawartej z organem procesowym traci przysługujący mu przywilej przeciwko samooskarżaniu, uzyskując w zamian:

- obietnicę całkowitego uwolnienia od odpowiedzialności karnej za czyny, co do których składa zeznania – tzw. immunitet zupełny (*true immunities*),
- obietnicę złagodzenia kary bądź przedterminowego zwolnienia, tzw. immunitet częściowy (*partial immunities*),
- obietnicę zakazu wykorzystywania złożonych zeznań w jakimkolwiek postępowaniu przeciwko świadkowi koronnemu – tzw. *confesional immunity*³.

Istotne dla zagwarantowania immunitetu jest stwierdzenie istnienia interesu publicznego, czyli korzyści, która dla wymiaru sprawiedliwości będzie większa z wystąpienia danej osoby w charakterze świadka niż oskarżonego, wiarygodność danego świadka, liczba denuncjowanych osób oraz prawdopodobieństwo, że bez zeznań – informacji *Queen's evidence* – nie można byłoby ich pociągnąć do odpowiedzialności karnej. Popełnienie morderstwa przez *Queen's evidence* wyklucza interes publiczny w darowaniu kary. W takim jednak przypadku możliwe jest przedterminowe zwolnienie (w Wielkiej Brytanii za morderstwo przewidziano karę dożywotniego pozbawienia wolności).

Angielska instytucja świadka koronnego przeniosła się w XVIII w. do Stanów Zjednoczonych, obecnie ma tam ogromne znaczenie.

Podobnie jak w procesie angielskim, konieczne jest wystąpienie prokuratora do sądu o zatwierdzenie immunitetu dla świadka. We

² E. Kowalewska-Borys, *Świadek koronny w ujęciu dogmatycznym*, Kraków 2004, s. 62 i nast.

³ *Ibidem*, s. 73 i nast.

wniosku musi być wykazany interes publiczny, a nadto fakt, że świadek odmówi składania zeznań i dostarczania wszelkich informacji na podstawie zakazu zmuszania do samooskarżania się. Inne istotne okoliczności brane pod uwagę przy podejmowaniu decyzji o zawarciu porozumienia z podejrzanym to m.in. brak innych wiarygodnych dowodów, waga danej sprawy, zaangażowanie kandydata na świadka koronnego w popełnianiu przestępstw, możliwość wzbudzenia zaufania u ławy przysięgłych⁴.

Instytucja świadka koronnego z początkiem lat 80. XX w. recypowana została na grunt prawa europejskiego (kontynentalnego). W Niemczech, pomimo zastrzeżeń wynikających z naruszenia ugruntowanej w Europie zasady legalizmu, została ona przyjęta w ustawie z 28 lipca 1981 r. o środkach odurzających, a następnie w ustawach z 9 czerwca 1989 r. o przestępstwach terrorystycznych i z 28 października 1994 r. o zwalczaniu przestępczości. We Włoszech świadek koronny (*pentito*) pojawił się w ustawie nr 304 z 29 maja 1982 r. o środkach zmierzających do ochrony porządku konstytucyjnego, głównie jako instrument do zwalczania przestępczości o charakterze mafijnym i narkotykowym. W Niemczech świadek koronny nie odegrał większej roli, natomiast we Włoszech podkreślana jest skuteczność tej instytucji, przejawiająca się w doprowadzeniu do skazania wielu sprawców poważnych przestępstw, którzy nigdy nie zostaliby skazani, gdyby nie zeznania świadka koronnego⁵.

Narastająca fala przestępczości w Polsce już z początkiem lat 90. XX w. wywołała dyskusję nad wprowadzeniem instytucji świadka koronnego do polskiego systemu karnego⁶. Jej skutkiem było przygotowanie w 1993 r. projektu – pierwowzoru ustawy o świadku koronnym,

⁴ *Ibidem*, s. 71 i nast.; Z. Rau, *Przestępczość zorganizowana i jej zwalczanie*, Kraków 2002, s. 189 i nast.

⁵ E. Kowalewska-Borys, *op. cit.*, s. 75 i nast.; B. Kurzępa, *Świadek koronny. Geneza instytucji. Komentarz do ustawy*, Toruń 2005, s. 40.

⁶ Zob. m.in.: J. Grajewski, *Instytucja świadka koronnego w procesie karnym*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1994, nr 3–4, s. 20; S. Waltoś, *Świadek koronny – obrzeża odpowiedzialności karnej*, „Państwo i Prawo” 1993, z. 2, s. 16.

który nosił nazwę Ustawa o dopuszczalności stosowania w postępowaniu karnym w sprawach zorganizowanej działalności przestępczej dowodów z zeznań świadków będących współsprawcami niektórych przestępstw⁷. Pomimo że projekt ten został odrzucony, prace nad ustawą były kontynuowane i ostatecznie 25 czerwca 1997 r. uchwalono ustawę o świadku koronnym (zwaną dalej uśk). Ustawa weszła w życie z dniem 1 września 1998 r., podobnie jak i nowe kodyfikacje karne.

Budziła ona tak wiele kontrowersji, że nadano jej charakter czasowy, zakreślając okres obowiązywania do 1 września 2001 r., jednak okres ten przedłużono do 1 września 2006 r. Dotychczasowa praktyka wykazała przydatność wspomnianej ustawy, z tego też względu z dniem 22 lipca 2006 r. wprowadzono jej nowelizację, która, jak już wspomniano, wprowadziła tę instytucję na stałe do naszego procesu karnego.

Ustawa o świadku koronnym już wcześniej była nowelizowana, w wyniku czego zmieniał się jej zakres przedmiotowy. Katalog przestępstw, w których można było stosować ustawę, był systematycznie poszerzany, albowiem w czasie obowiązywania ustawy pojawiały się głosy praktyków, iż katalog ten jest niewystarczający i nie zaspokaja wszystkich potrzeb związanych ze zwalczaniem przestępczości zorganizowanej. W szczególności pojawiały się głosy, że winien on być rozszerzony o takie czyny, jak składanie fałszywych zeznań (art. 233 § 1 kk) i poplecznictwo (art. 239 § 1 kk), które to przestępstwa są typowe i warunkują przynależność do grupy czy związku przestępczego⁸.

Ostatecznie ustawa z 22 lipca 2006 r. o zmianie ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. z 2006 r. Nr 149, poz. 1078) dokonała bardzo znaczącej zmiany w zakresie przedmiotowym jej stosowania.

Według art. 1 ust. 1 uśk, jej przepisy stosuje się w sprawach o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe popełnione w zorganizowanej

⁷ B. Kurzepa, *op. cit.*, s. 51 i nast.; E. Kowalewska-Borys, *op. cit.*, s. 144 i nast.

⁸ P. Korbal, *Świadek koronny – instrument zwalczania przestępczości zorganizowanej. Kilka refleksji z praktyki*, [w:] *Przestępczość zorganizowana. Świadek koronny, terroryzm w ujęciu praktycznym*, red. E. Pływaczewski, s. 340.

grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

W myśl natomiast ust. 2 art. 1 uśk, ustawę stosuje się także w sprawach o przestępstwa enumeratywnie wymienione w tym przepisie, takie jak: przestępstwo łapownictwa biernego i czynnego we wszystkich postaciach, płatnej protekcji, nadużycia funkcji publicznej, korupcji wyborczej, udział w zorganizowanej grupie bądź związku przestępczym, zakładanie związku o takim charakterze lub o charakterze terrorystycznym, przekupstwa menedżerskie, przekupstwa sportowe.

W tym miejscu pragnę podkreślić, że wymienione enumeratywnie w ust. 2 art. 1 uśk przepisy dotyczą w znakomitej większości przestępstw korupcyjnych i ustawodawca nie wymaga, aby przy popełnianiu sprawca działał w grupie lub związku przestępczym (poza art. 258 kk). Katalog przestępstw korupcyjnych w stosunku do uprzedniego stanu prawnego, w którym przewidziana jest możliwość zastosowania instytucji świadka koronnego, uległ tylko nieznacznemu rozszerzeniu o przekupstwo menedżerskie i przekupstwo w sporcie.

Uregulowanie to należy ocenić w pełni pozytywnie, z uwagi na realne zagrożenie korupcją w naszym kraju. Zasadne jest zaakcentowanie, że doświadczenia w zwalczaniu przestępczości korupcyjnej wskazują, iż ma ona obecnie w znacznej mierze charakter zorganizowany. Występuje tu podział ról, są osoby wyspecjalizowane jako naganiacze, pośrednicy, kurierzy, a w końcu bezpośredni uczestnicy układu korupcyjnego⁹.

Istotną natomiast zmianę niesie ust. 1 tego przepisu. W świetle powyższych zmian instytucję świadka koronnego można stosować we wszystkich kategoriach przestępstw i przestępstw skarbowych, o ile tylko popełnione były w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Z zapisu tego wynika wprost, że owa grupa lub związek, mogła zostać powołana tylko do popełnienia jednego przestępstwa. Rodzi się zatem

⁹ W. Mądrzejowski, *Korupcja w działalności zorganizowanych grup przestępczych*, [w:] *Przestępczość zorganizowana...*, s. 467.

pytanie, czy nie kłóci się to z wypracowaną w praktyce definicją grupy zorganizowanej?

W tym miejscu należy przypomnieć, iż po 1 maja 2004 r., czyli po wstąpieniu Polski do Unii Europejskiej, weszło w życie wiele zmian ustawodawczych, których celem było dostosowanie polskich przepisów do standardów prawodawstwa europejskiego. Jeśli idzie o kodeks karny, to między innymi zmieniał się przepis art. 258 kk. Dotychczas statuował on odpowiedzialność karną za udział w zorganizowanej grupie lub związku mającym na celu popełnianie przestępstw. Jak stwierdzono w uzasadnieniu projektu zmiany, nowa definicja zorganizowanej grupy odpowiada w pełni wymaganiom art. 2 Decyzji ramowej¹⁰. Przyjęto zatem w kodeksie karnym konstrukcję grupy czy związku, które, jak już wspomniano, mogą być powołane dla dokonania nawet tylko jednego przestępstwa.

Związek, o którym mowa w art. 258 kk, musi spełniać następujące kryteria: zbiorowość, co najmniej trzech osób, stopień zorganizowania, wyrażający się w istnieniu stałego kierownictwa, ustalonego programu oraz podziału funkcji i zadań, hierarchiczne podporządkowanie, struktury dwu- lub wielostopniowej, a także wyraźnie określone zasady przynależności, dyscyplina członków, trwałość, a nadto cel – popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

Natomiast pojęcie „grupa przestępcza” nie jest tożsame ani ze sprawstwem, ani też nie jest formą pośrednią między związkiem i współsprawstwem. Grupa to struktura oparta na więzi łączącej co najmniej trzy podmioty, której celem jest popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, charakteryzująca się mniejszą trwałością i mniejszym stopniem zorganizowania niż związek, w której jednak również obowiązuje ustalona hierarchia i obowiązki poszczególnych członków egzekwowane są dzięki podporządkowaniu członków podmiotowi nią kierującemu¹¹.

¹⁰ www.sejm.gov.pl.

¹¹ M. Klepner, *Pojęcie zorganizowanej grupy i związku przestępczego w świetle polskiego prawa i orzecznictwa*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2000, nr 2, s. 45.

Krytycznie należy się odnieść do treści art. 1 ust. 1 uśk, nie zamyka on bowiem katalogu przestępstw, w których można stosować ustawę. W myśl tego przepisu można ją stosować zarówno do występków o niskim zagrożeniu karą, jak i do zbrodni. Np. w przypadku przestępstw przeciwko mieniu nie ma znaczenia wartość spowodowanej szkody, podobnie jak nie ma znaczenia wielkość uszczuplenia należności publicznoprawnej, jak to było przyjęte uprzednio. Tak szerokiego zakresu stosowania tej instytucji nie przewiduje żadne europejskie uregulowanie instytucji świadka koronnego. Ustawodawca pozostawia tym samym dużą swobodę prowadzącym postępowanie przygotowawcze w doborze sprawy do wdrożenia procedury związanej ze świadkiem koronnym.

Rodzi to niebezpieczeństwo zbyt powszechnego korzystania z tej instytucji, chociażby w myśl lokalnych interesów, takich jak choćby źle rozumiana chęć podniesienia prestiżu danej jednostki prowadzącej śledztwo poprzez zastosowanie tego instrumentu.

Co prawda rozszerzeniu przedmiotowemu towarzyszą zmiany, które mogą w pewnym stopniu przeciwdziałać opisanym nieprawidłowościom. Za niezwykle istotną należy uznać bowiem zmianę właściwości sądu uprawnionego do wydania postanowienia w przedmiocie dopuszczenia dowodu z zeznań świadka koronnego, z sądu właściwego do rozpoznania sprawy (rejonowy lub okręgowy) na sąd okręgowy.

Natomiast nie wydaje się słusznym uzyskiwanie zgody prokuratora krajowego na wystąpienie prokuratora prowadzącego lub nadzorującego postępowanie przygotowawcze do sądu z wnioskiem o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka koronnego. W mojej ocenie stanowi to niepotrzebny formalizm, który skutkować może wyłącznie przedłużeniem postępowania, podczas gdy wystarczające byłoby uzyskanie zgody prokuratora apelacyjnego, jak było to stosowane uprzednio.

Nowością jest również wydanie postanowienia przez prokuratora prowadzącego lub nadzorującego postępowanie przygotowawcze w razie niewystąpienia do sądu z wnioskiem o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka koronnego oraz zapoznanie z jego treścią podejrzanego.

Kolejną dość istotną zmianą jest wprowadzenie, obok dotychczasowych, nowego warunku dopuszczalności dowodu z zeznań świadka koronnego w postaci ujawnienia swojego majątku oraz znanego mu majątku pozostałych sprawców przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, o którym mowa w art. 1 ustawy. Z pewnością zamiarem ustawodawcy było nakłonienie świadka koronnego do ujawnienia takich składników majątku swojego i pozostałych sprawców, które zostały ukryte np. poprzez przypisanie do fikcyjnych właścicieli, transfer za granicę itp. Zmiana ta, którą niewątpliwie należy ocenić pozytywnie, może rodzić problemy w zastosowaniu jej w praktyce. Czy takie uregulowanie nie odstraszy potencjalnych świadków koronnych, którzy jeśli posiadają duże zasoby finansowe, wybiorą odbicie ewentualnej kary, a następnie wygodne życie, choćby za granicą? Czy może podejmą ryzyko zatajenia składników własnego majątku? W tym miejscu pojawia się kolejna wątpliwość – czy organy prowadzące postępowanie przygotowawcze posiadają realną możliwość zweryfikowania oświadczeń świadka w tym zakresie? Wszak większość brudnych pieniędzy pranych jest w oazach bankowych, o których atrakcyjności przesądza daleko posunięta tajemnica bankowa, brak formalizmu przy identyfikowaniu klienta, czy wreszcie powszechność kont numerycznych czy przepustkowych. Nadto podkreślić trzeba, iż grupy przestępcze wciąż doskonałą techniki prania pieniędzy¹².

Znowelizowana ustawa przewidziała również poważne konsekwencje zatajenia informacji o majątku w postaci utraty statusu świadka koronnego i pociągnięcia go do odpowiedzialności karnej za popełnione przestępstwa lub przestępstwa skarbowe.

Omawiana nowelizacja ustawy natomiast zmieniła bardzo nieznacznie warunki wyłączenia stosowania ustawy. Oprócz zmiany redakcyjnej, ust. 1 art. 4, pozwala ona na jej stosowanie w stosunku do podejrzanego, który grupę lub związek zakładał. Zmiana ta nie ma chyba poważniejszego znaczenia. Zabieg ten najpewniej pozwoli na za-

¹² J. W. Wójcik, *Pranie pieniędzy. Kryminologiczna i kryminalistyczna ocena transakcji podejrzanych*, Warszawa 2002, s. 88.

stosowanie ustawy do podejrzanego, który był założycielem, a później wskutek bliżej nieokreślonych okoliczności nie został jej liderem, bądź został takiego władztwa pozbawiony i nie kierował grupą lub związkiem. W praktyce nie będzie to chyba znacząca liczba podejrzanych.

Ostatnią istotną zmianą jest wydłużenie do 5 lat okresu po uprawnieniu się postanowienia o umorzeniu postępowania przeciwko świadkowi koronnemu, kiedy można to postępowanie wznowić w razie ujawnienia, że popełnił on nowe przestępstwo lub przestępstwo skarbowe w zorganizowanej grupie lub związku; okoliczności wyłączających stosowanie wobec niego tej instytucji; albo że nie ujawnił swego majątku lub innych sprawców. Wydłużenie tych okresów należy ocenić bardzo pozytywnie.

Reasumując rozważania dotyczące zmian w ustawie, stwierdzić należy, iż ustawa w omawianym kształcie może stanowić skuteczny instrument w zwalczaniu przestępczości zorganizowanej. Niestety, poważne wątpliwości budzi rozszerzenie przedmiotowego zakresu jej stosowania na wszystkie przestępstwa lub przestępstwa skarbowe, popełnione w grupie lub związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Poprzez taki zabieg instytucja świadka koronnego może stać się zbyt powszechna i utraci swój nadzwyczajny i wyjątkowy charakter. Należy przy tym pamiętać, że nie może być ona panaceum na wszelkie niedomogi i niesprawność działania organów ścigania.

Słusznie stwierdził Sąd Najwyższy, że instytucja ta odbiega od klasycznych zasad prawa i procesu karnego, gdyż stanowi istotny wyłom w zasadzie legalizmu i równości wobec prawa. Z tego też względu musi być ograniczona tylko do takich rodzajów przestępstw, które są zaliczane do wyjątkowo groźnych, do których efektywnego zwalczania nieodzowna jest konieczność rozbicia solidarności przestępców¹³.

Nadto Sąd dodał, że wyjaśnienia podejrzanego, a po nadaniu tej osobie statusu świadka koronnego, jej zeznania, należy oceniać ze

¹³ Uchwała siedmiu sędziów SN z 21 grudnia 1999 r., sygn. IKZP44/99, OSNKW 2000, nr 1–2, poz. 2.

szczególną ostrożnością. Świadek koronny, jak każdy świadek, ma obowiązek mówić prawdę, a sprawą sądu poprzez bezpośredni kontakt ze świadkiem jest ocenić czy ten obowiązek został spełniony¹⁴. W tej sytuacji wydaje się konieczne szersze niż dotychczas korzystanie z innych instrumentów prawnych, w tym instytucji przewidzianej w art. 60 § 3 kk.

Wobec treści art. 1 ust. 1 uśk, proponowałabym wprowadzenie w art. 60 § 3 kk zapisu, który podobnie jak w art. 60 § 4 kk, pozwalałby prokuratorowi na wystąpienie do sądu z wnioskiem o zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary lub warunkowe jej zawieszenie. Ten drobny zabieg, wydawałoby się niepotrzebny, skoro sąd ma obowiązek zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary lub warunkowego jej zawieszenia w stosunku do sprawcy współdziałającego z innymi osobami w popełnieniu przestępstwa, jeżeli ujawnił on wobec organu powołanego do ścigania przestępstw informacje dotyczące osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa oraz istotne okoliczności jego popełnienia – mógłby, moim zdaniem, wpłynąć na postawę podejrzanego w kwestii jego wyjaśnień, albowiem stanowiłby swoistą gwarancję, że skorzysta on w przyszłości z dobrodziejstwa przepisu art. 60 § 3 kk.

Z praktyki wiadomo, że wielu podejrzanych nie chce ujawniać okoliczności dotyczących popełnionego przestępstwa, albowiem obawiają się, iż pomimo to, prokurator przed sądem będzie wnioskował o surowy wyrok, sąd zaś przychylił się do jego wniosku, a oni nie zyskają niczego poza zemstą kolegów.

W razie gdyby z jakichś względów nie było możliwe skorzystanie z tego trybu, wtedy mogłoby nastąpić ewentualne wdrożenie procedury zmierzającej do konwersji ról procesowych podejrzanego w świadka koronnego, ze szczegółowym wskazaniem, dlaczego nie skorzystano z tego uregulowania.

Wspomnieć również należy, że w ustawie o świadku koronnym brak jest zapisu, który ograniczałby dopuszczalność stosowania tej in-

¹⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 16 grudnia 2004 r., sygn. II Aka 223/04, KZS 2005/7-8/154.

stytucji do przypadków, kiedy prowadzić ma to do skazania sprawców groźniejszych przestępstw za cenę przyznania immunitetu sprawcom podrzędnym. W obecnym kształcie omawianej ustawy nie można bowiem wykluczyć nadania statusu świadka koronnego sprawcy przestępstwa o wadze większej od wagi przestępstwa, którego sprawca może zostać ukarany dzięki zeznaniom świadka koronnego. Zasadnym zatem wydaje się wprowadzenie uregulowania, w myśl którego sądy powinny brać pod uwagę pewną proporcjonalność pomiędzy ciężarem przestępstw popełnionych przez kandydata na świadka koronnego i sprawców, którzy zostają przez niego obciążeni wyjaśnieniami, a później zeznaniami.

Niezależnie od tych propozycji, zasadne jest pozostawienie waloru wyjątkowości świadka koronnego i ograniczenie jego występowania do najpoważniejszych spraw o dużym ciężarze gatunkowym, gdy w żaden inny sposób nie można zdobyć dowodów popełnienia przestępstwa. W obecnym kształcie ustawy istnieje bowiem obawa, że prokuratura czy sąd będą nadużywały stosowania instytucji świadka koronnego.

Pamiętać należy, że świadek koronny to instytucja wyjątkowa i wymaga rozważań w jej stosowaniu. W przeciwnym razie ulegnie dewaluacji i w krótkim czasie dysponować będziemy armią wątpliwej wagi świadków koronnych, narażając przy tym Skarb Państwa na niebagałtelne wydatki.

Część czwarta

**Z zagadnień prawa
finansowego**

Apoloniusz Kostecki

Prawotwórcze oddziaływanie orzecznictwa na kształt prawa podatkowego

1. Analiza orzecznictwa sądowego zarówno najwyższych krajowych organów sądowych, jak i orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości prowadzi do wniosku, że orzecznictwu temu właściwe są dwa nurty, a mianowicie nurt zachowawczy w stosunku do istniejącego stanu prawnego oraz nurt rozwojowy, weryfikujący zasadność dalszego stosowania określonych regulacji prawnych. O ile nurt zachowawczy orzecznictwa zgodny jest z podstawową funkcją sądownictwa, jaką jest stosowanie prawa związane z kierunkiem pozytywistycznym, o tyle nurt rozwojowy orzecznictwa kwestionuje istniejący kształt niektórych regulacji prawa podatkowego, z reguły nieodpowiadających wymogom demokratycznego państwa prawnego lub aktualnej rzeczywistości społeczno-gospodarczej. W ten sposób nurt rozwojowy bądź podważa zasadność istnienia niektórych tradycyjnych instytucji prawa podatkowego nieodpowiadających zasadom demokratyczne-

go państwa prawnego, bądź też ujawnia brak istnienia pewnych instytucji niezbędnych dla właściwego funkcjonowania określonych dziedzin prawa podatkowego w demokratycznym państwie prawnym. Wskazanie takich konkretnych instytucji prawa podatkowego lub ich istotnych elementów wynikających bezpośrednio z orzecznictwa w sprawach podatkowych może jednak natrafiać na trudności, uwzględniając zwłaszcza fakt, że orzeczenia organów sądowniczych dotyczą rozstrzygnięć w konkretnych sprawach związanych z określonymi podmiotami podatkowymi.

Nietrudno zauważyć, że nurt rozwojowy w orzecznictwie w pewien sposób wykracza z reguły poza granice właściwie pojmowanego stosowania prawa. Pojawia się w związku z tym wymagająca rozstrzygnięcia kwestia, czy organom sądowniczym krajowym, z reguły najwyższego stopnia, podobnie jak i Europejskiemu Trybunałowi Sprawiedliwości, orzekającemu często w sprawach m.in. zgodności prawa krajowego z prawem wspólnotowym, może być przypisana funkcja prawotwórcza we właściwym znaczeniu, czy też jedynie prawotwórcze oddziaływanie na kształt prawa podatkowego.

Liczne stanowiska reprezentowane w doktrynie na temat funkcji prawodawczej krajowych organów sądowniczych nie są bynajmniej jednoznaczne, uwzględniając zwłaszcza różne okresy historyczne. Warto jednak przytoczyć najdalej idące w tym zakresie stanowisko. Wyraża się ono w poglądzie, że „współtwórcami prawa podatkowego są także sędziowie”¹. Mianowicie konkretyzują oni abstrakcyjne prawo podatkowe nie tylko w danej sprawie, lecz również pośrednio w mniejszym lub szerszym zakresie przyczyniają się do ich upowszechnienia, gdyż wyroki te znajdują swój wyraz w komentarzach, a ponadto wiele wyroków zwłaszcza najwyższych trybunałów krajowych jest wykorzystywanych do formułowania przez kompetentne organy wiążących wytycznych.

Jeśli chodzi natomiast o kwestię, czy Europejskiemu Trybunałowi Sprawiedliwości powinna być przypisywana funkcja prawotwórcza

¹ Por.: K. Tipke, *Die Steuerrechtsordnung*, t. 3, Kolonia 1993, s. 1476.

w zakresie prawa podatkowego, zajmowane w doktrynie stanowiska są niejednokrotnie bardzo krytyczne w przypadku ujawnienia faktów podważania zasadności stosowania tradycyjnych regulacji, które leżą u podstaw funkcjonowania instytucji m.in. międzynarodowego prawa podatkowego, głównie w zakresie bilateralnych i multilateralnych umów międzynarodowych zapobiegających podwójnemu opodatkowaniu. W literaturze polskiej regułą są umiarkowane poglądy na temat wkraczania Trybunału Sprawiedliwości w sferę współtworzenia kształtu krajowego prawa podatkowego².

2. Z punktu widzenia tematu opracowania szczególnie interesujące jest poszukiwanie odpowiedzi na pytanie, czy z treści orzeczeń najwyższych krajowych organów sądowniczych oraz Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wynika dążenie do pozbawiania tradycyjnego prawa podatkowego jego w dużej mierze restrykcyjnego charakteru, bądź drogą bezpośredniego kreowania nowego rodzaju instytucji podatkowych, bądź też przez uświadomienie ustawodawcy podatkowemu konieczności wprowadzania nowych instytucji do obowiązującego prawa podatkowego.

Celem wspomnianych instytucji byłoby eliminowanie lub przynajmniej łagodzenie negatywnych dla podatników skutków dotychczasowych regulacji prawa podatkowego. Wskazanie takich konkretnych instytucji prawa podatkowego lub ich istotnych elementów, wynikających bezpośrednio z orzecznictwa podatkowego i uwzględniających właściwie pojmowany interes podatników nie jest jednak łatwe. Wymaga dokładnego prześledzenia orzecznictwa naczelnych organów sądowniczych poszczególnych państw, a także orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawach podatkowych. Z tych względów konieczne wydaje się ograniczenie dalszych rozważań do przykładowego przedstawienia dwóch bardzo reprezentatyw-

² Szerokie i interesujące omówienie funkcji i kompetencji Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zawiera praca: *Prawo instytucjonalne Unii Europejskiej*, red. M. M. Kenig-Witkowska, Warszawa 2004, s. 178–226, 229–374.

nych instytucji prawa podatkowego, będących efektem rozwojowych tendencji w zakresie orzecznictwa w sprawach podatkowych. Pierwszą z nich jest instytucja tzw. faktycznego porozumienia pomiędzy organem podatkowym a podmiotem zobowiązanym do świadczenia podatkowego, czyli w nomenklaturze polskiej, podmiotem podatkowym lub podatnikiem. Drugą instytucją jest z kolei instytucja warunkowego nieograniczonego obowiązku podatkowego, określana w literaturze również jako instytucja wirtualnego nieograniczonego obowiązku podatkowego³.

Bliższe przedstawienie każdej z wymienionych instytucji warto poprzedzić ukazaniem podstawowych różnic zachodzących pomiędzy nimi w zakresie źródeł ich pochodzenia, ukształtowania.

Mianowicie pierwsza z wymienionych instytucji określona jako tzw. faktyczne porozumienie została wykreowana – co stanowić może nawet pewne zaskoczenie – przez orzecznictwo niemieckich organów sądownictwa, funkcjonując poza normatywnymi regulacjami prawnopodatkowymi. Natomiast źródło ukształtowania drugiej z wymienionych instytucji, określanej jako warunkowy nieograniczony obowiązek podatkowy stanowiło orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, skłaniające ustawodawstwo krajowe do nadania tej instytucji normatywnego charakteru.

3. Sposób wprowadzenia instytucji tzw. faktycznego porozumienia do niemieckiego porządku prawnego w zakresie postępowania podatkowego był szczególny. Została ona mianowicie wykreowana w drodze orzecznictwa Federalnego Trybunału Finansowego i w oparciu o to orzecznictwo od dłuższego już czasu funkcjonuje, nie znajdując swego normatywnego odzwierciedlenia w obowiązujących przepisach. Z uwagi na bardzo długi okres funkcjonowania tej instytucji,

³ Por.: A. Kostecki, *Wirtualna instytucja nieograniczonego obowiązku podatkowego na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, [w:] *W kręgu prawa podatkowego i finansów publicznych. Księga dedykowana Profesorowi Cezaremu Kosikowskiemu*, red. J. Gumińska-Pawlic, Poznań 2005.

można nawet zaryzykować stwierdzenie, że stała się ona elementem prawa zwyczajowego.

Interesujące jest, że Federalny Trybunał Finansowy potwierdził w swych orzeczeniach pogląd, że z konstytucyjnych zasad: ustawowego charakteru regulacji podatkowych (art. 20, ust. 3 Konstytucji) oraz równego traktowania (art. 3, ust. 3 Konstytucji), wynika zakaz stosowania umów w sprawach podatkowych, w związku z czym umowy publicznoprawne (ugody) w zakresie zobowiązań podatkowych są z mocy prawa konstytucyjnego nieważne.

Na podkreślenie zasługuje jednocześnie fakt, że Trybunał w swych orzeczeniach odróżniał jednak nieważne umowy dotyczące kwestii prawnych, czy ściślej rzecz ujmując: dotyczące stosowania prawa, od ważnych porozumień pomiędzy organem podatkowym i podatnikiem, których zadaniem jest wspólne ustalenie wielkości podatkowego stanu faktycznego, a więc stanu faktycznego podlegającego opodatkowaniu. Ponieważ jednak pojęciu podatkowego stanu faktycznego nadaje się różne znaczenia, warto wskazać, że chodzi w istocie rzeczy o ustalenie wielkości tych elementów konstrukcji podatku, które w sposób pośredni wpływają na wysokość należnego podatku. Należą do nich: przedmiot opodatkowania w wąskim znaczeniu oraz podstawa opodatkowania⁴.

W procesie kształtowania się instytucji prawnej tzw. faktycznego porozumienia na gruncie niemieckiego orzecznictwa najwyższych organów sądowych w zakresie postępowania podatkowego, szczególną

⁴ Wymaga dodatkowego wyjaśnienia, że nauce niemieckiej właściwe jest operowanie pojęciem przedmiotu opodatkowania w wąskim znaczeniu, któremu bardziej odpowiada pojęcie „obiekту podatkowego” (*Steuerobjekt*). Stanowi to rezultat posługiwania się odrębnym – w pewnym stopniu sztucznym – elementem konstrukcji podatku w postaci tzw. „przyporządkowania” (*Zuschreibung*). Wyraża ono stosunek, w jakim pozostaje podmiot podatkowy do przedmiotu opodatkowania w wąskim znaczeniu, a więc do obiektu określonego zachowania się podatnika, czyli w ujęciu doktryny niemieckiej: „obiekту podatkowego”. Wydaje się, że w polskiej teorii prawa podatkowego dwuczłonowe ujęcie „przedmiotu opodatkowania”, a mianowicie jako określonego zachowania się podmiotu opodatkowania oraz obiektu tego zachowania jest właściwsze, co zresztą znajduje niejednokrotnie wyraz w nazwie podatku (np. podatek od posiadania psów, a nie podatek od psów).

rolę odegrały zwłaszcza niektóre interesujące wyroki Trybunałów Finansowych.

Za pierwszy wyrok, istotny dla dalszego rozwoju orzecznictwa w sprawie możliwości stosowania umów publicznoprawnych w postępowaniu podatkowym, uznać należy wyrok Trybunału Finansowego z 20 października 1925 r. Poprzedzające ten wyrok orzecznictwo Trybunału w sposób jednoznaczny traktowało wszelkie porozumienia w sprawach podatkowych jako niewiążące, nieważne.

Trybunał w wyroku z 1925 r. po raz pierwszy wprowadził rozróżnienie na umowy w kwestiach prawnych oraz na tzw. faktyczne porozumienia⁵. Według Trybunału umowy w kwestiach prawnych były niedopuszczalne i nieważne, natomiast tzw. faktyczne porozumienia mogą być stosowane w praktyce przez organ podatkowy przy udziale podatnika w celu ustalenia podatkowego stanu faktycznego, „zwłaszcza przy dokonywaniu oszacowania wartości przedmiotu opodatkowania”, co miało na celu wykluczenie powodów zaskarżania przez podatnika decyzji podatkowej.

Zgodnie z reprezentowanym przez Trybunał stanowiskiem, na które należy zwrócić szczególną uwagę, tzw. faktyczne porozumienie nie miało charakteru prawnego, lecz jedynie charakter faktyczny. Inaczej rzecz ujmując: „porozumienie nie rodziło stosunku prawnego pomiędzy organem podatkowym a podatnikiem, stanowiąc jedynie postać więzi faktycznych”. W tym właśnie można doszukiwać się jednej z przyczyn posługiwania się przez Trybunał terminem tzw. faktyczne porozumienie.

Innej przyczyny podkreślania „faktycznego” charakteru porozumienia pomiędzy organem podatkowym a podatnikiem dopatrywać się można w tym, że jego przedmiotem jest usunięcie istniejących luk w określeniu stanu faktycznego podlegającego opodatkowaniu. Wiąże się to z reguły z potrzebą dokonywania oszacowania, ujęcia ryczałto-

⁵ Warto zauważyć, że mogący budzić wątpliwości termin: tzw. faktyczne porozumienie, również wprowadzony został po raz pierwszy w tym właśnie wyroku.

wego, rozgraniczenia, rozdzielenia i tym podobnych działań⁶, konkretyzujących określone elementy stanu faktycznego.

Wyrokiem drugim z kolei, który stworzył trwałe podstawy dla koncepcji tzw. faktycznego porozumienia, był wyrok Trybunału Finansowego z 10 września 1941 r. Wyrok ten przyznał tzw. faktycznemu porozumieniu po raz pierwszy atrybut aktu wiążącego strony porozumienia, a więc zarówno organ podatkowy, jak i podatnika. Warto wskazać, że atrybut ten wyprowadził Trybunał z cywilnoprawnej zasady dobrej wiary, która swą treścią odpowiada aktualnej zasadzie ochrony zaufania w niemieckiej ordynacji podatkowej. Odstąpił tym samym od sformułowanej wyrokiem Trybunału Finansowego z 25 maja 1938 r. zasady, że porozumienia zawarte w celu ustalenia podatkowego stanu faktycznego nie wiążą same przez się, lecz jedynie wówczas, gdy zostaną „przetworzone” w odpowiedni akt administracyjny, a więc z reguły w decyzję podatkową. W ten sposób przyznał tzw. faktycznemu porozumieniu samodzielny charakter, którego – w świetle poprzednich wyroków – było ono pozbawione.

Koncepcja wyprowadzania mocy wiążącej tzw. faktycznego porozumienia z zasady dobrej wiary przewijała się przez dłuższy czas w wyrokach Federalnego Trybunału Finansowego oraz w postanowieniach Senatu tego Trybunału Finansowego. Warto jednak odnotować, że do lat 70. XX wieku moc wiążącą tzw. faktycznego porozumienia wyprowadzano również z zasady pewności prawa, z zasady lojalnego postępowania pomiędzy organem publicznym i obywatelem oraz z zasady zaufania.

Trzecim wyrokiem, który w pewien sposób zamknął dotychczasową historię tzw. faktycznego porozumienia i stworzył przesłanki nadania mu charakteru instytucji prawnej, był wyrok Senatu Federalnego Trybunału Finansowego z 11 grudnia 1984 r. Przejmując – chyba niepotrzebnie – terminologię zawartą w wyroku Trybunału Finansowego z 25 października 1925 r., Senat przypisał tzw. faktycznemu porozumieniu moc wiążącą bezpośrednio jego uczestników, a więc zarówno

⁶ Por.: R. Seer, *Verständigung in Steuerverfahren*, Köln 1996, s. 196.

organ podatkowy, jak i podatnika. Ponieważ w uzasadnieniu Senatu do tego wyroku nie wskazano zasady dobrej wiary jako podstawy mocy wiążącej tzw. faktycznego porozumienia, wyprowadzając ją wprost z zawartego porozumienia, w doktrynie ukształtował się pogląd, że Senat w swym uzasadnieniu wyroku przyjął za podstawę prawną mocy wiążącej porozumienia ogólną zasadę *pacta sunt servanda*. Może być interesujące, że późniejsze orzecznictwo przyjęło zasadniczy kierunek zaprezentowany w wyroku Senatu z 11 grudnia 1984 r. w odniesieniu do tzw. faktycznego porozumienia, uznając je za samodzielną instytucję prawną o dużym znaczeniu praktycznym.

W późniejszych uzasadnieniach do wydawanych wyroków podkreślano rolę i znaczenie instytucji faktycznego porozumienia, rzadko jednak wskazując na podstawę prawną jej mocy wiążącej. Pewien interesujący wyjątek w tym zakresie stanowi uzasadnienie Senatu do wyroku z 6 lutego 1991 r., w którym wyprowadza on moc wiążącą uczestników porozumienia nie z jego istoty jako umowy, lecz z konkretnego stosunku prawnopodatkowego pomiędzy organem podatkowym i podatnikiem, bez powoływania się przy tym na zasadę dobrej wiary. Tym samym potwierdził on coraz powszechniejszy pogląd, że tzw. faktyczne porozumienie stanowi samoistną instytucję prawną, u której podstaw leży stosunek prawnopodatkowy. Konsekwencją traktowania tzw. faktycznego porozumienia jako samoistnej instytucji jest przysługujące podatnikowi z mocy tej instytucji roszczenie wobec organu podatkowego o uwzględnienie treści porozumienia w następującym po nim akcie administracyjnym wymierzającym podatek, a więc w decyzji podatkowej.

Wdzięczne, jak wyżej wskazano, przyjęcie przez praktykę ukształtowanej przez orzecznictwo samodzielnej instytucji prawnej w formie tzw. faktycznego porozumienia będącego ze swej istoty umową publicznoprawną, było jednak związane z pewnym niepokojem. U jego podstaw leżały głównie obawy o właściwe funkcjonowanie tej instytucji, zwłaszcza zaś lęk, czy nie będzie ona nadużywana dla celów sprzecznych z interesem publicznym. Nie można bowiem za-

pominać, że instytucja porozumienia pomiędzy organem podatkowym i podatnikiem, którego przedmiotem jest ustalenie podatkowego stanu faktycznego, wywiera wpływ na wysokość świadczenia podatkowego. Z tych względów nie wykluczano nawet możliwości działań korupcyjogennych. Rezultatem tych obaw było m.in. wprowadzenie przez orzecznictwo Federalnych Trybunałów Finansowych wymogu, który uzależnia wiążący charakter tzw. faktycznego porozumienia od osobistego udziału przy zawieraniu porozumienia po stronie organu podatkowego wysokiego rangą urzędnika, właściwego do wydawania decyzji podatkowych. Zgodnie z ustaleniami Trybunału, do kręgu tych osób należą w zasadzie naczelnik urzędu podatkowego i jego stały zastępca⁷. Temu samemu celowi służy także wymóg pisemnej formy zawartego porozumienia, która obok mocy dowodowej zapewniać ma również realizację funkcji kontrolnej w zakresie legalności zawieranych porozumień w sprawach podatkowych.

Konsekwencją obaw przed nadużywaniem instytucji tzw. faktycznego porozumienia było sformułowanie szeregu warunków, od których spełnienia uzależnione było stosowanie tej instytucji w zakresie ustalania podstawy opodatkowania⁸. Jeden z nich zasługuje na szczególną uwagę, gdyż ograniczając pod rygorem nieważności cel zawieranych porozumień do rozwiązywania niepewnych stanów faktycznych, poszerza je jednak o związane z nimi niepewne stany prawne. Stanowi to istotny przełom w dotychczasowym orzecznictwie, gdyż poprzednio reprezentowane było konsekwentnie jednoznaczne stanowisko, że porozumienia dotyczące kwestii prawnych, a także zobowiązań podatkowych były nieważne.

Jak się z czasem okazało, stanowisko orzecznictwa wyłączające całkowicie kwestie prawne z zakresu tzw. faktycznego porozumienia trudne było do utrzymania. Zgodził się z tym również Federalny Trybunał Finansowy, który – jak się podkreśla w literaturze – „toleruje”

⁷ Por. m.in. wyrok Federalnego Trybunału Finansowego z 28 lipca 1993.

⁸ R. Seer, *op. cit.*, s. 382–385.

porozumienia w kwestiach prawnych pod warunkiem jednak pozostawania ich w tak ścisłym związku z rzeczywistym stanem faktycznym, że nic nie usprawiedliwiałoby ich rozłączenia⁹.

Na tym tle warto odnotować znaczny postęp w zakresie dopuszczania możliwości funkcjonowania instytucji porozumień zawieranych pomiędzy organem podatkowym a podatnikiem. Jako przykład przytoczyć można interesujące regulacje w tym zakresie również w polskim ustawodawstwie podatkowym. Mianowicie ustawą z 30 czerwca 2005 r.¹⁰ wprowadzono do polskiej ustawy z 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa¹¹, przepisy Działu IIa zawierające *Porozumienia w sprawach ustalenia cen transakcyjnych*, stanowiące *novum* w polskich przepisach podatkowych. Obejmują one porozumienia jednostronne, dwustronne i wielostronne (art. 20a–20q).

4. Instytucja warunkowego, nieograniczonego obowiązku podatkowego stanowi – w odróżnieniu od omawianej instytucji tzw. faktycznego porozumienia – efekt orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

Ściślej rzecz ujmując, instytucja ta stanowi rezultat realizacji przez ten Trybunał odpowiedzialnej, a zarazem – jak świadczy częsta krytyka jego ustaleń – niewdzięcznej funkcji dokonywania w swych orzeczeniach oceny regulacji wewnętrznego prawa podatkowego państw członkowskich z punktu widzenia ich zgodności zarówno z ogólnym postanowieniem art. 12 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską¹², zawierającym ogólny zakaz dyskryminacji ze względu na obywatelstwo, jak i z postanowieniami szczegółowymi, zakazującymi wszelkich form dyskryminacji oraz ukrytych ograniczeń na podstawie m.in.

⁹ *Ibidem*, s. 209.

¹⁰ Ustawa z 30 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy Ordynacja podatkowa oraz o zmianie innych ustaw (Dz.U. Nr 143, poz. 1199), obowiązująca od 1 stycznia 2006 r.

¹¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2005 Nr 8, poz. 60.

¹² W pierwotnym brzmieniu Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską był to art. 6.

art. 39, 43, 49, czy też 56 tego Traktatu¹³, dotyczących tzw. „wolności”, czy raczej „swobód wspólnotowych”.

Europejski Trybunał Sprawiedliwości, orzekając w tych sprawach w trybie prejudycjalnym, wywiera istotny wpływ zarówno na sposób stosowania wewnętrznego prawa podatkowego państw członkowskich, jak i na jego kształtowanie w kierunku dostosowania do wymogów wynikających ze wspomnianych „swobód wspólnotowych”, formułujących określone zakazy działań naruszających ich istotę. Może być interesujące, że właśnie w ten sposób Trybunał przyczynia się również do powstawania nowych instytucji w zakresie prawa podatkowego. Należy zauważyć, że w stosunku do podatków bezpośrednich, a głównie w stosunku do podatku dochodowego, orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości odgrywa istotną rolę. Przez dłuższy czas potrzeba orzecznictwa Europejskiego Trybunału w sprawie podatków bezpośrednich była jednak negowana, a przynajmniej niedoceniana, mimo głaszanych w literaturze postulatów.

Warto odnotować, że już w jednym z wcześniejszych orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie „Sotgiu”, a mianowicie z 1974 r.¹⁴, sformułowano właściwą orzecznictwu Trybunału tezę, że podstawowe „wolności wspólnotowe” zawierają nie tylko zakaz jawnej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową (obywatelstwo), ale także zakaz wszelkich innych ukrytych form dyskryminacji¹⁵.

Z późniejszych orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, które stworzyły podstawę dla ukształtowania instytucji warunkowego nieograniczonego obowiązku podatkowego, na szczególną uwagę zasługują zwłaszcza dwa orzeczenia. Pierwszym z nich jest orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 14 lutego 1995 r. w spra-

¹³ Zakazy wynikające z przytoczonych przepisów mają na celu zapewnić swobodę przemieszczania się pracowników, prowadzenia działalności gospodarczej, świadczenia usług, a także przepływu kapitału i płatności.

¹⁴ ETS – wyrok z 12 lutego 1974 r., Slg. 1974, I–153.

¹⁵ B. Brzeziński, *Zasada niedyskryminacji w europejskim prawie podatkowym*, [w:] *Europejskie prawo podatkowe. Wybór opracowań*, Łódź 2004.

wie „Schumacker”¹⁶, drugim natomiast orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 28 sierpnia 2004 r. w sprawie „Wallentin”¹⁷. Wymagają one bliższego omówienia.

Waga orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie „Schumacker”, sformułowana w trybie prejudycjalnym, jest szczególna. Znalazła ona nawet wyraz w posługiwaniu się w doktrynie określeniem: „doktryna Schumackera”. W orzeczeniu tym Trybunał, nawiązując do sformułowanej poprzednio tezy w orzeczeniu „Sotgiu”, stwierdził, że zgodnie z wynikami analiz dotyczących dyskryminacji pośredniej, jednoczesnemu stosowaniu instytucji nieograniczonego obowiązku podatkowego i instytucji ograniczonego obowiązku podatkowego właściwe jest generowanie dyskryminacji pośredniej. Przyczyną tego jest fakt, że nierezydent nie ma z reguły swego miejsca zamieszkania i zwykłego miejsca pobytu w tzw. państwie źródła, czyli w państwie, w którym osiąga dochody podlegające na rzecz tego państwa opodatkowaniu.

Trybunał uważa jednak, że rezydent i nierezydent przebywający w tym samym państwie powinni znajdować się w porównywalnej sytuacji, co jednak zdaniem Trybunału z reguły nie ma miejsca. Mianowicie dochód, który nierezydent osiąga na obszarze państwa źródła, stanowi zwykle tylko pewną część całości jego dochodów, których punkt ciężkości leży w państwie jego rezydencji (zamieszkania). Tam też najłatwiej można ocenić, według Trybunału, jego osobistą zdolność ponoszenia ciężarów podatkowych, którą określa z jednej strony całość jego dochodów, z drugiej zaś strony jego osobista sytuacja i stosunki rodzinne. Nie jest też obojętne, że informacjami niezbędnymi do ustalenia tej zdolności dysponują organy państwa jego rezydencji.

Jak z tego wynika, Europejski Trybunał Sprawiedliwości w zasadzie godzi się z funkcjonowaniem nieporównywalnych w swej naturze instytucji, a mianowicie instytucji ograniczonego obowiązku podatkowego oraz instytucji nieograniczonego obowiązku podatkowego, dostrzegając jednak szczególną sytuację, gdy nierezydent w swym pań-

¹⁶ ETS – wyrok z 14 lutego 1995 r., Rs C-279/93, Slg. 1995, I-225, s. 25.

¹⁷ ETS – wyrok z 28 sierpnia 2004 r., Rs C-169/03, Dz.Urz. UE C 217/7.

stwie rezydencji w ogóle nie uzyskuje dochodów lub uzyskuje jedynie nieznaczne dochody, natomiast jego dochody podlegające opodatkowaniu pochodzą głównie z działalności wykonywanej w innym państwie, a więc w państwie źródła. W tej sytuacji państwo jego rezydencji nie jest w stanie zapewnić mu ulg i zwolnień podatkowych, które wynikają z uwzględnienia jego sytuacji osobistej oraz stanu rodzinnego. W rezultacie, jak podkreśla Trybunał, pomiędzy sytuacją nierezydenta oraz rezydenta wykonującego porównywalną, niesamodzielną działalność nie istnieje żadna różnica, która uzasadniałaby w stosunku do nierezydenta nieuwzględnianie przy opodatkowaniu dochodów jego osobistej sytuacji oraz stanu rodzinnego.

Do podobnej sytuacji po upływie niemal 10 lat nawiązuje orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie „Wallentin”, wydane również w trybie prejudycjalnym, na wniosek szwedzkiego sądu, rozpatrującego w ostatniej instancji sprawę studenta F.W. Wallentina. Wniosek dotyczył interpretacji art. 39 Traktatu o ustanowieniu Wspólnoty Europejskiej, stanowiącego, jak wskazywano, już niejednokrotnie przedmiot interpretacji Trybunału.

W tym przypadku chodziło o rozstrzygnięcie kwestii, czy opodatkowanie podatkiem dochodowym w państwie źródła, dochodów osoby przebywającej jedynie czasowo w państwie członkowskim Unii i będącej rezydentem innego państwa członkowskiego, w którym nie osiąga ona żadnych dochodów, powinno następować w pełni według zasad stosowanych do rezydentów państwa źródła, czy też jedynie w ograniczonym zakresie, uzależnionym m.in. od okresu przebywania w tym państwie, zgodnie z obowiązującymi tam przepisami. Inaczej rzecz ujmując: chodziło o rozstrzygnięcie kwestii, czy stosowanie w odniesieniu do nierezydentów przebywających tylko czasowo w państwie źródła mniej korzystnych przepisów w zakresie opodatkowania uzyskanych przez nich dochodów, aniżeli przepisy odnoszące się do jego rezydentów są zgodne z art. 39 TWE, a więc nie powodują ich dyskryminacji.

Uwzględniając fakt, że postępowanie w sprawie Walentina przed organami podatkowymi Szwecji trwało kilka lat, uzasadnione może być pytanie, jaką korzyść materialną (poza osobistą satysfakcją) odniósł on w wyniku zajęcia przez ETS stanowiska odpowiadającego jego przekonaniu. Nie wdając się w szczegóły, można stwierdzić, że o ile podstawa opodatkowania według krajowego orzecznictwa Szwecji miała wynosić pierwotnie 8724 korony szwedzkie, to zgodnie ze stanowiskiem reprezentowanym przez Wallenina oraz późniejszym orzeczeniem ETS, wynosiła ona zaledwie 124 korony. Przeliczając te kwoty po stosowanym kursie na polską walutę, podstawa opodatkowania wyniosłaby pierwotnie 4200 zł, a po uwzględnieniu sentencji wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zaledwie 60 zł.

Przybliżając nieco treść orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 28 sierpnia 2004 r. w sprawie F. W. Wallentina, należy stwierdzić, że główne założenia orzecznictwa Trybunału w odniesieniu do nieograniczonego obowiązku podatkowego oraz do ograniczonego obowiązku podatkowego nie uległy w zasadzie zmianie. Znalazło to wyraz m.in. w stwierdzeniu, że w zakresie podatków bezpośrednich sytuacja rezydentów i nierezydentów jest ogólnie rzecz biorąc nieporównywalna. Głównym powodem tego jest to, że z reguły dochód nierezydenta uzyskany w danym państwie członkowskim stanowi jedynie część jego całkowitego dochodu osiąganego głównie w państwie jego rezydencji. Stąd też jego osobistą zdolność podatkową, którą kształtuje zarówno całość jego dochodu, jak i jego sytuacja osobista i rodzinna, łatwiej można określić w państwie jego rezydencji. W ten sposób Europejski Trybunał Sprawiedliwości daje pośrednio do zrozumienia, że akceptuje występowanie obowiązku podatkowego w dwojakiej postaci, a mianowicie w postaci nieograniczonego obowiązku podatkowego i ograniczonego obowiązku podatkowego.

Z tego też powodu odmienne traktowanie przez dane państwo członkowskie nierezydentów i rezydentów „nie stanowi zasadniczo dyskryminacji” w rozumieniu art. 39 TEW, z uwagi właśnie na naturalne różnice pomiędzy rezydentem i nierezydentem w zakresie źródeł

ich przychodów oraz zdolności płatniczej, związanej z sytuacją osobistą i rodzinną.

Traktując tę sytuację jako regułę, w orzeczeniu znajduje jednak wyraz dostrzeganie przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości również takiej sytuacji, która rodzi jednak dyskryminację nierezydenta w przypadku odmówienia mu przez państwo, niebędące państwem jego rezydencji, statusu równoznacznego z rezydentami tego państwa. Zachodzi to wówczas, gdy podmiot ten, nie osiągając dochodów w państwie swej rezydencji lub też osiągając w nim jedynie znikome dochody, pozbawiony zostaje całkowicie uwzględnienia jego osobistych i rodzinnych uwarunkowań w zakresie opodatkowania, a więc zarówno w państwie jego rezydencji, jak i w państwie źródła. W tej sytuacji państwo źródła dochodów obowiązane jest traktować ten podmiot, a więc nierezydenta, na równi z własnymi rezydentami, przyznając mu w zakresie kształtowania wysokości podatku wszelkie uprawnienia przysługujące tym ostatnim.

Na uwagę zasługuje fakt, że omówione wyżej orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości nie pozostały bez wpływu na kształt odpowiednich przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej w zakresie ich podatków dochodowych. Mianowicie państwa te wprowadziły odpowiednie przepisy uwzględniające szczególną sytuację nierezydentów uzyskujących większość, a w każdym razie znaczną część swoich dochodów w państwach niebędących państwami ich rezydencji. W rezultacie w systemach podatkowych tych państw zastosowana została w całej rozciągłości instytucja warunkowego, nieograniczonego obowiązku podatkowego¹⁸.

5. W świetle przedstawionych instytucji prawa podatkowego, a mianowicie instytucji tzw. faktycznego porozumienia oraz instytucji warunkowego, nieograniczonego obowiązku podatkowego, a zwłaszcza

¹⁸ Instytucja warunkowego, nieograniczonego obowiązku podatkowego określana jest w literaturze zachodniej przez niektórych autorów nie najszcześliwiej jako „fikcyjny, nieograniczony obowiązek podatkowy”.

sposobu ich ukształtowania i funkcjonowania, nie można nie dostrzec możliwości prawotwórczego oddziaływania orzecznictwa pochodzącego od wysokiej rangi organów sądowniczych na kształt prawa podatkowego, a nawet na powstawanie oryginalnych jego instytucji. Proces ten w odniesieniu do prawa podatkowego materialnego, jak i do postępowania podatkowego, mającego niejednokrotnie nadmiernie restrykcyjny charakter, nieodpowiadający wymogom demokratycznego państwa prawnego, uznać należy za zjawisko w pełni pozytywne.

Summary

The analysis of jurisdiction of national supreme courts as well as jurisdiction of European Court of Justice allows to state that two main approaches – conservative and modern (evolutionary) – have appeared. The latter is especially noteworthy. It creates new tax law institutions in accordance with requirements of a democratic state ruled by law. The modern approach (trend) is a source of two interesting tax law institutions; the first is known as the agreement between the taxpayer and tax administration and the second is the institution of conditional unlimited tax duty. The former, which is a particular type of a public law agreement, has been created by jurisdiction of German Supreme Court of Financial Law (Bundesfinanzhof), while the latter one – by jurisdiction of European Court of Justice and it has been implemented in tax law systems of the EU members.

Irena Czaja-Hliniak

Postulaty zmian ustawowych regulacji ograniczających korzystanie z niektórych uprawnień emerytalnych

Zagadnienia wprowadzające

Problematyka świadczeń emerytalnych w szerokim rozumieniu, tj. sposobu nabywania uprawnień do świadczeń, sposobu ustalania ich wysokości, czerpania i gromadzenia środków służących na pokrycie świadczeń, czy też sposobu zarządzania środkami stanowiącymi źródło finansowania świadczeń, ma ogromną wagę. Sposób czerpania i wydatkowania środków służących na pokrycie świadczeń emerytalnych, a także innych świadczeń z tytułu ubezpieczeń społecznych, należy bowiem do jednych z najważniejszych zagadnień związanych z zaspokajaniem potrzeb społecznych, uznanych w przeważającej mierze za publiczne, czyli realizowanych przez państwo lub z udziałem państwa.

Jest to domena niezwykle delikatnej materii i wiąże się z nią różnorodne aspekty. Społeczeństwo jest niezwykle uwrażliwione na te

kwestie w związku z zasadami, które ponad pół wieku obowiązywały w okresie realnego socjalizmu. Świadczenia emerytalne były stosunkowo niskie oraz rzadko podlegały rewaloryzacji. Co bardzo istotne – rysowało się ewidentne uprzywilejowanie niektórych grup zawodowych, przy czym uprzywilejowanie to zbyt często podyktowane było nie tyle czynnikami natury obiektywnej, ile względami politycznymi.

W okresie transformacji gospodarczej, w której w istotnym zakresie doszedł do głosu czynnik reprezentacji pracowników w postaci nowych, faktycznie działających w obronie pracowniczych związków zawodowych, wydawało się, że również ta problematyka ulegnie przekształceniu we właściwym kierunku.

Zagadnienia reformy ubezpieczeń społecznych

Przeprowadzona w 1991 r. reforma ubezpieczeń rolniczych¹, a zwłaszcza przeprowadzona w 1998 r., dość daleko idąca reforma systemu ubezpieczeń społecznych, sprzyjać miała zrealizowaniu społecznych oczekiwań. Po blisko 10 latach od chwili wprowadzenia reformy wyraźnie jednak widać, że wiele przyjętych w niej założeń nie zostało w pełni zrealizowanych, a sporo rozwiązań podążyło, przynajmniej częściowo, w niewłaściwym kierunku.

Biorąc pod uwagę okres przemian politycznych i ustrojowych, w których dokonywała się reforma, oczekiwania społeczne wobec niej sięgały bardzo daleko. Spodziewano się przede wszystkim zrealizowania wprowadzonych tuż przedtem konstytucyjnych zasad równości, sprawiedliwości i poszanowania podmiotowych praw obywateli.

Na przeszkodzie w pełni właściwej realizacji reformy stanęło również wiele przyczyn, tak natury obiektywnej, jak i subiektywnej. Przyczyny te mogą leżeć zarówno po stronie organów publicznych, jak i osób uprawnionych. Jeśli chodzi o osoby uprawnione, to wystąpiło

¹ Ustawa z 20 grudnia 1990 r. o ubezpieczeniu społecznym rolników (Dz.U. z 1998 r. Nr 7, poz. 25 z późn. zm.).

zjawisko zbyt dużych oczekiwań w stosunku do możliwości. Jeśli chodzi o organy decyzyjne – występują wadliwości w przebiegu postępowania, co skutkuje wielością spraw spornych i dochodzonych z tego tytułu roszczeń przed sądami pracy i ubezpieczeń społecznych. Do przesłanek natury obiektywnej zaliczyć można z pewnością fakt tzw. starzenia się społeczeństwa, powodującego sukcesywnie zwiększającą się liczbę uprawnionych w stosunku do osób w tzw. wieku produkcyjnym, a także liczną grupę osób korzystających ze świadczeń przed osiągnięciem wieku emerytalnego. Niebagatelną rolę odgrywa także niedoskonałość regulacji prawnych oraz pozostałości okresu poprzedniego², znajdujące zwłaszcza wyraz w aspekcie finansowym.

Finansowanie świadczeń emerytalnych

Fundamentalną kwestię stanowią fundusze służące pokryciu świadczeń emerytalnych. W systemie zabezpieczeń społecznych mogą być stosowane różne metody finansowania wydatków z tytułu ubezpieczeń, przy czym najczęściej stosowane są one równolegle, a nie alternatywnie, jak metoda ubezpieczeniowa, metoda zaopatrzeniowa, czy metoda opiekuńcza, które to metody przesądzają o tym, jakie podmioty ponoszą ciężar finansowania świadczeń oraz w jakiej formie i rozmiarze³.

Oczywiste jest, że decydują o tym również względy podmiotowe i przedmiotowe, czyli kategorie osób uprawnionych oraz szczegółowe tytuły świadczeń (emerytury, renty itd.).

Jak już wspomniano, decydujące znaczenie na sposób ustalania świadczeń z tytułu zabezpieczenia społecznego oraz sposób ich finansowania odgrywały warunki ustrojowe. W Polsce w okresie realnego socjalizmu wyodrębniony został podmiot publiczny w postaci Zakładu

² Por.: Z. Ofiarski, *System finansowy ubezpieczeń społecznych*, [w:] *Finanse publiczne i prawo finansowe*, red. C. Kosikowski, E. Ruśkowski, Warszawa 2003, s. 706 i nast.

³ C. Kosikowski, *Prawo finansowe w Unii Europejskiej i w Polsce*, Warszawa 2005, s. 205.

Ubezpieczeń Społecznych (ZUS), który gromadził uiszczane składki z tytułu ubezpieczeń społecznych, ale równocześnie był zobowiązany do dokonywania tzw. lokat budżetowych, czyli w przypadku składek lokowania środków w budżecie państwa. Skutkiem tego, z jednej strony budżet państwa wykorzystywał środki pochodzące ze składek, a z drugiej ponosił odpowiedzialność finansową za realizację świadczeń.

Do całkowitego wyodrębnienia funduszy ubezpieczeniowych i wprowadzenia metod efektywnego zarządzania tymi funduszami i ich wykorzystywania służyć miała reforma systemu ubezpieczeń z 1998 r., wprowadzona ustawą z 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych⁴, połączona z reformą świadczeń emerytalnych i rentowych, wprowadzoną ustawą z 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych⁵. Wprowadzone zostały tzw. 3 filary w systemie ubezpieczeń społecznych, które przesądzają o rodzaju źródeł i sposobie finansowania świadczeń. Podstawowe źródło finansowania stanowią składki ubezpieczeniowe, wnoszone częściowo przez ubezpieczających, a częściowo przez ubezpieczonych i ulegające zróżnicowaniu w zależności od przedmiotu ubezpieczenia⁶. Składki te są źródłem tworzenia funduszy celowych w rozumieniu ustawy o finansach publicznych⁷, którymi administruje ZUS, a są to: Fundusz Ubezpieczeń Społecznych i Fundusz Rezerwy Demograficznej. Oba należą do kategorii tzw. funduszy budżetowych, ponieważ mogą korzystać z dotacji budżetowych. ZUS należy do jednostek sektora finansów publicznych⁸; oprócz administrowania składkami ubezpieczeniowymi pobiera również i przekazuje składki na otwarte fundusze emerytalne.

⁴ Dz.U. z 1998 r. Nr 137, poz. 887, z późn. zm. – zwana dalej ustawą o ubezpieczeniach.

⁵ Dz.U. z 2004 r. Nr 39, poz. 353 z późn. zm. – zwana dalej ustawą o emeryturach.

⁶ Por.: E. Chojna-Duch, *Polskie prawo finansowe. Finanse publiczne*, wyd. 4, Warszawa 2006, s. 120–121.

⁷ Art. 29 ustawy z 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. Nr 249, poz. 2104 z późn. zm.; zwana dalej ustawą o finansach publicznych).

⁸ Zgodnie z art. 4 ustawy o finansach publicznych.

Przesłanki regulacji zabezpieczeń społecznych

Jest rzeczą oczywistą, że w tak ważnych społecznie kwestiach jak zabezpieczenie społeczne, muszą w pełni być przestrzegane podstawowe zasady Konstytucji, takie jak zasada sprawiedliwości i równości⁹. Warto również podkreślić, że zgodnie z treścią art. 30 Konstytucji, niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka. Zabezpieczenie społeczne winno wobec tego zapewniać godne życie po nabyciu praw emerytalnych.

W literaturze występuje pogląd, że zgodnie z ideą demokratycznego państwa prawnego, system norm prawnych w państwie prawnym jest w dużym stopniu autonomiczny wobec celów politycznych państwa, szczególnie w zakresie realizacji sprawiedliwości i wolności jednostki¹⁰. Należy podkreślić wyraźnie, że instrumentalne traktowanie prawa, a także podporządkowanie interesom politycznym reprezentowanym przez organy władzy i administracji, stanowi naruszenie konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawnego. Stąd negatywnie należy ocenić pojawiające się w ostatnim okresie koncepcje polityczne zmiany sposobu gospodarowania środkami zgromadzonymi w otwartych funduszach emerytalnych po przejściu zainteresowanych osób na emeryturę. W celu zagwarantowania właściwej funkcji zabezpieczeń społecznych, przepisy winny być konstruowane w sposób jednoznaczny, niedający możliwości niekorzystnej interpretacji w stosunku do osób uprawnionych, a ponadto absolutnie nie powinny stwarzać iluzorycznych uprawnień, które w ramach istniejącego porządku prawnego nie mogą być osiągnięte. Jeśli tak się zdarzy, odpowiedni przepisy winny ulec nowelizacji, a w skrajnym przypadku uznaniu przez Trybunał Konstytucyjny za sprzeczne z zasadami Konstytucji. Bardzo ważna rola w tym zakresie przypada również Rzecznikowi Praw Obywatelskich¹¹.

⁹ Art. 2 i 32 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483).

¹⁰ R. Mastalski, *Prawo podatkowe*, wyd. 4, Warszawa 2006, s. 56.

¹¹ Por. odpowiednio: C. Kosikowski, *Część I: Kontrola tworzenia prawa podatkowego*, [w:]

Niestety w aktualnych regulacjach wskazać można sytuacje, w których w praktyce nie ma faktycznych możliwości uzyskania w pełni przysługujących ustawowych uprawnień emerytalnych. Dla przykładu podać można dwie tego typu regulacje. Pierwsza odnosi się do sposobu ustalania 250% wskaźnika określającego górną wysokość świadczenia emerytalnego; druga – do sposobu ustalania czasokresu zatrudnienia przyjmowanego przy ustalaniu podstawy wymiaru świadczenia.

Sposób ustalania górnego wskaźnika wysokości podstawy wymiaru świadczeń emerytalnych

Zagadnienie faktycznej niemożliwości osiągnięcia górnego, ustawowego wskaźnika wysokości podstawy wymiaru na poziomie 250%, na skutek regulacji sposobu jego ustalania, wydaje się niezwykle istotne z punktu wielu osób przechodzących na emeryturę po roku 1999.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy o emeryturach i rentach, zasadniczą podstawę wymiaru emerytury i renty stanowi ustalona w sposób określony w ustawie przeciętna podstawa wymiaru składki na ubezpieczenia emerytalne i rentowe lub na ubezpieczenie społeczne, na podstawie przepisów prawa polskiego w okresie kolejnych 10 lat kalendarzowych, wybranych przez zainteresowanego z ostatnich 20 lat kalendarzowych poprzedzających bezpośrednio rok, w którym zgłoszono wniosek o emeryturę lub rentę. Dla ustalenia podstawy wymiaru emerytury lub renty, w świetle art. 15 ust. 2, oblicza się sumę kwot podstaw wymiaru składek (oraz innych kwot wymienionych w ustawie), w okresie każdego roku z wybranych przez zainteresowanego lat kalendarzowych. Następnie oblicza się stosunek każdej z tych sum kwot (czyli kwoty podstawy wymiaru składek dla każdego kolejnego roku) do rocznej kwoty przeciętnego wynagrodzenia ogłoszonej za dany rok kalendarzowy, wyrażając go w procentach, z zaokrągleniem do setnych części

procentu. Kolejno oblicza się średnią arytmetyczną tych procentów, która stanowi właśnie wskaźnik wysokości podstawy wymiaru emerytury lub renty. Wreszcie mnoży się przez ten wskaźnik tzw. kwotę bazową określoną w ustawie. Tak więc wysokość ustalonego wskaźnika przesądza o faktycznej wysokości świadczenia emerytalnego. Art. 15 ust. 5 określa górny wskaźnik wysokości podstawy wymiaru na poziomie 250%. Należy wyraźnie zaznaczyć, że ustawa, ograniczając wysokość wskaźnika do 250%, nie zawiera żadnego wyraźnego postanowienia dotyczącego możliwości pozbawienia uprawnienia do jego osiągnięcia.

Z kolei art. 19 ust. 1 ustawy o ubezpieczeniach wprowadza ograniczenie rocznej podstawy wymiaru składki w danym roku kalendarzowym do kwoty odpowiadającej trzydziestokrotności prognozowanego przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego w gospodarce narodowej na dany rok kalendarzowy, określonego w ustawie budżetowej (zwanej potocznie limitem). Po przekroczeniu wielkości „limitu”, składki nie są uiszczane, a ewentualnie nadpłacone – podlegają zwrotowi.

W konsekwencji ustala się niezależnie dwie wielkości: górną wielkość podstawy wymiaru (limitu), do której uiszcza się składki i kwotę rocznego przeciętnego wynagrodzenia. Pierwsza ma charakter prognozowanej wielkości, a druga faktycznej wielkości, co daje taki rezultat, że w latach 2000, 2003 oraz 2006 nie można było w rzeczywistości uzyskać maksymalnego ustawowego wskaźnika 250%.

W 2000 r. obwieszczeniem ministra pracy i polityki społecznej z 29 grudnia 1999 r.¹², ograniczono roczną podstawę wymiaru składek do 54.780 zł. Z kolei komunikatem prezesa GUS z 9 lutego 2001 r.¹³ ustalono przeciętne wynagrodzenie za 2000 r. w wysokości 1.923,81 zł. Limit 54.780 zł, podzielony przez kwotę roczną wynagrodzenia 23.085,72 zł, dał w wyniku tylko wskaźnik 237,28%. Wskaźniki za 2001 r. i 2002 r. wynosiły ponad 250%.

¹² M.P. z 1999 r. Nr 41, poz. 640.

¹³ M.P. z 2001 r. Nr 6, poz. 108.

W 2003 r. obwieszczenie ministra pracy z 10 grudnia 2002 r.¹⁴ ograniczyło roczną podstawę wymiaru składek do 65.850 zł. Komunikat prezesa GUS z 11 lutego 2004 r.¹⁵ ustalił przeciętne wynagrodzenie za 2003 r. w wysokości 2.201,47 zł. Limit 65.850 zł, podzielony przez kwotę roczną wynagrodzenia 26.417,64 zł dał wskaźnik 249,26%. Wskaźniki w roku 2004 i 2005 wyniosły odpowiednio 250% i 254%.

I znowu w 2006 r. wskaźnik wyniósł tylko 247,45%. Obwieszczenie ministra z 16 grudnia 2005 r.¹⁶ ograniczyło podstawę wymiaru składek w roku 2006 do 73.560 zł, a komunikat prezesa GUS z 13 lutego 2007 r.¹⁷ ustalił przeciętne wynagrodzenie za 2006 r. w wysokości 2.477,23 zł. Tak więc limit 73.560 zł podzielony przez kwotę roczną wynagrodzenia 29.726,76 zł daje 247,45%.

Ewentualne odchylenia od tych wskaźników mogą w indywidualnych przypadkach wynikać jedynie ze sposobu uwzględniania w limicie tzw. trzynastek, czyli uwzględniania ich w roku, za który zostały wypłacone, ponieważ wielkość trzynastki wypłaconej w danym roku odejmuje się doliczając równocześnie wielkość trzynastki przypadającej za dany rok¹⁸. Sytuacje wynikające ze sposobu zaliczania trzynastek stanowią jednakże jedynie wyjątek od reguły, a ponadto wiele osób ich nie otrzymuje.

Jeśli podobna relacja, jak zwłaszcza w 2000 r., a także w 2003 r. oraz 2006 r., będzie miała miejsce w kolejnych latach, to uprawnione osoby, mimo uzyskania odpowiednio wysokich zarobków, nie będą mogły uzyskać średniego, górnego wskaźnika 250%. Przepisy nie pozwalają bowiem na opłacanie składek po przekroczeniu limitu podstawy, a równocześnie nie dają możliwości uzyskania wskaźnika 250% w danym roku.

¹⁴ M.P. z 2002 r. Nr 60, poz. 845.

¹⁵ M.P. z 2004 r. Nr 9, poz. 137.

¹⁶ M.P. z 2005 r. Nr 84, poz. 1221.

¹⁷ M.P. z 2007 r. Nr 12, poz. 125.

¹⁸ Por. druk ZUS, Rp-7, pkt 6.

Zakładając, że pracownik ma ustalaną wysokość emerytury w oparciu o zarobki z 10 ostatnich lat zatrudnienia, to jeśli lata te obejmą rok 2000, 2003 i 2006 (i ewentualnie dalsze, w których wskaźnik również nie osiągnąłby 250%), pracownik nie ma możliwości osiągnięcia średniego wskaźnika 250% pomimo rzeczywistego osiągania zarobków powyżej limitu. Sposób obliczania wskaźnika wysokości podstawy został bowiem – jak wspomniano – uregulowany w ten sposób, że najpierw oblicza się wskaźnik (stosunek kwoty wymiaru podstawy składek do rocznej kwoty przeciętnego wynagrodzenia) za każdy kolejny rok, a następnie oblicza się średnią arytmetyczną tych procentów (wskaźników). Czyli sumując wskaźniki z 10 kolejnych lat i ustanawiając średnią wielkość składnika, nie jest możliwe uzyskanie 250%, jeśli choć jeden z rocznych wskaźników jest niższy. Skoro, jak dotąd, już 3 wskaźniki roczne za konkretne lata są poniżej 250%, to osiągnięcie średniego wskaźnika 250% stało się niemożliwe.

Jeśli przez ustalony wskaźnik mnoży się tzw. kwotę bazową¹⁹, to jest oczywiste, że jego wysokość wpływa bezpośrednio na wysokość świadczenia emerytalnego; wskaźnik można uznać za podstawową wielkość wyznaczającą wysokość emerytury.

Warto wyraźnie zaznaczyć, że osoby przechodzące na emeryturę do 1999 r. mogły uzyskać górny wskaźnik 250%, a niektóre kategorie podmiotów często go uzyskiwały z uwagi na specjalną politykę płacową, która miała niejednokrotnie miejsce w odniesieniu do osób w tzw. wieku przedemerytalnym.

Sposób ustalania czasokresu zatrudnienia

Nie mniej ważny jest dla osób uprawnionych do otrzymywania świadczeń tzw. czasokres zatrudnienia przyjmowanego przy ustalaniu podstawy wymiaru świadczenia.

¹⁹ Art. 19 ustawy emerytalnej. Kwota bazowa np. za rok 2006 wynosi 2.059,92 zł (Komunikat Prezesa GUS z 13 lutego 2007 r., M.P. Nr 12, poz. 126).

Dla potrzeb ustalania czasokresu pracy, wyróżnia się dwa rodzaje okresów: okresy składkowe i nieskładkowe²⁰. W świetle art. 53 ust. 2 ustawy o emeryturach ustala się oba rodzaje okresów z uwzględnieniem pełnych miesięcy. Zgodnie z ust. 1 art. 53, za każdy rok okresów składkowych emerytura wynosi 1,3% podstawy jej wymiaru, a za każdy rok okresów nieskładkowych – 0,7% podstawy wymiaru. Art. 53 nie określa bliżej zasad zaokrąglania dni do pełnych miesięcy, a w szczególności nie zawiera zapisu o sposobie pomijania nadwyżek dni ponad pełne miesiące.

Wydaje się uzasadniony wniosek, że w świetle art. 5 i 53, przy ustalaniu prawa do emerytury i renty, zaokrąglaniu do pełnego miesiąca powinien ulegać łączny okres, a nie odrębnie okres składkowy i nieskładkowy. Zastosowana literalna interpretacja art. 53 ust. 2 powoduje w skrajnych przypadkach skrócenie faktycznego okresu zatrudnienia nawet o ponad 1 miesiąc. Powstaje paradoksalna sytuacja, że osoba mająca faktyczny okres zatrudnienia dłuższy, może mieć w praktyce przy ustalaniu prawa do emerytury przyjęty okres krótszy niż osoba, która posiadała faktyczny krótszy okres zatrudnienia.

Dla zobrazowania powyższych sytuacji można przytoczyć dwa przykłady:

1) Łączny faktyczny okres zatrudnienia, ustalany w tzw. karcie przebiegu zatrudnienia

 składkowy: 35 lat, 10 mies., 20 dni = 429 mies. + 20 dni

 nieskładkowy: 5 lat, 10 mies., 25 dni = 70 mies. + 25 dni

 łącznie: 500 miesięcy (+ 14 dni – licząc nawet 1 miesiąc = 31 dni)

W decyzji przyjmuje się: okres składkowy: 429 mies., nieskładkowy: 70 mies., łącznie 499 miesięcy.

2) Łączny faktyczny okres zatrudnienia (karta przebiegu zatrudnienia)

 składkowy: 35 lat, 10 mies. = 429 mies.

 nieskładkowy: 5 lat, 11 mies., 14 dni = 71 mies. + 14 dni

 łącznie: 500 miesięcy (+ 14 dni)

²⁰ Art. 5, 6 i 7 ustawy o emeryturach.

W decyzji przyjmuje się: składkowy: 429 mies., nieskładkowy: 71 mies., łącznie 500 miesięcy.

W rezultacie gdyby w 1. przypadku zwolnienie lekarskie było dłuższe o 20 dni, to byłby uznany cały dodatkowy miesiąc nieskładkowy. Sposób zaokrąglania skrócił okres zatrudnienia o pełny miesiąc, czyli pracownik odniósł negatywny skutek z powodu „faktycznego przepracowania” 20 dni.

Ponieważ suma 20 dni składkowych i 25 dni nieskładkowych przekracza w 1. przykładzie pełny miesiąc, należałoby – zgodnie z konstytucyjną zasadą równości wobec prawa – uznać ten miesiąc za miesiąc nieskładkowy i przedłużyć okres nieskładkowy o 1 miesiąc, tj. do 71 miesięcy. W obu bowiem przykładach (1. i 2.) przyjęto łączny identyczny okres, z tym że w 1. przykładzie okres efektywnej pracy był dłuższy o 20 dni.

Niestety, w praktyce Zakład Ubezpieczeń Społecznych stoi na gruncie niekorzystnego, literalnego stosowania prawa²¹, a stanowisko to podtrzymuje także orzecznictwo²². W związku z powodowanymi skutkami brakiem ustawowego bliższego określenia sposobu zaokrąglania dni do pełnych miesięcy, należy postulować nowelizację art. 54 ust. 2 ustawy.

Podsumowanie i wnioski *de lege lata*

Literalne interpretowanie prawa nie powinno w żadnej mierze stwarzać sytuacji niekorzystnej dla obywateli. W demokratycznym państwie prawa regulacje nie mogą być pozorne i stwarzać iluzorycznych korzyści, które w konkretnych sytuacjach faktycznych stają się niemożliwe do osiągnięcia. Zakładając perspektywiczne kształtowanie się wskaźnika wysokości podstawy wymiaru na wzór roku 2000, 2003

²¹ Np. ZUS w Krakowie.

²² Np. wyrok z 16 grudnia 2005 r. (SO/Kr VII U 1835/05), niepubl., oraz wyrok z 9 maja 2007 r. (SA/Kr III AUa 326/06), niepubl.

i 2006, dojdzie do niemożliwości osiągnięcia górnego pułapu wskaźnika przez wszystkie zainteresowane podmioty, a już doszło do tego u podmiotów, którym lata te zostały zaliczone do 10 lat przyjętych do wyliczenia podstawy świadczenia. W państwie prawa trudno przyjąć, by przepisy były stanowione z założeniem niemożliwości skorzystania z przewidzianych w nich korzyści. Z przedstawionej konstrukcji regulacji wynika, że oparta jest ona na prognozie przeciętnego wynagrodzenia, a nie na wielkościach obiektywnych czy faktycznych. Trudno się zgodzić z uzależnieniem ustalania wysokości świadczenia – tak istotnego ze względów społecznych jak świadczenie emerytalne – od prognozy, która ze swej istoty jest niepewna. Należy wyraźnie podkreślić, że osoby uprawnione zostają pozbawione możliwości opłacania składek powyżej prognozowanej podstawy, a w konsekwencji osiągając nawet faktycznie bardzo wysokie wynagrodzenia, nie mogą uzyskać maksymalnego ustawowego wskaźnika dla obliczenia świadczenia. Regulacja kształtowania wysokości świadczeń winna być oparta na obiektywnych, a nie prognozowanych wielkościach i nie może uniemożliwiać osiągnięcia ustawowo przewidzianych korzyści. Jak wspomniano, istotne jest, że osoby przechodzące na emeryturę do 1999 r. mogły uzyskać górny wskaźnik 250%. Stwarza to nierówność traktowania wobec prawa osób uzyskujących prawo do emerytury w zależności od momentu uzyskania uprawnienia. Państwo prawa nie powinno stwarzać pozorów korzyści dla swych obywateli. Kształtowanie się wysokości świadczeń emerytalnych winno być oparte na obiektywnych wielkościach, a w szczególności winno jak najdokładniej uwzględniać stan faktyczny występujący u zindywidualizowanego podmiotu. Przepis art. 19 ustawy ubezpieczeniowej i odpowiednio art. 15 ustawy emerytalnej winny więc ulec nowelizacji.

Wydaje się, że należy rozważyć tzw. konstytucyjność przytoczonych przepisów. Wyraźnie bowiem rysuje się brak równości konstytucyjnej pomiędzy osobami przechodzącymi na emeryturę przed rokiem 1999 i po roku 1999. Ponadto nikt (z wyjątkiem indywidualnego kształtowania się trzynastki) nie osiągnie ustawowego pułapu emerytury, je-

śli w 10 kolejnych latach, przyjętych dla celów ustalania świadczenia, znajdzie się rok 2000, 2003 i 2006. Skoro bowiem trzy składniki są niższe od 250%, to średnia nie osiągnie ustawowych 250%. Narusza to uprawnienia prawie wszystkich osób nabywających prawa do świadczeń.

Podobny brak równości zachodzi pomiędzy osobami przy ustalaniu okresu zatrudnienia w zależności od przypadkowego ukształtowania się okresów składkowych i nieskładkowych. Zaokrąglanie powodujące faktyczne skrócenie łącznego okresu obniża wysokość należnych świadczeń emerytalnych, a więc również można je uznać za naruszenie podmiotowych praw obywateli.

Należy *de lege ferenda* znowelizować art. 19 ustawy ubezpieczeniowej i art. 15 ustawy emerytalnej, ewentualnie poddać je ocenie Trybunału Konstytucyjnego pod względem zgodności z Konstytucją.

Bibliografia

E. Chojna-Duch, *Polskie prawo finansowe. Finanse publiczne*, wyd. 4, Warszawa 2006.

C. Kosikowski, *Prawo finansowe w Unii Europejskiej i w Polsce*, Warszawa 2005.

C. Kosikowski, *Część I: Kontrola tworzenia prawa podatkowego*, [w:] *Kontrola tworzenia i stosowania prawa podatkowego pod rządami Konstytucji RP*, red. L. Etel, C. Kosikowski, E. Ruśkowski, Warszawa 2006.

R. Mastalski, *Prawo podatkowe*, wyd. 4, Warszawa 2006.

Z. Ofiarski, *System finansowy ubezpieczeń społecznych*, [w:] *Finanse publiczne i prawo finansowe*, red. C. Kosikowski, E. Ruśkowski, Warszawa 2003.

Marek Klink

Rola doradców podatkowych i ich wpływ na działalność legislacyjną

Rola doradców podatkowych

Doradcy podatkowi zaliczani są do przedstawicieli zawodu zaufania publicznego, podobnie jak i inne zawody prawnicze: adwokat, radca prawny czy notariusz. Z tych względów istotne jest wykonywanie tego zawodu przez osoby legitymujące się odpowiednim poziomem wiedzy oraz doświadczeniem praktycznym. Nie ulega bowiem wątpliwości, że spełnienie tych wymogów stanowi przesłankę wykonywania czynności doradztwa podatkowego w sposób profesjonalny, zgodny z prawem, a ponadto gwarantujący najlepszą ochronę interesów osób, na rzecz których lub w imieniu których czynności te są wykonywane.

Historia wykonywania zawodu doradcy podatkowego rozpoczęła się znacznie wcześniej, niż nastąpiło jego prawne usankcjonowanie jako samodzielnego zawodu. Czynności doradztwa podatkowego w postaci udzielania porad i wyjaśnień, wykonywane były bowiem

przez adwokatów i radców prawnych. Samodzielny zawód doradcy podatkowego ukształtowany został stosunkowo późno – został on prawnie ukonstytuowany dopiero w 1996 roku ustawą o doradztwie podatkowym¹. Do powstania odrębnego zawodu doradcy podatkowego przyczynił się m.in. okres szybkich transformacji zarówno politycznych, jak i gospodarczych, a zwłaszcza zmiana ustroju w Polsce. Pojawienie się na początku lat 90. XX w. nowego systemu prawa podatkowego doprowadziło do istotnych przekształceń w świadomości polskich podatników, co nieodłącznie związane było z gwałtownym wzrostem liczby podmiotów płacących podatki. Złożoność i komplikacje w sposobie obliczania i zapłaty podatków zrodziły bowiem potrzebę zawodowego wykonywania czynności doradztwa podatkowego. Wprowadzenie w 1991 roku nowej konstrukcji podatku dochodowego od osób fizycznych², a także w 1992 roku podatku dochodowego od osób prawnych³, oraz w 1993 roku podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego⁴, zapoczątkowało istotne zmiany w tej dziedzinie. Ich kontynuacją było wprowadzenie w 2000 roku również nowej konstrukcji podatku od czynności cywilnoprawnych⁵. Przesłanką przemawiającą za uchwaleniem w 1996 roku prawnej regulacji zawodu doradcy podatkowego była również m.in. konieczność prawnego uregulowania czynności związanych z doradztwem podatkowym w celu zapewnienia ustawowej gwarancji rzetelnego ich wykonywania.

¹ Ustawa z 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym (Dz.U. Nr 102, poz. 475 z późn. zm.), zwana dalej ustawą o doradztwie podatkowym z 1996 r.

² Ustawa z 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. Nr 80, poz. 350; tekst jedn. Dz.U. z 2000 Nr 14, poz. 176, z późn. zm.), zwana dalej ustawą o podatku dochodowym od osób fizycznych z 1991 r.

³ Ustawa z 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. Nr 21, poz. 86; tekst jedn. Dz.U. z 2000 Nr 54, poz. 654 z późn. zm.).

⁴ Ustawa z 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz.U. Nr 11, poz. 50).

⁵ Ustawa z 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych (Dz.U. Nr 86, poz. 959; tekst jedn. Dz.U. z 2007 Nr 68, poz. 450).

W dobie nieustannych przemian, mających miejsce w XXI wieku, granice państw nie stanowią już większej przeszkody do prowadzenia inwestycji i działalności handlowej poza granicami kraju, w związku z czym wzrasta również zakres stosowania międzynarodowego prawa podatkowego, którego znajomość niezbędna jest dla dokonywania prawidłowych rozliczeń podatkowych. Podobna sytuacja dotyczy także europejskiego prawa podatkowego, którego znaczenie wzrosło w momencie wejścia Polski w struktury Unii Europejskiej.

Działalność doradców podatkowych przejawia się nie tylko w świadczeniu przez nich usług w zakresie szeroko rozumianego prawa podatkowego, lecz także w tym, że stanowią oni niejednokrotnie kompetentne źródło wiedzy na temat praktycznego stosowania prawa podatkowego. Wiedza doradców podatkowych w tym zakresie wykorzystywana jest bowiem często przez szeroko rozumiane środki masowego przekazu. Opinie tam wyrażane przyczyniają się do upowszechniania wiedzy na temat prawa podatkowego wśród obywateli. Niewątpliwym pozostaje fakt, że w swojej pracy doradcy podatkowi spotykają się nierzadko z bardzo skomplikowanymi przypadkami mającymi związek z problematyką prawno-podatkową. Częstym przypadkiem jest cykliczność i podobieństwo problemów będących przedmiotem działalności doradców podatkowych. Na tej podstawie należy stwierdzić, że doradcy podatkowi posiadają ogromną wiedzę na temat praktycznego zastosowania prawa podatkowego, nie wyłączając jego wad i zalet. W związku z tym należy nadmienić, że przejawem troski doradców podatkowych o polskie prawo podatkowe może stanowić powołanie przez nich komitetu Obywatelskiej Inicjatywy Ustawodawczej, mającego na celu zmianę kontrowersyjnych przepisów ordynacji podatkowej⁶.

Nie można również pominąć wpływu działalności doradców podatkowych na stan finansów publicznych państwa. Do właściwego funkcjonowania organów skarbowych przyczynia się wspomaganie

⁶ G. Piechota, *Komitet Inicjatywy Społecznej – czyli jak skutecznie zmieniać prawo*, „Forum” 2003, nr 10, s. 4–5.

ich przez doradców podatkowych. Doradcy podatkowi dają gwarancję właściwych i zgodnych z obowiązującymi regulacjami prawnymi zachowań podatników, co z kolei przekłada się na prawidłowe kształtowanie wpływów budżetowych z tytułu podatków, zarówno pośrednich, jak i bezpośrednich.

Wydaje się oczywiste, że w obecnych czasach niemożliwe jest, by każdy podatnik samodzielnie i w sposób właściwy stosował prawo podatkowe. Także sposób jego stosowania nie zawsze może być kontrolowany przez organ podatkowy. W praktyce, czynności mające na celu kontrolę wszystkich podatników pod kątem ich rzetelności i prawidłowości wywiązywania się z ciążących na nich obowiązków wynikających z zakresów podmiotowych i przedmiotowych poszczególnych podatków, są niewykonalne. Aby należycie podkreślić istotne znaczenie roli doradców podatkowych należy we właściwy sposób unaocznić stosunki zachodzące pomiędzy podatnikami a organami skarbowymi. Nie budzi wątpliwości, że do zadań organów podatkowych należy m.in. pobieranie danin publicznych w sposób i w wysokości wynikających z aktów normatywnych. Zatem, aby system pobierania danin publicznych funkcjonował w sposób prawidłowy i niebudzący zastrzeżeń, każdy z podatników musiałby legitymować się zaawansowaną wiedzą na temat dotyczących go regulacji podatkowych. Zaistnienie tych skrajnych warunków możliwe byłoby wówczas, gdy każdy z podatników poddawany byłby kontroli przez organy podatkowe pod kątem prawidłowości wszelkich kwestii leżących w zakresie kompetencji organów podatkowych.

Nasuwa się w związku z tym uwaga, że prawidłowe kształtowanie dochodów podatkowych zależy w znacznej mierze od czynników mających bezpośredni wpływ na relację pomiędzy organem podatkowym a podatnikiem. Podmiotem stanowiącym pomost pomiędzy nimi może być właśnie doradca podatkowy.

W orzecznictwie wyrażany jest pogląd, że zarówno praca w organach podatkowych, jak i organach kontroli skarbowej, nie zalicza się do czynności doradztwa podatkowego. Prace te nie polegają bowiem na wykonywaniu czynności, o których mowa w art. 2 ust. 1 ustawy o doradztwie

podatkowym⁷. Pracownik urzędu skarbowego nie wykonuje czynności doradztwa podatkowego. Żadna bowiem z czynności określonych w artyku-
le 2 nie wchodzi w zakres obowiązków służbowych pracownika organu
podatkowego, który przede wszystkim dokonuje czynności kontrolnych
i sprawdza, czy podatnik wywiązuje się ze swoich obowiązków podatko-
wych, zgodnie z obowiązującymi w tej mierze przepisami. Informowa-
nie w niektórych przypadkach podatnika o przepisach podatkowych nie
może być równoznacznie traktowane z udzielaniem porad w rozumieniu
ustawy o doradztwie podatkowym⁸. Takie stanowisko orzecznictwa i dok-
tryny potwierdza tylko znaczenie i potrzebę istnienia zawodu doradcy
podatkowego. W istocie regulacje prawne nie zabraniają, by pracownicy
służb skarbowych uzyskiwali dodatkowe uprawnienia⁹.

W związku z tak złożonym charakterem działalności doradców po-
datkowych, powinni oni być postrzegani jako osoby wykonujące zawód
zaufania publicznego, zgodnie z którym powinna ich charakteryzować
niezwykła staranność oraz odpowiedzialność za wszelkie decyzje, mające
niejednokrotnie kluczowe znaczenie dla podatnika¹⁰. Ustawa o doradztwie
podatkowym z 1996 roku nakłada na doradców podatkowych obowią-
zek ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, które w razie potrzeby
może posłużyć jako pokrycie ewentualnych roszczeń ich klientów.

Zakres działalności doradców podatkowych

Wśród czynności doradztwa podatkowego dokonywanych na rzecz
usługobiorców można wyróżnić m.in. udzielanie porad, wyrażanie
opinii i formułowanie wyjaśnień. Ich rozróżnienie polega na odmien-

⁷ Wyrok NSA z 7 kwietnia 1999, II SA 306/99, „Lex” nr 46611.

⁸ Wyrok NSA z 1 marca 1999, II SA 126/99), „Lex” nr 46622.

⁹ G. Leśniak, *Drugi zawód urzędnika – tak, ale nie dorabianie po godzinach*, „Rzeczpospolita”, 17 kwietnia 2007, s. C6.

¹⁰ E. Chojna-Duch, *Doradztwo podatkowe – status prawny a zaufanie publiczne*, „Forum Doradców Podatkowych” 2000, nr 11, s. 16.

nej subiektywizacji oraz sugestywności treści zawartej w każdej z tych rodzajów działalności, a zarazem na zróżnicowaniu pod względem zakresu odpowiedzialności obciążającej wykonującego daną czynność. Jednakże w praktyce doradcy podatkowi poza czynnościami wyrażonymi w ustawie o doradztwie podatkowym z 1996 roku, wykonują także czynności niezastrzeżone prawnie dla odpowiednich podmiotów. Mianowicie są to w przeważającej mierze sprawy związane z szeroko rozumianym zakresem ubezpieczeń społecznych oraz zakresem prawa pracy, pozostające niejednokrotnie we wzajemnych związkach.

Nie budzi wątpliwości wykonywanie przez doradców podatkowych czynności doradztwa podatkowego w ich podstawowym zakresie. Problem pojawia się wówczas, gdy zachodzi potrzeba reprezentowania klienta, na rzecz którego wykonuje się powyższe czynności, przed organem sądowym. Z uwagi na to, że doradcy podatkowi nie posiadają kompetencji do występowania w sprawach dotyczących spraw z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych jako pełnomocnicy procesowi swoich klientów, istnieje konieczność korzystania w tych sytuacjach z usług adwokata lub radcy prawnego. W związku z tym należy postulować zmianę regulacji prawnych zmierzającą do tego, by również doradcy podatkowi mieli możliwość występowania jako pełnomocnicy w sprawach z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych. Doradcy podatkowi posiadają ustawowe umocowanie do pełnienia funkcji pełnomocnika w sprawach z zakresu prawa podatkowego. Należy również zauważyć, że sprawy z zakresu ubezpieczeń społecznych są bezpośrednio związane z prawem podatkowym, co może uzasadniać rozszerzenie zakresu kompetencji doradców podatkowych. Nie można także nie uwzględnić faktu, że w dobie nieustannych przemian gospodarczych szczególnie prawo podatkowe ulega częstym zmianom, które podyktowane są nowymi czynnościami i zdarzeniami gospodarczymi. Nie można również pominąć wpływu na zmieniający się kształt krajowego prawa podatkowego licznych postanowień w sprawach podatkowych, wynikających z prawa Unii Europejskiej, zarówno pierwotnego, jak i wtórnego, a także z obszernego orzecznictwa Europejskiego

Trybunału Sprawiedliwości w sprawach podatkowych. W związku z tymi zmianami istotnie wzrosło zapotrzebowanie na usługi związane z obsługą podatkowoprawną. Wszystkie powyższe zmiany pociągają za sobą powstawanie wielu nowych obowiązków ciążyących na podatnikach. W tej sytuacji doskonałą wręcz znajomość treści aktów normatywnych, praktyki ich stosowania oraz orzecznictwa, jest konieczna do ukształtowania prawidłowej wysokości podatku. Na całość działalności doradców podatkowych składa się w związku z tym szereg niezwykle rozbudowanych i pracochłonnych czynności.

Podstawowe znaczenie ma wyróżnienie podmiotów uprawnionych do wykonywania czynności z zakresu doradztwa podatkowego. W odróżnieniu od strony przedmiotowej doradztwa podatkowego, zakres podmiotowy doradztwa podatkowego wyraża się w istnieniu różnego rodzaju kategorii podmiotów uprawnionych do wykonywania czynności doradztwa podatkowego, a także kategorii podmiotów, na rzecz i zlecenie których czynności te są wykonywane. Zgodnie z art. 3 ustawy o doradztwie podatkowym z 1996 roku, osoby fizyczne posiadające wpis na listę doradców podatkowych, a także adwokaci, radcowie prawni i biegli rewidenci uprawnieni są do zawodowego wykonywania czynności doradztwa podatkowego. Ponadto nowelizacja ustawy o doradztwie podatkowym z 1 lutego 2005 roku¹¹ umożliwiła podmiotom uprawnionym do usługowego prowadzenia ksiąg rachunkowych, na podstawie ustawy z 29 września 1994 roku o rachunkowości¹² oraz rozporządzenia Ministra Finansów z 18 lipca 2002 roku w sprawie uprawnień do usługowego prowadzenia ksiąg rachunkowych¹³. Jest więc możliwe wykonywanie niektórych czynności doradztwa podatkowego, tj. prowadzenie ksiąg podatkowych i innych ewidencji do celów podatkowych oraz sporządzanie zeznań i deklaracji podatkowych lub

¹¹ Por. art. 3a (Dz.U. z 2005 Nr 10, poz. 66).

¹² Ustawa z 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. z 2002 Nr 76, poz. 694 z późn. zm.).

¹³ Rozporządzenie Ministra Finansów z 18 lipca 2002 r. w sprawie uprawnień do usługowego prowadzenia ksiąg rachunkowych (Dz.U. Nr 120, poz. 1022).

udzielanie pomocy w tym zakresie¹⁴. Należy zatem odróżnić prawo do wykonywania czynności doradztwa podatkowego od zawodu doradcy podatkowego. Poza osobami fizycznymi wymienionymi w art. 3 ust. 1 ustawy o doradztwie podatkowym, możliwość wykonywania doradztwa podatkowego przysługuje ponadto określonym osobom prawnym oraz jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej. Należy jednak zauważyć, że zdecydowana większość kancelarii doradców podatkowych działa jako osoby fizyczne na podstawie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej, a forma prawna organizacji ma bezpośredni związek ze skalą świadczonych usług.

Zgodnie z art. 14 Ordynacji podatkowej¹⁵ do kompetencji ministra finansów należy m.in. sprawowanie ogólnego nadzoru w sprawach podatkowych. Znajduje to wyraz w dążeniu do zapewnienia jednolitego stosowania prawa podatkowego przez organy podatkowe oraz organy kontroli skarbowej¹⁶. Minister finansów dokonując interpretacji¹⁷ prawa podatkowego winien mieć na względzie orzecznictwo sądów, Trybunału Konstytucyjnego, a także Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Urzędowe interpretacje wydawane przez ministra finansów nie stanowią źródeł prawa, co jednak nie wyklucza ich wykorzystania jako instrumentów prawnych mających na celu zapewnienie jednolitości stosowania prawa podatkowego. W świetle Ordynacji podatkowej, interpretacje prawa podatkowego nie mogą oddziaływać na niekorzyść podatnika¹⁸. Ponadto minister finansów w ograniczonym zakresie wydaje pisemne interpretacje w indywidualnych sprawach, wyłącznie

¹⁴ Art. 3a oraz art. 2 ust. 1, pkt 2 i 3 ustawy o doradztwie podatkowym z 1996 r.

¹⁵ Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. Nr 137, poz. 926; tekst jedn. Dz.U. z 2005 Nr 8, poz. 60 z późn. zm.), zwana dalej Ordynacją podatkową z 1997 r.

¹⁶ R. Mastalski, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, R. Mastalski, J. Zubrzycki, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Wrocław 2002, s. 100 i nast.

¹⁷ Art. 14 § 2 Ordynacji podatkowej z 1997 r. Interpretacjami, o których mowa w § 1, pkt 2, są wszelkie wyjaśnienia treści obowiązującego prawa podatkowego, kierowane do organów podatkowych i organów kontroli skarbowej, dotyczące problemów prawa podatkowego. Interpretacje, w tym także ich zmiany, są ogłaszane w Dzienniku Urzędowym Ministra Finansów.

¹⁸ Por. art. 14 § 3 i art. 14b § 3 Ordynacji podatkowej z 1997 r.

w zakresie postanowień umów o unikaniu podwójnego opodatkowania oraz innych umów dotyczących problematyki podatkowej.

Poza interpretacjami wydawanymi przez ministra finansów organy podatkowe zobowiązane są do interpretowania sposobu zastosowania prawa podatkowego w indywidualnych przypadkach¹⁹. Podmiot wnioskujący o wydanie postanowienia w indywidualnej sprawie musi przedstawić dokładny stan faktyczny, a także własne stanowisko dotyczące interpretacji przepisów prawa podatkowego. Częstym przypadkiem jest sporządzanie przez doradców podatkowych – z uwagi na posiadane doświadczenie w zakresie stosowania prawa podatkowego – na zlecenie podatników wniosków dotyczących interpretacji prawa podatkowego. Można przyjąć, że wnioski kierowane do ministra finansów w skomplikowanych sprawach podwójnego opodatkowania tym bardziej sporządzane są przez doradców podatkowych. Stanowiska poprzedzone wnikliwą analizą przepisów, zawarte we wnioskach sporządzanych przez doradców podatkowych przyczyniają się niejednokrotnie do właściwego modelu stosowania prawa podatkowego przez organy podatkowe, zwłaszcza że w przypadku niewydania przez organ odnośnego postanowienia w terminie 3 miesięcy, organ jest związany stanowiskiem podatnika zawartym we wniosku.

Warto wspomnieć o fakcie nieraz odbiegających od siebie interpretacji dokonywanych przez organy podatkowe prawa podatkowego. Istnieją także przypadki wydania przez organ podatkowy dwóch sprzecznych ze sobą interpretacji, które były przedmiotem sporu rozstrzyganego przez sądownictwo administracyjne²⁰.

W związku z nowelizacją Ordynacji podatkowej, od 1 lipca 2007 roku interpretacje będą udzielane przez ministra finansów, a nie jak ma to miejsce obecnie, przez organy podatkowe²¹. Taka zmiana regulacji da gwarancję jednolitej interpretacji prawa podatkowego.

¹⁹ Por. art. 14a § 1, *ibidem*.

²⁰ Wyrok WSA z 11 stycznia 2007 (III SA/Wa 3995/06): „wydane wcześniej interpretacje nie mają wiążącego charakteru przy wydawaniu innych interpretacji”.

²¹ Por. art. 14b § 1 Ordynacji podatkowej z 1997 r. w jej brzmieniu obowiązującym od 1 lipca 2007.

Udział w procesie legislacyjnym

Szczególna rola doradców podatkowych przejawia się w ich wpływie na proces legislacyjny. Wyróżnić można wpływ organów samorządu doradców podatkowych oraz pośredni wpływ samych doradców podatkowych.

Na marginesie należy wspomnieć, że samorząd doradców podatkowych²², zwany Krajową Izbą Doradców Podatkowych²³, działa przy pomocy swoich organów, z których najważniejsze to Krajowy Zjazd Doradców Podatkowych i Krajowa Rada Doradców Podatkowych²⁴, kierująca działalnością samorządu w okresach między Krajowymi Zjazdami. Krajowa Izba ma prawo tworzenia regionalnych oddziałów Izby. Z kolei uchwalony przez Krajowy Zjazd Doradców Podatkowych statut Krajowej Izby²⁵, przewiduje możliwość działania Krajowej Rady poprzez jej komisje. Do najważniejszych komisji należą Komisja Prawa Podatkowego i Komisja do spraw Stosunków z Organami Państwa.

Udział organów samorządu doradców podatkowych w procesie legislacyjnym został zagwarantowany bezpośrednio w ustawie o doradztwie podatkowym. Ustawa w art. 56 ust. 2 do zadań Krajowej Rady Doradców Podatkowych, zalicza opiniowanie projektów ustaw i rozporządzeń dotyczących prawa podatkowego oraz przedstawianie wniosków w tym zakresie (pkt 7). Kompetencje te mają niezwykle istotne znaczenie dla Krajowej Rady, umożliwiając jej tym samym udział w procesie tworzenia prawa oraz zapewniając możliwość wywierania wpływu na kształtowanie systemu podatkowego. Literalna analiza tego przepisu pozwala stwierdzić, że kompetencja ta ma charakter obligatoryjny, znajdujący wyraz w wymogu konsultacji z Krajową Radą pro-

²² Rozdz. 8 ustawy o doradztwie podatkowym reguluje samorząd doradców podatkowych (art. 47–63).

²³ Zwana dalej Krajową Izbą.

²⁴ Zwana dalej Krajową Radą, KRDP.

²⁵ Uchwała Nr 13/2002 Pierwszego Krajowego Zjazdu Doradców Podatkowych z 27 stycznia 2002, Statut Krajowej Izby Doradców Podatkowych (§ 21–29).

jektów wprowadzających zmiany legislacyjne w aktach normatywnych odnoszących się do prawa podatkowego. Statut Krajowej Izby powtarza ustawowe kompetencje, wyróżniając obok opiniowania projektów ustaw i rozporządzeń dotyczących prawa podatkowego opiniowanie aktów prawnych do ustawy o doradztwie podatkowym.

Kompetencje dotyczące udziału Krajowej Rady w procesie legislacyjnym, znajdują również swój wyraz w Uchwale nr 14 z 27 stycznia 2002 roku I Krajowego Zjazdu Doradców Podatkowych w sprawie programu działania KRDP. Do istotnych zadań Krajowej Rady powyższa uchwała zalicza m.in. opiniowanie aktów prawnych dotyczących prawa podatkowego, argumentując to w sposób następujący: „od jakości przepisów prawa podatkowego, ich precyzji, a także profesjonalizmu ich stosowania, zależy w podstawowym zakresie możliwość obrony interesów podatników oraz bezpieczeństwo wykonywania zawodu doradcy podatkowego”. Realizacja tych założeń możliwa jest poprzez zapewnienie: udziału Krajowej Rady w uzgodnieniach międzyresortowych w zakresie projektów ustaw oraz aktów wykonawczych dotyczących prawa podatkowego, obowiązkowego opiniowania projektów ustaw, uczestniczenia z głosem doradczym w pracach komisji i podkomisji Sejmu i Senatu, debatujących nad projektami ustaw, opracowywania raportów oceniających funkcjonowanie prawa podatkowego, a także podejmowania działań zmierzających do wyeliminowania wadliwości przepisów dotyczących prawa podatkowego, w tym ich stosowania i interpretacji. Działalność Krajowej Rady w procesie legislacyjnym nie ogranicza się do wyrażania opinii w zakresie przedłożonych jej projektów ustaw czy rozporządzeń, lecz także sporządzenia własnych wniosków w tym zakresie²⁶.

Należy także zwrócić uwagę na aktywną działalność Komisji Prawa Podatkowego, funkcjonującej w ramach Krajowej Rady, przejawiającą

²⁶ Por.: Wniosek Krajowej Rady Doradców Podatkowych do Trybunału Konstytucyjnego (K 42/05) kwestionujący m.in. przepisy ustawy o doradztwie podatkowym z 1996 r., umożliwiające wykonywanie niektórych czynności doradztwa podatkowego przez podmioty uprawnione do usługowego prowadzenia ksiąg rachunkowych.

się wyrażaniem merytorycznych opinii zarówno w stosunku do rządowych, jak i poselskich projektów ustaw oraz rozporządzeń organów wykonawczych. W ostatnim okresie opinie te wydawane są w zasadzie do wszelkich sporządzanych projektów²⁷.

Poza Komisją wymienioną powyżej swoim aktywnym działaniem wykazuje się także Komisja KRDP do spraw Stosunków z Organami Państwa, której zadaniem jest m.in. podejmowanie działań – w porozumieniu z Komisją Prawa Podatkowego – mających na celu zapewnienie udziału Krajowej Rady w uzgodnieniach międzyresortowych dotyczących projektów ustaw oraz aktów wykonawczych. Komisja reprezentuje Radę w pracach Sejmu i Senatu, w szczególności poprzez czynne uczestnictwo z głosem doradczym w Komisjach debatujących nad projektami aktów normatywnych²⁸. Istotnym zadaniem Komisji jest również opracowywanie dla potrzeb Rady raportów, oceniających funkcjonowanie prawa podatkowego, które przekazywane są Parlamentowi, Prezydentowi RP, Radzie Ministrów oraz ministrowi finansów, a także tworzenie systemowych rozwiązań w zakresie organizacji wymiany informacji w środowisku doradców podatkowych w zakresie opiniowania aktów prawnych.

Należy zwrócić uwagę na fakt, że pomimo iż opinie Krajowej Rady nie mają charakteru wiążącego, niejednokrotnie są faktyczne wykorzystywane przez organy tworzące prawo.

Na podkreślenie zasługuje również fakt, że Krajowa Rada biorąc czynny udział w toku prac legislacyjnych, służy niezwykle cennymi spostrzeżeniami i radami w zakresie stosowania prawa podatkowego, wywierając tą drogą wpływ na działalność legislacyjną. Niestety należy stwierdzić, że wiedza doradców podatkowych dotycząca prawa pozytywnego, nie jest w procesie legislacyjnym wykorzystywana w dostatecznym stopniu. Istotne są również przypadki, w których stanowisko

²⁷ Por.: *Prace Komisji problemowych KRDP*, „Biuletyn Krajowej Izby Doradców Podatkowych” 2007, nr 2, s. 50.

²⁸ E. Konopka, *Komisja KRDP do spraw Stosunków z Organami Państwa (styczeń–maj 2007)*, „Biuletyn Krajowej Izby Doradców Podatkowych” 2007, nr 2, s. 51.

Krajowej Rady w sposób istotny przyczyniło się do zainicjowania procesu legislacyjnego.

Nadmienić można, że wykształcił się niepisany zwyczaj konsultowania przez parlamentarzystów z różnymi środowiskami ważnych zmian w przepisach prawa. Przykładem tego zwyczaju może posłużyć m.in. spotkanie z posłem Aleksandrą Natalii-Świat²⁹, podczas którego omawiane były projekty zmian ustaw podatkowych, ze szczególnym uwzględnieniem zmian mających nastąpić w podatku dochodowym od osób prawnych. W trakcie spotkania przedstawiane były opinie dotyczące zmian zachodzących w ustawach podatkowych sporządzone m.in. przez Krajową Izbę³⁰. Przedstawiciele Krajowej Rady biorą także czynny udział w konferencjach, których celem jest przedstawienie zmian i niedoskonałości polskiego systemu podatkowego³¹, ponadto wyrażają opinie na temat proponowanych zmian w prawie podatkowym³².

Na uwagę zasługuje także fakt, że na niektórych posiedzeniach Krajowej Rady obecni są przedstawiciele Ministerstwa Finansów³³ i wymieniane są poglądy dotyczące m.in. kierunków zmian w prawie podatkowym. Istotne jest, by dialog prowadzony przez przedstawicieli doradców podatkowych oraz organów skarbowych państwa był rzeczowy i owocował merytoryczną korzyścią dla obu stron.

Pośredni wpływ na działalność legislacyjną wywierają również sami doradcy podatkowi. I tak np. część parlamentarzystów wykonywała czynności z zakresu doradztwa podatkowego. Dzięki uprzedniej praktyce posiadają oni rozległą wiedzę na temat praktycznego stosowania prawa podatkowego.

²⁹ Aleksandra Natalii-Świat – przewodnicząca Sejmowej Komisji Finansów Publicznych.

³⁰ *Co nas czeka w podatkach? – spotkanie z Przewodniczącą Sejmowej Komisji finansów Publicznych*, „Forum” 2006, nr 10, s. 25–26.

³¹ *Kolejne kroki ku zmianom Ordynacji podatkowej*, „Forum” 2003, nr 10, s. 3.

³² *Apel Przewodniczącego KRDP do doradców podatkowych. Inicjatywa zmiany Ordynacji*, „Forum” 2003, nr 3, s. 51.

³³ *54. posiedzenie KRDP 4–5 kwietnia 2007 r. – krótkie sprawozdanie z tematów przewodnich*, „Biuletyn Krajowej Izby Doradców Podatkowych” 2007, nr 2, s. 49.

Również zawarta we wspomnianych wnioskach stron do ministra finansów lub częściej organów podatkowych o interpretację prawa podatkowego, wnikliwa i rzetelna analiza stanów faktycznych i regulacji prawnych wywiera pośredni wpływ na zmiany legislacyjne. Można przyjąć, że często powtarzające się wnioski dotyczące podobnych spraw, stanowią przesłankę procesów legislacyjnych, a zawarte w nich stanowiska stron – punkt wyjścia do zmian w treści przepisów.

Podsumowanie

Można z powodzeniem stwierdzić, że prawnik XXI wieku nie może ogarnąć wszystkich zmian zachodzących w prawie. Tak daleko idące stwierdzenie można poprzec, m.in. nieustannymi zmianami zachodzącymi w prawie podatkowym, które w konsekwencji mogą doprowadzić do wyodrębnienia się określonych specjalizacji w ramach doradztwa podatkowego. Należy zaznaczyć, że prawo podatkowe stanowi jedną z dziedzin prawa ulegającą nieustannym przeobrażeniom i zmianom. Zmiany te mogą być niedostrzeżone przez podatnika, ale nie może ich nie zauważać doradca podatkowy. Nie należy przedwcześnie jednak oczekiwać, że w związku z tymi zmianami nastąpi w ramach zawodu doradcy podatkowego wyodrębnienie określonych specjalizacji, jakkolwiek w ramach innych zawodów prawnych można zaobserwować dalece idącą wąską specjalizację.

Warto nadmienić, że istnieje przygotowany przez Ministerstwo Sprawiedliwości projekt ustawy o zasadach świadczenia usług prawnych³⁴, radykalnie zmieniający zasady świadczenia tych usług. Projekt przewiduje bowiem możliwość poszerzenia dostępu do zawodów prawnych. Przewidziano w nim wprowadzenie kilkustopniowych licencji prawnych. Można domniemywać, że ewentualne wprowadzenie licencji prawnych, spowoduje zmiany także w ustawie regu-

³⁴ www.ms.gov.pl.

lującej doradztwo podatkowe ponieważ Ministerstwo Finansów przygotowuje w porozumieniu z Ministerstwem Sprawiedliwości, projekt mający na celu zwiększenie dostępu do zawodu doradcy podatkowego poprzez wprowadzenie licencji podatkowej.

Warta rozważenia jest kwestia ewentualnych konsekwencji proponowanych zmian w świadczeniu usług prawniczych, a w szczególności wykonywania czynności doradztwa podatkowego, na zakres wpływu doradców podatkowych na proces legislacyjny. Jest jednak za wcześnie na formułowanie konkretnych wniosków skoro projekt ustawy może jeszcze ulec zmianie, a na skutki jej funkcjonowania trzeba będzie poczekać. Oczywiście jest jednak, że zwiększony dostęp do zawodu doradcy podatkowego będzie miał pozytywne skutki w zakresie pośredniego wpływu samych doradców podatkowych na proces legislacyjny.

Bez względu na projektowane zmiany już teraz należy postulować znaczne poszerzenie udziału doradców podatkowych w procesie legislacyjnym. Mogłoby to np. znaleźć wyraz w obligatoryjnym opiniowaniu projektów podatkowych aktów normatywnych przez Krajową Radę Doradców Podatkowych na etapie prac komisji legislacyjnej, czy nawet sejmowej. Za wskazane można uznać zasięganie opinii przez ministra finansów przy sporządzaniu interpretacji, zwłaszcza w odniesieniu do skomplikowanych przypadków.

Realizacja tych postulatów przyczyniłaby się niewątpliwie do uchwalania bardziej precyzyjnie sformułowanych ustaw, a także do pełniejszej realizacji wymogu dążenia przez ministra finansów do zapewnienia jednolitości stosowania prawa podatkowego.

Summary

Tax advisers are representatives of a profession of public confidence. Their activity not only lies in services within the widely taken domain of tax law but they are also a competent source of knowledge on practical application of tax law. Opinions given by the National Council of

Tax Advisers being a representative organ of tax advisers are often used by organs constructing law. There are cases in which the standpoint of the National Council of Tax Advisers has significantly contributed to the initiation of a legislative process.

The possibility of rendering law services within the domain of tax law by graduates of law studies is limited as services of this kind are reserved only for tax advisors who meet statutorily specified requirements. It should be noted that a profession of a tax adviser seems to be very interesting for present as well as for future law graduates.

The statutory widening of competence of the National Council of Tax Advisers in the legislative process, both in the legislative commission and in the parliament commission, should be postulated. Similarly, the Minister of Finance should take into account the opinion of the National Council to a wider extent. Changes of regulations concerning activities of tax advisers and leading to reasonable widening the scope of their competences can be also postulated. Present law regulations in force make a profession of a tax adviser the most accessible of all law professions.

Magdalena Pelikan-Krupińska

Zasada wewnętrznej i zewnętrznej spójności systemu podatkowego i jej realizacja w praktyce polskiej

Zasady podatkowe to kryteria, którym powinien odpowiadać idealny system podatkowy, realizujący nakreślone przez państwo funkcje, określając pewne warunki, którym ma odpowiadać dana konstrukcja podatku¹. We współczesnej literaturze przedmiotu lista zasad podatkowych jest bogata i różnorodna. Najczęściej przytaczane i analizowane są zasady sformułowane w XIX w. przez A. Smitha oraz A. Wagnera, rzadziej prezentowane są poglądy F. Neumarka. Do dziś nie straciły one na aktualności, o czym świadczy znaczna ilość opracowań na ten temat, które ukazały się w ostatnich latach². Zwrócić jednak należy

¹ N. Gajl, *Modele podatkowe. Podatki dochodowe*, Warszawa 1995, s. 10.

² Zob.: A. Gomułowicz, *Zasady podatkowe wczoraj i dziś*, Warszawa 2001; idem, *Zasada sprawiedliwości podatkowej*, Warszawa 2001; F. Grądalski, *System podatkowy w świetle teorii optymalnego opodatkowania*, Warszawa 2006; R. Sowiński, *Realizacja zasady pewności opodatkowania – oczekiwania i możliwości*, [w:] *Polski system podatkowy. Założenia i praktyka*, red. A. Pomorska, Lublin 2004, s. 28–35; A. Wyszkowski, *Efektywność i sprawiedliwość jako przesłanki*

uwagę na fakt, że niezbędne w tego rodzaju rozważaniach jest rozpatrywanie całego systemu podatkowego łącznie – pojedynczy podatek, nawet zbudowany w sposób najbardziej idealny i racjonalny, może w powiązaniu z działaniami innych konstrukcji podatkowych okazać się niedoskonały. We współczesnych koncepcjach podatkowych pojawiają się także nowe zasady, z których najczęściej powoływana jest zasada ustawowego obowiązku podatkowego i legalizmu³. Zgodzić się także należy z uzupełnieniem katalogu klasycznych zasad podatkowych o zasadę wewnętrznej i zewnętrznej spójności systemu podatkowego⁴. Podejmowanie działań w celu zwiększenia spójności systemu podatkowego jest niezwykle ważne, szczególnie w kontekście skomplikowania współczesnych procesów społeczno-gospodarczych i pojawienia się niespotykanych dotychczas przedmiotów opodatkowania, wywołujących konieczność tworzenia nowych konstrukcji podatkowych. Celem niniejszego opracowania jest próba przeanalizowania istoty zasady spójności systemu podatkowego w kontekście wewnętrznym i zewnętrznym w praktyce polskiej.

Rozważania na temat koherentności systemu podatkowego należy rozpocząć od wskazania istoty spójności systemu podatkowego. Obejmuje ona harmonizację, logikę i porządek regulacji prawnych tworzących system podatkowy. Spójność systemu podatkowego uzależniona jest w znacznej mierze od stopnia skomplikowania i jakości prawa tworzącego poszczególne konstrukcje podatkowe – łatwiej uzyskać spójność systemu podatkowego, gdy jest on prosty (podatków tworzących system jest niewiele, a przepisy obejmujące ich zakres są precyzyjne i czytelne). To ideał, którego osiągnięcie jest w praktyce niemożliwe, w związku ze skomplikowaniem współczesnych stosunków społeczno-gospodarczych i politycznych. Dlatego niezwykle ważna w budowaniu spójności systemu podatkowego jest możliwość uzyskiwania

konstruowania systemu podatkowego, [w:] *Polski system podatkowy...*, s. 36–44.

³ A. Gomułowicz, *Zasady podatkowe...*, s. 84.

⁴ N. Gajl, *Niektóre nowe współczesne zasady podatkowe*, „Acta Universitatis Vratislaviensis. Prawo” 1992, nr 189, s. 124.

jednolitych urzędowych interpretacji niejasnych lub nieprecyzyjnych przepisów podatkowych. Kończąc rozważania na temat istoty spójności systemu podatkowego zaznaczyć należy, że można ją rozpatrywać w dwóch aspektach: wewnętrznym i zewnętrznym.

Przez wewnętrzną spójność systemu podatkowego danego kraju należy rozumieć harmonizację poszczególnych podatków wchodzących w jego skład, a także ich szczegółowych konstrukcji. Chodzi więc o to, by regulacje dotyczące konkretnego podatku były wewnętrze spójne, jak również, żeby podatek ten był zharmonizowany pozostałymi podatkami tworzącymi system podatkowy. Jak słusznie zauważył M. Sosnowski, prawidłowo funkcjonujący system podatkowy musi być spójny, a podatki wchodzące w skład tego systemu winny być zharmonizowane w sposób niepowodujący wzajemnych sprzeczności pomiędzy nimi w aspekcie intencjonalnie przypisanych im funkcji⁵. Celem tejże harmonizacji jest uniknięcie podwójnego opodatkowania, czy nadmiernego obciążenia fiskalnego. Osiągnięcie całkowicie wewnętrze spójnego systemu podatkowego jest zadaniem niezwykle trudnym, wręcz nierealnym, zwłaszcza gdy zwrócimy uwagę, że obecnie nie tworzy się w poszczególnych krajach systemów podatkowych „od podstaw”, a jedynie wprowadza zmiany w już istniejących, ukształtowanych pod wpływem czynników politycznych, społecznych i ekonomicznych. W takim wypadku koniecznym warunkiem jest istnienie wizji docelowego systemu podatkowego, którego osiągnięciu podporządkowane są zarówno zmiany w istniejących podatkach, jak również nowo wprowadzane konstrukcje podatkowe. Tymczasem, analizując polski system podatkowy, należy dojść do wniosku, korzystając z terminologii zaproponowanej przez R. Mastalskiego⁶, że jest on raczej „konglomeratem” podatkowym niż systemem. Takiego stanu rzeczy nie można usprawiedliwić, chociaż niewątpliwie istnieją pewne prze-

⁵ M. Sosnowski, *Funkcja motywacyjna systemu podatkowego i jej realizacja w polskich warunkach*, [w:] *Regulacyjna rola państwa we współczesnej gospodarce*, red. D. Kopycińska, Szczecin 2006, s. 205.

⁶ R. Mastalski, *Polski system podatkowy oraz kierunki jego przekształceń*, [w:] *Prawo finansowe i nauka prawa finansowego na przełomie wieków*, red. A. Kostecki, Kraków 2000, s. 41.

słanki obiektywne pozwalające zrozumieć trudności, z jakimi przyszło się zmierzać twórcom prawa podatkowego – głębokie zmiany ustrojowe, rozchwianie najważniejszych parametrów makroekonomicznych, czy brak spójnej koncepcji politycznej systemu podatkowego. Nic jednak nie usprawiedliwia zauważalnego w Polsce lekceważenia zasad podatkowych oraz zasad konstrukcji systemu podatkowego⁷.

Jeżeli przyjrzymy się schematowi podziału podatków w polskim systemie podatkowym według wspomnianego już kryterium przedmiotowego (schemat 1), można zauważyć, że istnieje ryzyko wystąpienia podwójnego opodatkowania, czy zbyt dużych obciążeń fiskalnych.

Zaprezentowany schemat wskazuje, że zarówno dochód, przychód, obrót, jak i majątek podlegają opodatkowaniu z tytułu różnych podatków, w związku z tym istnieje niebezpieczeństwo wystąpienia podwójnego opodatkowania tego samego przedmiotu lub obciążenia go zbyt dużym podatkiem. Ryzyko nadmiernego obciążenia podatkowego jednego podmiotu wynika również z możliwości przerzucania podatku na inne podmioty, szczególnie w przypadku podatków pośrednich⁸.

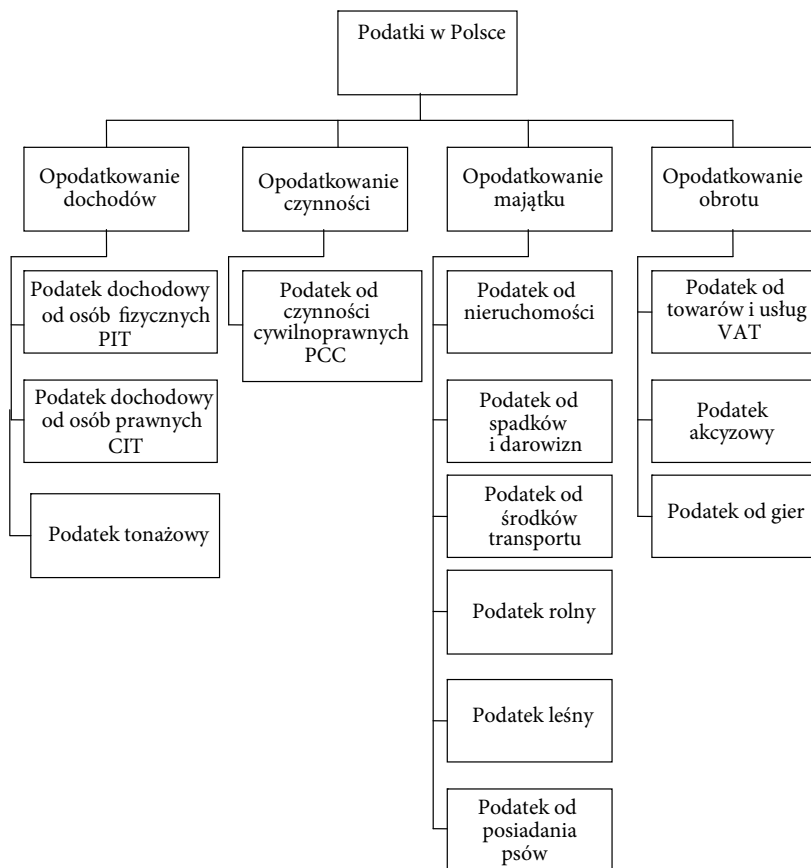
Krótką analizą poszczególnych ustaw wskazuje, że spośród podstawowych podatków tworzących polski system podatkowy, wykluczają się podatek od czynności cywilnoprawnych⁹ (PCC) i podatek od towarów i usług¹⁰ (VAT). Jako przykład można podać transakcję kupna samochodu w salonie samochodowym, która to czynność podlega opodatkowaniu VAT. Jeżeli natomiast kupujemy samochód od osoby fizycznej (niebędącej podatnikiem VAT), zobowiązani jesteśmy do zapłaty podatku od czynności cywilnoprawnych.

⁷ A. Huchla, *Nieprzestrzeganie „zasad podatkowych” w procesie tworzenia polskiego prawa podatkowego*, [w:] *Prawo finansowe i nauka prawa...*, s. 88.

⁸ Rozróżnia się przerzucanie na nabywców towarów lub usług (przerzucalność w przód) lub obniżając koszty działalności np. przez obniżki płac (przerzucalność wstecz). Por. S. Owsiak, *Finanse publiczne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2005, s. 210–211.

⁹ Ustawa z 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. Nr 41, poz. 399 z późn. zm.).

¹⁰ Ustawa z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.).



Rys. 1. Podatki tworzące polski system podatkowy według kryterium przedmiotowego

Źródło: opracowanie własne.

Innym przykładem woli ustawodawcy w zakresie zapewnienia spójności systemu podatkowego przejawiającej się w unikaniu opodatkowania jednego przedmiotu opodatkowania więcej niż jednym podatkiem, jest wprowadzenie zapisów wyłączających opodatkowanie

w ściśle określonych okolicznościach. Przykładowo, ustawa o podatku dochodowym od osób fizycznych¹¹ (PIT) stanowi, że przepisów tejże ustawy nie stosuje się m.in. do przychodów podlegających przepisom od spadków i darowizn¹². Analogicznie, zgodnie z ustawą o podatkach i opłatach lokalnych¹³, nieruchomości stanowiące grunty rolne są wyłączone z opodatkowania podatkiem od nieruchomości. Są one natomiast objęte podatkiem rolnym¹⁴.

Niestety, obok korzystnych rozwiązań w zakresie tworzenia spójnego systemu podatkowego, dostrzec można także pewne niespójności. Jaskrawym przykładem jest kwestia regulacji ustalania różnic kursowych z tytułu transakcji walutowych – odmiennie dla CIT, VAT i jeszcze inaczej według przepisów ustawy o rachunkowości¹⁵, która świadczy o braku konsekwencji ustawodawcy. Uznać należy za nieuzasadnione komplikowanie prawa podatkowego przez możliwość rozliczania różnic kursowych według różnych metod. Jako kolejny przykład można wskazać brak koherentności widoczny w przypadku zestawienia podatku VAT z podatkiem dochodowym od osób prawnych¹⁶ (CIT). Jest to efekt wprowadzonych od 1 stycznia 2007 r. regulacji w CIT, których celem była likwidacja niemal wszystkich specjalnych momentów powstania obowiązku podatkowego, dotyczących między innymi usług telekomunikacyjnych, budowlanych czy też dostawy energii lub gazu. Jednak dla potrzeb podatku VAT istnieje konieczność określania inne-

¹¹ Ustawa z 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn. Dz.U. z 2000 r. Nr 14, poz. 176 z późn. zm.).

¹² Ustawa z 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn (tekst jedn. Dz.U. z 2004 r. Nr 142, poz. 1514 z późn. zm.).

¹³ Ustawa z 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (tekst jedn. Dz.U. z 2006 r. Nr 121, poz. 844 z późn. zm.).

¹⁴ Ustawa z 15 listopada 1984 r. o podatku rolnym (tekst jedn. Dz.U. z 2006 r. Nr 136, poz. 969 z późn. zm.).

¹⁵ Ustawa z 29 września 1994 r. o rachunkowości (tekst jednolity Dz.U. z 2002 r. Nr 76, poz. 694 z późn. zm.).

¹⁶ Ustawa z 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2000 r. Nr 54, poz. 654 z późn. zm.).

go momentu, w którym podatek VAT powinien zostać wykazany w deklaracji. Takie postępowanie trudno nazwać uproszczeniem systemu podatkowego, skoro zmusza się podatnika do prowadzenia odrębnej ewidencji dla potrzeb tych podatków¹⁷.

Podsumowując rozważania na temat wewnętrznej spójności systemu podatkowego uznać należy, że dostrzec można tendencję ustawodawcy do zwiększenia koherentności systemu, jednakże jej poziom nie jest jeszcze zadowalający. Bolączką polskiego systemu jest brak kompleksowości zmian. Ustawodawca wprowadza zmiany w konstrukcji jednego podatku, nie przewidując skutków dla konstrukcji innych podatków i całego systemu. Poważnym problemem jest również nieprecyzyjność regulacji prawnych. W takim kontekście należy uznać, że jeżeli prawo podatkowe reguluje coś w sposób niejednoznaczny, jednolita urzędowa interpretacja podatkowa stanowi niezbędny element budowy konkretnego systemu podatkowego. W Polsce możliwość uzyskiwania jednolitych urzędowych interpretacji podatkowych zagwarantowana jest w ordynacji podatkowej¹⁸. Analiza wydawanych dotychczas pisemnych interpretacji przez podmioty uprawnione (naczelnika urzędu skarbowego, naczelnika urzędu celnego, wójta, burmistrza/prezydenta miasta, starosty albo marszałka województwa) prowadzi o wniosku, iż nagminne były przypadki sprzecznych interpretacji analogicznych zdarzeń podatkowych, w zależności od praktyki stosowanej w konkretnym urzędzie skarbowym¹⁹. W celu uniknięcia tych różnic, od 1 lipca 2007 r. jednolite interpretacje podatkowe będą wydawane wyłącznie przez ministra finansów (który może przenieść te uprawnienia na inne podmioty). Skupienie wydawania interpretacji i ich ewidencja przez jeden podmiot niewątpliwie wpłynie na zapewnienie większej niż dotychczas spójności systemu podatkowego. Niezwykle ważne

¹⁷ R. Namysłowski, *Zmiany korzystne, ale nie zawsze spójne*, „CFO – Magazyn Finansistów”, 21 lutego 2007, tekst dostępny w Internecie: http://www.ey.com/global/content.nsf/Poland/VAT_-_Library_-_CFO_-_Zmiany_korzystne [dostęp: luty 2007].

¹⁸ Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 z późn. zm.).

¹⁹ Interpretacje i orzeczenia dostępne są na stronie <http://sip.mf.gov.pl/sip>.

w tym kontekście jest także orzecznictwo sądowe, które obok jednolitych interpretacji podatkowych, sprzyja spójności systemu podatkowego. Kończąc rozważania na temat spójności wewnętrznej podkreślić należy, że konieczne jest nowelizowanie ustaw podatkowych w tym celu, jednak zawsze musi to być dokonywane w oparciu o wizję docelowego systemu podatkowego, a nie wyłącznie jako efekt działania nacisków różnych grup interesów.

Kwestia autonomii prawa podatkowego jest niezwykle ważna i wielokrotnie w literaturze omawiana²⁰, jednakże niezbędne jest podejmowanie wszelkich działań w celu uzyskania spójności prawa podatkowego z całokształtem norm legislacyjnych danego kraju. To kolejny aspekt spójności systemu podatkowego, który odnosi się do konieczności zharmonizowania danej konstrukcji podatkowej nie tylko z innymi konstrukcjami podatkowymi, ale także z obowiązującym ustawodawstwem w ogóle, a w szczególności z rozwiązaniami prawa administracyjnego i cywilnego²¹. Związek prawa cywilnego czy administracyjnego z prawem podatkowym znajduje swoje odbicie we wszystkich ustawach podatkowych. Często normy prawa podatkowego zawierają szerszą regulację tej samej sytuacji faktycznej niż prawo cywilne (np. pojęcie dostawy towarów dla celów podatku VAT)²². Konsekwencją braku spójności w takich przypadkach jest zgodne z prawem podatkowym wykorzystywanie możliwości obniżenia obciążeń podatkowych poprzez odpowiedni dobór czynności prawnej. Zdążają się również przypadki dokonywania pozornych czynności prawnych w celu uniknięcia opodatkowania. W związku z taką możliwością organy podatkowe – w ramach przysługujących im uprawnień – są władne ocenić ewentualną pozorność transakcji. Jednakże usuwanie braków spójności przez przyznanie organom podatkowych nadmier-

²⁰ Zob.: A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Granice autonomii prawa podatkowego*, „Glosa. Prawo Podatkowe w Orzeczeniach i Komentarzach” 2004, nr 1; R. Mastalski, *Autonomia prawa podatkowego a spójność i zupełność systemu prawa*, „Przegląd Podatkowy” 2003, nr 10, s. 12–17.

²¹ N. Gajl, *Niektóre...*, s. 126.

²² P. Lewkowicz, *Związki prawa podatkowego z prawem cywilnym*, [w:] *Prawo finansowe i nauka prawa...*, s. 94.

nych uznaniowych kompetencji w kwestii ustalania rzeczywistej treści stosunków prawnych należy uznać za niewłaściwe. W tym kontekście słuszne wydaje się uznanie skreślenia z ustawy o ordynacji podatkowej przepisów przyznających organom podatkowym uprawnienia w zakresie możliwości przekwalifikowania czynności, jeśli uznały, że jej celem było uniknięcie opodatkowania.

Kolejnym etapem analizy spójności systemu podatkowego będzie zaprezentowanie istoty zewnętrznej spójności systemu podatkowego, która dotyczy powiązania krajowego systemu podatkowego z zagranicznymi systemami podatkowymi. W tym kontekście należy rozpatrywać stopień harmonizacji systemu podatkowego (lub poszczególnych podatków) z systemami podatkowymi innych krajów. W związku z członkostwem Polski w Unii Europejskiej, zewnętrzną koherentność systemów podatkowych należy rozpatrywać w dwóch perspektywach – pierwsza dotyczy powiązania polskiego systemu podatkowego z systemami państw wchodzących w skład Wspólnoty (harmonizacja jest częściowo obligatoryjna i wynika z postanowień Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską), druga dotyczy harmonizacji polskiego systemu podatkowego z systemami krajów niebędących członkami UE (harmonizacja fakultatywna, dokonywana na podstawie suwerennych decyzji każdego kraju).

Jednym z podstawowych wyznaczników stopnia harmonizacji systemów podatkowych państw tworzących Unię Europejską jest osiągnięty poziom neutralności podatków (głównie pośrednich) w handlu wewnątrzwspólnotowym. Art. 93 Traktatu stanowi, że „Rada [...] uchwala przepisy dotyczące harmonizacji ustawodawstw odnoszących się do podatków obrotowych, akcyzy i innych podatków pośrednich w zakresie, w jakim harmonizacja ta jest niezbędna do zapewnienia ustanowienia i funkcjonowania rynku wewnętrznego”²³. Zgodzić się należy z tezą A. Kosteckiego, że podstawową przesłankę harmonizacji przepisów podatkowych stanowi bezwzględny wymóg zapobiegania osiągnięciu nieuzasadnionych korzyści przez dane państwo członkow-

²³ Dz.Urz. UE C 235, 24 grudnia 2002.

skie na skutek stosowania przepisów podatkowych, zapewniających mu uprzywilejowaną pozycję w porównaniu z pozostałymi państwami członkowskimi²⁴. Ograniczenia w wykonywaniu podstawowych swobód zagwarantowanych przez traktat może uzasadniać jedynie konieczność zachowania spójności systemu podatkowego danego kraju.

W związku z obowiązkiem dostosowania ustaw krajowych do prawa wspólnotowego w zakresie podatków pośrednich, Polska dokonała wielu zmian w ustawach o VAT i podatku akcyzowym²⁵, przy czym obecnie bardziej spójne są uregulowania dotyczące podatku akcyzowego niż VAT, co wynika przede wszystkim z faktu, iż zagadnienia będące przedmiotem uregulowania podatkiem od towarów i usług są znacznie bardziej skomplikowane.

Ustawodawstwo wspólnotowe zawiera wyraźny nakaz harmonizowania podatków pośrednich, oraz dopuszcza możliwość ewentualnej harmonizacji podatków bezpośrednich na zasadzie fakultatywności²⁶. Pomimo tego dostrzega się próby harmonizacji podatków bezpośrednich, zmierzające przede wszystkim do unikania międzynarodowego podwójnego opodatkowania. W sensie prawnym podwójne opodatkowanie zachodzi wtedy, gdy dwa (lub więcej) różne państwa nakładają na tego samego podatnika podatek o takim samym lub zbliżonym charakterze, dotyczący tego samego przedmiotu opodatkowania za taki sam okres²⁷. Pojęcie międzynarodowego podwójnego opodatkowania w sensie ekonomicznym obejmuje z kolei sytuacje, gdy brak jest identyczności podmiotów, lecz ten sam dochód lub majątek jest dwukrotnie obciążony podatkiem. Przykładowo, gdy spółka płaci podatek od zysków, to jej akcjonariusze są, niezależnie od tego, opodatkowani podatkiem od dywidend, wypłaconych z tychże zysków. Podwójne

²⁴ A. Kostecki, *Przesłanki i metody harmonizacji prawa podatkowego z unijnym prawem podatkowym*, [w:] *Prawo finansowe i nauka prawa...*, s. 165.

²⁵ Ustawa z 23 stycznia 2004 r. o podatku akcyzowym (Dz.U. z 2004 r. Nr 29, poz. 257 z późn. zm.).

²⁶ K. Wach, *Systemy podatkowe krajów Unii Europejskiej*, Kraków 2006, s. 29.

²⁷ J. Marciniuk, *Kiedy występuje podwójne opodatkowanie*, „Gazeta Prawna” 2006, nr 197.

opodatkowanie ekonomiczne jest równocześnie podwójnym opodatkowaniem formalnym w odróżnieniu od materialnego, które oznacza opodatkowanie jednego przedmiotu podatkowego jednocześnie przez dwie niezależne od siebie jurysdykcje podatkowe. Skala i skutki ekonomiczne tego rodzaju podwójnego opodatkowania są istotne²⁸. Do najczęściej spotykanych na świecie umów w zakresie podwójnego opodatkowania należą umowy dwustronne (środki bilateralne), bazujące przede wszystkim na umowie modelowej (tzw. *model convention*) OECD lub innych (np. umowa modelowa ONZ). Rzadziej stosowane są środki jednostronne (unilateralne) oraz międzynarodowe umowy wielostronne. Wynika to z faktu, że to umowy dwustronne mogą w najbardziej precyzyjny i szczegółowy sposób regulować zasady opodatkowania w przypadku osiągnięcia przez niego dochodów na terytoriach dwóch państw²⁹. Polska ma obecnie podpisane umowy dwustronne o unikaniu podwójnego opodatkowania z 81 krajami na świecie³⁰, w tym ze wszystkimi krajami Unii Europejskiej.

Budowanie wewnętrznie spójnego systemu podatkowego a także jego harmonizacja z systemami podatkowymi innych krajów jest niezwykle istotna, zwłaszcza, że obecnie kładzie się znaczny nacisk na swobodny przepływ środków pieniężnych, towarów i usług. Analiza w tym kontekście polskiego ustawodawstwa podatkowego prowadzi do konkluzji, że konieczne jest wprowadzenie kolejnych zmian w przepisach ustaw podatkowych, których celem będzie uproszczenie systemu podatkowego, a także likwidacja istniejących niespójności, szczególnie w zakresie mało czytelnego dla przeciętnego podatnika podatku od towarów i usług, czy podatków dochodowych. Jednocześnie należy pamiętać, że pełna realizacja zasady wewnętrznej spójności systemu podatkowego winna uwzględniać wpływ norm prawnych innych gałęzi prawa, w szczególno-

²⁸ M. Józwiak-Węclewska, *Międzynarodowe podwójne opodatkowanie i sposoby jego eliminowania*, tekst dostępny w Internecie: <http://www.bankier.pl/wiadomosc/Miedzynarodowe-podwojne-opodatkowanie-i-sposoby-jego-eliminowania-1533145.html> [dostęp: 12 stycznia 2007].

²⁹ J. Marciniuk, *Kiedy występuje...*

³⁰ Wykaz umów dostępny na stronie Ministerstwa Finansów, www.mf.gov.pl.

ści prawa cywilnego. W aspekcie realizacji zasady spójności zewnętrznej systemu podatkowego należy wziąć pod uwagę istotne zmiany wywołane członkostwem w Unii Europejskiej. Sukcesywne otwieranie zagranicznych rynków pracy dla obywateli polskich powoduje nierzadko kolizje w sferze podatkowej. W tym zakresie konieczny jest monitoring obowiązujących umów bilateralnych, ratyfikowanych niejednokrotnie w innych warunkach społeczno-ekonomicznych. Niezbędne jest ponadto wprowadzenie zmian w zakresie funkcjonowania administracji skarbowej, które będą sprzyjały wewnętrznej spójności całego systemu – plany utworzenia z połączenia administracji podatkowej i służby celnej Krajowej Administracji Skarbowej, podlegającej Ministerstwu Finansów, czy stworzenie systemu jednolitych interpretacji podatkowych, należy ocenić jako krok we właściwym kierunku. Niezbędnym jednak warunkiem osiągnięcia sukcesu jest pierwotne określenie kształtu docelowego systemu podatkowego, którego osiągnięciu podporządkowane zostanie zarówno wprowadzanie do niego nowych konstrukcji podatkowych, jak i modyfikacja już istniejących.

Bibliografia

- A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Granice autonomii prawa podatkowego*, „Glosa. Prawo Podatkowe w Orzeczeniach i Komentarzach” 2004, nr 1.
Dz.Urz. UE C 235 z 24 grudnia 2002.
N. Gajl, *Modele podatkowe. Podatki dochodowe*, Warszawa 1995.
N. Gajl, *Niektóre nowe współczesne zasady podatkowe*, „Acta Universitatis Vratislaviensis. Prawo” 1992, nr 189.
A. Gomułowicz., *Zasada sprawiedliwości podatkowej*, Warszawa 2001.
A. Gomułowicz, *Zasady podatkowe wczoraj i dziś*, Warszawa 2001.
F. Grądałski, *System podatkowy w świetle teorii optymalnego opodatkowania*, Warszawa 2006.
<http://sip.mf.gov.pl/sip>.

A. Huchla, *Nieprzestrzeganie „zasad podatkowych” w procesie tworzenia polskiego prawa podatkowego*, [w:] *Prawo finansowe i nauka prawa finansowego na przełomie wieków*, red. A. Kostecki, Kraków 2000.

M. Jóźwiak-Węclewska, *Międzynarodowe podwójne opodatkowanie i sposoby jego eliminowania*, tekst dostępny w Internecie: <http://www.bankier.pl/wiadomosc/Miedzynarodowe-podwojne-opodatkowanie-i-sposoby-jego-eliminowania-1533145.html> [dostęp: 12 stycznia 2007].

A. Kostecki, *Przesłanki i metody harmonizacji prawa podatkowego z unijnym prawem podatkowym*, [w:] *Prawo finansowe i nauka prawa...*

P. Lewkowicz, *Związki prawa podatkowego z prawem cywilnym*, [w:] *Prawo finansowe i nauka prawa...*

J. Marciniuk, *Kiedy występuje podwójne opodatkowanie*, „Gazeta Prawna” 2006, nr 197.

R. Mastalski, *Autonomia prawa podatkowego a spójność i zupełność systemu prawa*, „Przegląd Podatkowy” 2003, nr 10.

R. Mastalski, *Polski system podatkowy oraz kierunki jego przekształceń*, [w:] *Prawo finansowe i nauka prawa...*

R. Namysłowski, *Zmiany korzystne, ale nie zawsze spójne*, „CFO – Magazyn Finansistów”, 21 lutego 2007, tekst dostępny w Internecie: http://www.ey.com/global/content.nsf/Poland/VAT_-_Library_-_CFO_-_Zmiany_korzystne [dostęp: luty 2007].

S. Owsiak, *Finanse publiczne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2005.

M. Sosnowski *Funkcja motywacyjna systemu podatkowego i jej realizacja w polskich warunkach*, [w:] *Regulacyjna rola państwa we współczesnej gospodarce*, red. D. Kopycińska, Szczecin 2006.

R. Sowiński, *Realizacja zasady pewności opodatkowania – oczekiwania i możliwości*, [w:] *Polski system podatkowy. Założenia i praktyka*, red. A. Pomorska, Lublin 2004.

Ustawa z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 54 poz. 535 z późn. zm.).

Ustawa z 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (tekst jedn. Dz.U. z 2006 r. Nr 121, poz. 844 z późn. zm.).

Ustawa z 15 listopada 1984 r. o podatku rolnym (tekst jedn. Dz.U. z 2006 r. Nr 136, poz. 969 z późn. zm.).

Ustawa z 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2000 r. Nr 54, poz. 654 z późn. zm.).

Ustawa z 23 stycznia 2004 r. o podatku akcyzowym (Dz.U. Nr 29, poz. 257 z późn. zm.).

Ustawa z 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn. Dz.U. z 2000 r. Nr 14, poz. 176 z późn. zm.).

Ustawa z 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn (tekst jedn. Dz.U. z 2004 r. Nr 142, poz. 1514 z późn. zm.).

Ustawa z 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. Nr 41, poz. 399 z późn. zm.).

Ustawa z 29 września 1994 r. o rachunkowości (tekst jednolity Dz.U. z 2002 r. Nr 76, poz. 694 z późn. zm.).

Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 z późn. zm.).

K. Wach, *Systemy podatkowe krajów Unii Europejskiej*, Kraków 2006.

A. Wyszkowski, *Efektywność i sprawiedliwość jako przesłanki konstruowania systemu podatkowego*, [w:] *Polski system podatkowy...*

Summary

The cohesion of the tax system involves harmonization, logic and transparency of legal regulations forming the tax system. Each tax system operating properly has to be coherent and different kinds of taxes have to be harmonious without any possibility of contradiction between them. The aim of this paper is to characterize the essence of the tax system cohesion in the interior and exterior context. The analysis is devoted to the cohesion of the taxes forming the Polish tax system and the necessity of harmonizing a given tax construction with other constructions as well as legislation in general and administrative and civil

law solutions in particular. What is more, the paper analyses the range of harmony between the Polish tax law and international regulations as far as the avoidance of double taxation is concerned.

Robert Wolański

Zmiany o charakterze progospodarczym w prawie podatkowym w latach 1995–2007

Wprowadzenie

Celem artykułu jest przedstawienie głównych zmian o charakterze progospodarczym, dokonywanych w prawie podatkowym od roku 1995, wpływających na funkcjonowanie i rozwój przedsiębiorstw. Artykuł ukazuje kierunki tych zmian oraz dokonuje oceny ich zakresu.

Przesłanki wprowadzania rozwiązań progospodarczych w prawie podatkowym

Funkcje wypełniane przez podatki w gospodarce można podzielić na fiskalne i pozafiskalne¹. Funkcja fiskalna powszechnie uważana jest za

¹ M. Weralski, *Finanse publiczne i prawo finansowe*, Warszawa 1984, s. 247.

podstawową, oddającą ich istotę jako podstawowego źródła zasilania dochodów budżetu państwa². Natomiast powszechność opodatkowania, oddziaływanie podatków na funkcjonowanie praktycznie każdego podmiotu powoduje, że podatki spełniają również w szerokim zakresie funkcje pozafiskalne.

Podatek jest instrumentem wykorzystywanym nie tylko do realizacji funkcji fiskalnej. W coraz szerszym zakresie i formie kształtowane są rozwiązania, których głównym celem są zadania pozafiskalne. W przypadku opodatkowania realizującego cele pozafiskalne, na plan pierwszy budowy systemu podatkowego wysuwane są motywy inne aniżeli finansowanie wydatków publicznych³. Wśród funkcji pozafiskalnych na szczególną uwagę zasługuje wyróżnienie funkcji gospodarczej i społecznej oraz regulacyjnej i stymulacyjnej⁴. Z punktu widzenia omawianego tematu, podstawowe znaczenie ma funkcja gospodarcza i stymulacyjna podatków.

Funkcja gospodarcza (ekonomiczna) oznacza wykorzystanie podatku jako instrumentu oddziaływania na gospodarkę. Oddziaływanie to może mieć charakter ogólny, który polega na wprowadzeniu rozwiązań adresowanych do wszystkich podmiotów, oraz charakter selektywny, przy którym stosuje się rozwiązania skierowane do wybranych grup podmiotów, branż, rodzajów działalności. Realizacja funkcji ekonomicznej zakłada sprzyjanie poprzez podatki rozwojowi gospodarczemu. W tym przypadku duża rola przypisywana jest konieczności zapewnienia niskiego poziomu opodatkowania. W literaturze⁵ przyjmuje się pogląd, że wysoki poziom opodatkowania wywołuje szereg negatywnych następstw gospodarczych, w tym przede wszystkim osłabienie tempa wzrostu gospodarczego, spadek inwestycji, rozwój szarej strefy gospodarczej, odpływ kapitału. Z ko-

² P. Gaudemet, J. Molinier, *Finanse publiczne*, Warszawa 2000, s. 422 i nast.; A. Majchrzycka-Guzowska, *Finanse i prawo finansowe*, Warszawa 2004, s. 89.

³ A. Gomułowicz, J. Małecki, *Podatki i prawo podatkowe*, Warszawa 2006, s. 230.

⁴ S. Dolata, *Podstawy wiedzy o podatkach i polskim systemie podatkowym*, Opole 1999, s. 56 i nast.

⁵ S. Owsiak, *Finanse publiczne*, Warszawa 2005, s. 188 i nast.; A. Gomułowicz, J. Małecki, *Podatki...*, s. 214 i nast., P. Gaudemet, J. Molinier, *Finanse...*, s. 463 i nast.

lei niskie podatki zachęcają do podejmowania działalności, jej rozwoju, ponoszenia nakładów inwestycyjnych. W konsekwencji oddziałują na zwiększenie zakresu prowadzonej działalności gospodarczej, rozwój gospodarczy kraju, wzrost konkurencyjności.

Natomiast funkcja stymulacyjna podatku przejawia się w takim kształtowaniu wybranych elementów konstrukcji podatku, aby skłonić podatnika do określonego działania pożądanego lub oczekiwanego przez ustawodawcę. Stymulacji powinny podlegać te dziedziny życia gospodarczego, których rozwój ma duże znaczenie dla państwa. Stymulacja gospodarcza obejmuje oddziaływanie na strukturę gospodarki narodowej, wpływ na kierunki i lokalizację działalności gospodarczej, dążność do zwiększenia efektywności ekonomicznej oraz kształtowanie akumulacji i konsumpcji⁶. Właśnie w tych dziedzinach podatki powinny zachęcać podatników do zachowań priorytetowych z punktu widzenia państwa. Funkcja stymulacyjna ma skłonić podatników m.in. do ponoszenia wydatków inwestycyjnych, zakładania nowych przedsiębiorstw, rozwoju preferowanych przez państwo rodzajów działalności gospodarczej.

Przeprowadzona tu analiza uzasadnia stosowanie rozwiązań progospodarczych w prawie podatkowym. Niższy podatek oraz niższe koszty obliczenia podatku oznaczają większą pulę środków własnych pozostających w przedsiębiorstwie. Motywacyjne działanie podatków ma skłonić przedsiębiorstwa do rozwijania działalności, zwiększania zatrudnienia, a w konsekwencji rozwoju całej gospodarki.

Rozwiązania o charakterze progospodarczym w prawie podatkowym

Rozwiązania progospodarcze w prawie podatkowym w różnorodny sposób mają zachęcić przedsiębiorców do rozpoczęcia, kontynuowania, rozwoju działalności gospodarczej. Istnieją różne sposoby wpro-

⁶ J. Gluchowski, *Polskie prawo podatkowe*, Warszawa 2004, s. 19.

wadzenia takich rozwiązań w uregulowaniach prawa podatkowego. Wśród najczęściej wykorzystywanych elementów konstrukcji w prawie podatkowym, do wprowadzania rozwiązań progospodarczych można wyróżnić:

- uproszczone formy opodatkowania,
- koszty uzyskania przychodów,
- zwolnienia i ulgi podatkowe,
- odliczenia podatkowe,
- zasady poboru podatku.

Analiza zmian wyżej w tych elementach konstrukcji pozwoli określić ogólne tendencje w prawie podatkowym w zakresie rozwiązań progospodarczych. Pokaże, w jakim kierunku kształtują się rozwiązania wpływające na funkcjonowanie gospodarki.

Rozwiązania progospodarcze w formie stosowania uproszczonych form opodatkowania

Uproszczone formy opodatkowania (ryczałty) należą do szczególnych rozwiązań podatkowych będących formą opodatkowania zastępującą podatki dochodowe. Opierają się na szacunkowym określeniu podstawy wymiaru w prawie podatkowym dla większej grupy podatników, mających wspólne lub podobne odpowiednie cechy. Podstawę wymiaru ustala się w oparciu o pewne zewnętrzne oznaki działalności podatnika, co w największym stopniu odróżnia ryczałt od ogólnych zasad opodatkowania. Przy określaniu wysokości ryczałtu bierze się pod uwagę m.in. rodzaj prowadzonej działalności, liczbę zatrudnionych pracowników czy miejsce prowadzenia działalności.

Natomiast z prawnego punktu widzenia ryczałt podatkowy polega na wprowadzeniu dla pewnych grup podatników odrębnej formy ustalania i poboru zobowiązań podatkowych w zakresie istniejących

podatków⁷. Ryczałt zatem jest powiązany z istniejącą formą opodatkowania, jej uzupełnieniem, gdyż umożliwia dla wybranych podatników, spełniających określone warunki, skorzystanie z opodatkowania ryczałtowego w miejsce podstawowej formy, jaką jest podatek dochodowy.

Działanie ryczałtu jako rozwiązania progospodarczego przejawia się w następujących jego cechach:

- wymiar ryczałtu opiera się na zewnętrznych oznakach działalności podatnika, np. rodzaj prowadzonej działalności, liczba zatrudnionych pracowników, miejsce prowadzenia działalności, co znacznie upraszcza sposób jego obliczania w porównaniu z podatkiem dochodowym; jest najprostszą formą opodatkowania dochodu z działalności gospodarczej,

- sposób obliczania ryczałtu bazuje na przeciętnej wielkości stawek czy bezpośrednio pobieranej kwocie podatku; taka konstrukcja zachęca podatników do osiągania wysokich dochodów, gdyż przy większym ich poziomie realnie obniża się wielkość opodatkowania ryczałtowego,

- ryczałt nie wymaga w ogóle prowadzenia księgowości; jeżeli istnieje wymóg jakiejś dokumentacji, to jest ona uproszczona i jej sporządzenie nie sprawia problemów.

Te cechy ryczałtu wskazują, że jest on dobrym rozwiązaniem dla osób rozpoczynających działalność gospodarczą w niewielkiej skali, ze względu na niskie koszty podatku i jego poboru.

Ryczałty w Polsce zostały wprowadzone w pierwszej połowie lat 90. – karta podatkowa od 1992 r., a ryczałt od przychodów ewidencjonowanych od 1994 r.⁸ Od tego czasu należy zwrócić uwagę przede wszystkim na następujące zmiany w tych podatkach.

⁷ T. Dębowska-Romanowska, *Ryczałt jako instytucja formalnego i materialnego prawa podatkowego*, [w:] *System podatkowy. Zagadnienia teoretycznoprawne*, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica” 1992, nr 54, s. 72 i nast.

⁸ Obecnie są uregulowane w ustawie z 20 listopada 1998 r. o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne (Dz.U. Nr 144, poz. 930 z późn. zm.).

Zakres podmiotowo-przedmiotowy ryczałtu od przychodów ewidencjonowanych został znacznie rozszerzony od 2003 r., poprzez objęcie ryczałtem osób wykonujących wybrane wolne zawody, osób świadczących określone usługi niematerialne, wspólników spółek jawnych, a także zwiększenie limitu kwoty przychodów z 499 460 zł do 250 000 euro⁹. Zmiany te zwiększyły grupę przedsiębiorstw, które mogą zastosować tę formę opodatkowania, równocześnie skorzystać z dogodnych rozwiązań związanych z tym ryczałtem. Natomiast od 2008 r. została obniżona kwota przychodów umożliwiającą opodatkowanie tym ryczałtem z 250.000 euro do 150.000 euro, co z kolei ogranicza zastosowanie tej formy opodatkowania¹⁰.

Inną ważną zmianą była możliwość zwiększenia zatrudnienia, bez utraty prawa do opodatkowania kartą podatkową, która obowiązywała w latach 2003–2005. Podatnicy mogli zwiększyć zatrudnienie z 3 do 6 osób.

Rozwiązania progospodarcze w formie kosztów podatkowych

Koszty uzyskania przychodów odgrywają podstawową rolę w podatku dochodowym¹¹. W bezpośredni sposób wpływają na jego wysokość. Są nieodzownym elementem związanym z prowadzeniem działalności gospodarczej.

⁹ Zmiany wprowadzone przez ustawę z 27 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne (Dz.U. Nr 141, poz. 1183).

¹⁰ Przewiduje to ustawa z 16 listopada 2006 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 217, poz. 1588).

¹¹ Są one uregulowane w art. 15 i 16 ustawy z 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2000 r. Nr 54, poz. 654 z późn. zm.) oraz art. 22 i 23 ustawy z 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn. Dz.U. z 2000 r. Nr 14, poz. 176 z późn. zm.).

Dla przedsiębiorców duże znaczenie ma sama definicja kosztów uzyskania przychodów. Nastąpiła w tym względzie ważna zmiana od 2007 r.¹² Zgodnie z nią, definicja ta stała się bardziej precyzyjna. Wedle wcześniej obowiązujących regulacji, kosztami uzyskania przychodów były koszty poniesione w celu osiągnięcia przychodów, z wyjątkiem enumeratywnie określonych. Natomiast definicja obowiązująca od 1 stycznia 2007 r. mówi, że kosztami uzyskania przychodów są koszty poniesione w celu osiągnięcia przychodów lub zachowania albo zabezpieczenia źródła przychodów, z wyjątkiem enumeratywnie określonych. Nowa definicja znacznie jaśniej mówi, które wydatki przedsiębiorstwo może zaliczyć do kosztów uzyskania przychodów, szczególnie w odniesieniu do kosztów pośrednio związanych z przychodami.

Jednym z podstawowych kosztów uzyskania przychodów przy prowadzeniu działalności gospodarczej są odpisy amortyzacyjne. Wśród zmian dotyczących kosztów amortyzacji należy wymienić obowiązującą od 5 września 2002 r. do 31 grudnia 2006 r. możliwość dokonywania odpisów amortyzacyjnych od wartości początkowej fabrycznie nowych środków trwałych, zaliczonych do grup 3–6 klasyfikacji środków trwałych, w pierwszym roku podatkowym, w którym środki te zostały wprowadzone do ewidencji, w wysokości 30% tej wartości¹³. Dla przedsiębiorców, oprócz amortyzacji degressywnej, było to najkorzystniejsze rozwiązanie. Od 1 stycznia 2007 r. w miejsce tego rozwiązania wprowadzono możliwość dokonywania jednorazowych odpisów amortyzacyjnych od wartości początkowej środków trwałych, zaliczonych do grup 3–8 klasyfikacji środków trwałych, z wyjątkiem samochodów osobowych, w wysokości nieprzekraczającej 50.000 euro.

¹² Zmiany od 1 stycznia 2007 r. w podatkach dochodowych wynikają z ustawy z 16 listopada 2006 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 217, poz. 1588) i ustawy z 16 listopada 2006 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. Nr 217, poz. 1589).

¹³ Zgodnie z ustawą z 27 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. Nr 141, poz. 1179) oraz ustawą z 27 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 141, poz. 1182).

Jednak to rozwiązanie nie jest przeznaczone dla wszystkich przedsiębiorstw, ale tylko rozpoczynających lub prowadzących w niewielkiej skali działalność.

Kolejna ważna zmiana, wprowadzona od 1 stycznia 2007 r., dotyczy reprezentacji i reklamy. Zgodnie z nową regulacją, wydatki na każdą reklamę są kosztem uzyskania przychodów, niezależnie od tego, czy reklama ma charakter publiczny, czy niepubliczny. Z kolei wydatki na reprezentację w ogóle nie mogą być kosztem uzyskania przychodów. Wcześniej obowiązujące przepisy wydatki na reprezentację i reklamę niepubliczną uznawały za koszty uzyskania przychodów do limitu na poziomie 0,25% przychodów podatkowych przedsiębiorstwa. Nowa regulacja upraszcza ujęcie reprezentacji i reklamy w podatku dochodowym, natomiast nadal nie definiuje tych pojęć, zaś w wielu sytuacjach formy reprezentacji i reklamy są do siebie zbliżone¹⁴.

Rozwiązania progospodarcze w formie zwolnień i ulg podatkowych

Zwolnienia i ulgi podatkowe często są wykorzystywane do pobudzenia rozwoju działalności gospodarczej. Szczególne miejsce zajmują wśród nich zwolnienia i ulgi inwestycyjne.

W polskim prawie podatkowym istniały zwolnienia i ulgi inwestycyjne adresowane do ogółu przedsiębiorstw ponoszących wydatki inwestycyjne, podlegających podatkowi dochodowemu. Obowiązywały one w latach 1995–2000. Wówczas przedsiębiorstwo ponoszące wydatki inwestycyjne nie płaciło podatku dochodowego od 15–30% swojego dochodu. Zwolnienia i ulgi inwestycyjne zostały zniesione od 2001 r. i od tego momentu nie ma takich rozwiązań proinwestycyjnych w prawie podatkowym.

¹⁴ Na temat różnych form reprezentacji i reklamy i ich ujęcia w podatku dochodowym: W. Varga, *Reprezentacja i reklama w kosztach uzyskania przychodów w 2007 r.*, „Monitor Podatkowy” 2008, nr 1, s. 13–18.

W prawie podatkowym mogą istnieć również szczegółowe zwolnienia i ulgi inwestycyjne adresowane do wybranych przedsiębiorstw. Nie dotyczą one wszystkich podatników, a jedynie działających na określonych terytoriach kraju, prowadzących wyszczególniony rodzaj działalności, posiadających określoną strukturę własności lub zatrudnienia oraz rozpoczynających działalność.

Jeden rodzaj szczególnych zwolnień i ulg inwestycyjnych dotyczył przedsiębiorstw działających w gminach zagrożonych szczególnie wysokim bezrobociem strukturalnym. Ta preferencja obowiązywała w latach 1995–1998. Firmy inwestując w najsłabiej rozwiniętych regionach Polski mogły być zwolnione z podatku od 50–75% własnego dochodu.

Drugi rodzaj szczególnych zwolnień i ulg inwestycyjnych dotyczy przedsiębiorstw działających w specjalnych strefach ekonomicznych. Zwolnienie to nadal obowiązuje, zostało wprowadzone od 1995 r.¹⁵ Gruntownie zmieniono zasady korzystania z tego zwolnienia od 2001 r. Wprowadzone zmiany polegały na włączeniu specjalnych stref ekonomicznych w system pomocy przedsiębiorstwom, co było niezbędne dla przystąpienia Polski do UE¹⁶.

Przed 2001 r. były znacznie dogodniejsze warunki korzystania ze zwolnienia dla przedsiębiorstw funkcjonujących w specjalnych strefach ekonomicznych. Wówczas przedsiębiorstwo było całkowicie lub w 50% zwolnione z płacenia podatku dochodowego. Warunkiem tak znacznej preferencji było dokonanie wydatków inwestycyjnych lub zatrudnienie nowych pracowników.

Natomiast od 2001 r. przedsiębiorstwa mogą otrzymać pomoc jedynie w celu wspierania nowych inwestycji lub tworzenia nowych miejsc pracy związanych z daną inwestycją. Określona została maksymalna wielkość pomocy, która może być udzielona w stosunku do

¹⁵ Uregulowane w art. 21 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych i art. 17 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych.

¹⁶ A. Michaliszyn, A. Pośniak, *Specjalne strefy ekonomiczne po 1 maja 2004 r.*, „Przegląd Podatkowy” 2004, nr 5, s. 22–24.

poniesionych kosztów kwalifikujących się do objęcia pomocą. Owa maksymalna intensywność pomocy określona jest w wysokości 50%, z wyjątkiem obszarów Wrocławia, Krakowa i Trójmiasta, gdzie wynosi 40%, oraz Warszawy i Poznania, w których wynosi 30%. Ponadto dla sektorów wrażliwych, takich jak np. przemysł motoryzacyjny, wielkość pomocy nie może przekroczyć 15% wydatków inwestycyjnych.

Przy zwolnieniach progospodarczych należy wspomnieć o wprowadzonej od 2003 r. instytucji kredytu podatkowego¹⁷. Kredyt podatkowy polega na zwolnieniu przedsiębiorstwa z obowiązku wpłacania zaliczek na podatek dochodowy przez dany rok podatkowy, a następnie uiszczenia podatku za ten rok w ciągu kolejnych pięciu lat w jednokowej wysokości. Ma zastosowanie tylko do małych przedsiębiorców, którzy rozpoczynają działalność gospodarczą, niezależnie od formy opodatkowania ich dochodu¹⁸.

Rozwiązania progospodarcze w formie odliczeń podatkowych

Rozwiązania progospodarcze w prawie podatkowym mogą mieć również formę odliczeń określonych kwot od podstawy opodatkowania lub samego podatku. Wśród nich można wyróżnić warunki obniżania podatku należnego o podatek naliczony w podatku od towarów i usług, jak również odliczenia od dochodu oraz od podatku w podatku dochodowym. Przedsiębiorstwa, które z nich korzystają, w konsekwencji ponoszą niższy ciężar podatkowy.

Dla wszystkich przedsiębiorstw duże znaczenie mają w podatku VAT zasady odliczania podatku naliczonego. Przede wszystkim należy

¹⁷ Wynika z ustawy z 30 sierpnia 2002 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne (Dz.U. Nr 169, poz. 1384).

¹⁸ Szerzej zob.: I. Ożóg, *Kredyt podatkowy*, „Przegląd Podatkowy” 2003, nr 2, s. 10–12.

zwrócić uwagę na sposób rozliczania podatku naliczonego, związane go z zakupem samochodów osobowych¹⁹. Wysokość odliczenia podatku naliczonego od zakupu samochodów została uzależniona od tego, czy jest to samochód osobowy, czy ciężarowy. W przypadku samochodów osobowych ograniczono możliwość odliczania podatku naliczonego do 60% jego wartości, lecz nie więcej niż 6 tys. zł. Jako kryterium podziału tych dwóch rodzajów samochodów przyjęto masę całkowitą samochodu. Za samochody osobowe przyjęto te o masie całkowitej nieprzekraczającej 3,5 tony. Ponadto niektóre samochody niespełniające powyższego warunku uznawane są za samochody ciężarowe, od nich podatek może być odliczony w całości. Są to samochody typu van, wielozadaniowe, z jednym rzędem siedzeń, z otwartą częścią przeznaczoną na przewóz ładunków, do przewozu co najmniej 10 osób. Takie samochody często są wykorzystywane przy prowadzeniu działalności gospodarczej i podatek naliczony powinien być w pełni odliczany. Jednocześnie warunki, które powinny spełniać, w rzeczywistości wykluczają ich wykorzystanie na cele osobiste.

Omówione rozwiązanie obowiązuje od 22 września 2005 r.²⁰ Od 5 lipca 1993 r. – dnia wprowadzenia podatku od towarów i usług do polskiego systemu podatkowego, sposób opodatkowania samochodów zmieniał się kilkakrotnie. Natomiast wszystkie obowiązujące wówczas regulacje pozwalały w łatwy sposób uznać za samochód ciężarowy pojazd, który w rzeczywistości był samochodem osobowym. W ten sposób podatnicy najczęściej odliczali w pełni podatek naliczony od samochodów, które mogły być wykorzystywane na cele osobiste. Najbardziej absurdalne i niesprawiedliwe rozwiązanie zostało wprowadzone 1 maja 2004 r., wówczas kryterium podziału opierało się na ładowności samochodu i w konsekwencji preferowało samochody terenowe.

¹⁹ A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Samochody – ograniczenia w odliczaniu VAT*, „Przegląd Podatkowy” 2005, nr 6, s. 12–18.

²⁰ Zostało wprowadzone ustawą z 21 kwietnia 2005 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 90, poz. 756).

Należy również podkreślić, że od 1 czerwca 2005 r. do podatku VAT została wprowadzona możliwość obniżenia podatku wynikającego z niezapłaconych przez kontrahentów faktur, który wcześniej przez podatnika został zapłacony²¹. Dzięki temu przedsiębiorcy, którzy mieli niesolidnych dłużników, będą mogli odzyskać zapłacony podatek VAT i w ten sposób poprawić płynność finansową²².

Odliczenia progospodarcze są również stosowane w podatku dochodowym. Ważnym takim rozwiązaniem jest możliwość rozliczania strat. Przedsiębiorcy mogą poniesioną stratę w danym roku podatkowym rozliczać w pięciu kolejnych latach, maksymalnie 50% straty w każdym z nich. Okres pokrywania straty został wydłużony z trzech do pięciu lat od 1999 r. dla osób prawnych i od 2001 r. dla osób fizycznych²³. Możliwość rozliczania strat ma znaczenie dla rozwoju przedsiębiorstw, ponieważ sprzyja inwestycjom²⁴. Przedsiębiorca inwestując ponosi znaczne koszty, które w formie odpisów amortyzacyjnych zwiększają koszty uzyskania przychodów. Wysoka wartość odpisów amortyzacyjnych może przyczynić się do osiągnięcia straty. Zyski z inwestycji są odnotowywane w następnych latach. Dlatego podmiot musi zapewnić potrzebne środki na realizację inwestycji, ponadto nie osiąga zysku w latach ponoszenia inwestycji. Późniejsze niższe obciążenie podatkiem – dzięki rozliczeniu straty – obniża poniesione koszty inwestycji. Pozwala firmie uzyskać wyższy dochód i poprawić płynność finansową²⁵.

Należy również zwrócić uwagę, że od 1 stycznia 2006 r. zostało wprowadzone w podatku dochodowym nowe odliczenie od dochodu,

²¹ Obowiązuje na mocy wyżej przedstawionej nowelizacji ustawy o podatku od towarów i usług.

²² T. Matyka, A. Andrusiuk, *Rozliczenie podatku VAT w odniesieniu do wierzytelności nieściągalnych*, „Przegląd Podatkowy” 2006, nr 7, s. 24–28.

²³ Ustawa z 20 listopada 1998 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. Nr 144, poz. 931) i ustawa z 9 listopada 2000 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz o zmianie innych ustaw (Dz.U. Nr 104, poz. 1104).

²⁴ M. Jamróży, S. Kudert, *Rozliczanie strat a optymalizacja podatkowa*, „Przegląd Podatkowy” 2004, nr 11, s. 28–32.

²⁵ R. Wolański, *Opodatkowanie małych i średnich przedsiębiorstw*, Warszawa 2002, s. 244.

polegające na możliwości odliczenia wydatków na nabycie nowych technologii²⁶. Przedsiębiorstwa mogą odliczyć od dochodu do 50% wydatków poniesionych na nabycie nowych technologii, w zależności od wielkości przedsiębiorstwa. Rozwiązanie to powinno przyczynić się do wzrostu inwestycji prowadzonych przez firmy, w ten sposób zwiększyć się konkurencyjność całej gospodarki.

Rozwiązania progospodarcze w formie uproszczeń w poborze podatku

Zasady poboru podatku w zależności od stopnia skomplikowania oddziałują pozytywnie lub negatywnie na prowadzenie działalności gospodarczej. Uproszczenia w poborze podatków oznaczają mniejszą ilość składanych deklaracji i zeznań podatkowych, prostszy sposób obliczania zaliczek na podatek oraz samego podatku. Dzięki temu przedsiębiorcy oszczędzają czas i pieniądze, wykorzystują je na własne cele.

Takim rozwiązaniem jest możliwość wpłacania zaliczek na podatek dochodowy w sposób uproszczony²⁷. Przedsiębiorcy mogą od 2003 r., bez obowiązku składania deklaracji miesięcznych, wpłacać zaliczki miesięczne w danym roku podatkowym w uproszczonej formie w wysokości 1/12 podatku należnego wykazanego w zeznaniu z roku poprzedzającego dany rok podatkowy. Jeżeli w tym zeznaniu podatnicy nie wykazali podatku należnego, mogą wpłacać zaliczki miesięczne w wysokości 1/12 podatku należnego, wynikającego z zeznania złożonego w roku poprzedzającym dany rok podatkowy o dwa lata. Jeżeli również w tym roku podatnicy nie wykazali podatku należnego, nie są możliwe wpłaty zaliczek w tej formie.

²⁶ Ustawa z 29 lipca 2005 r. o niektórych formach wspierania działalności innowacyjnej (Dz.U. Nr 179, poz. 1484 z późn. zm.).

²⁷ Ustawa z 27 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. Nr 141, poz. 1179) i ustawa z 27 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 141, poz. 1182).

Kolejnym rozwiązaniem upraszczającym pobór podatku jest możliwość kwartalnego wpłacania zaliczek na podatek. Rozwiązanie takie w podatku VAT oraz ryczałcie od przychodów ewidencjonowanych wprowadzono od 2003 r., a w podatku dochodowym od 2007 r. Jest ono dostępne tylko dla mniejszych przedsiębiorstw.

Rozwiązaniem o tym charakterze jest też zniesienie od 2007 r. obowiązku składania miesięcznych deklaracji na podatek dochodowy. Należy tylko składać roczne zeznanie.

Ocena zmian w prawie podatkowym o charakterze progospodarczym

Wyżej przedstawiona analiza zmian w prawie podatkowym o charakterze progospodarczym pozwala na dokonanie oceny zasadności i przesłanek ich wprowadzania. Na jej podstawie można przedstawić następujące wnioski.

1. Analiza rozwiązań progospodarczych w prawie podatkowym w latach 1995–2007 wskazuje, iż podlegają one znacznym zmianom. Znaczna zmienność prawa podatkowego dotyka również uregulowań istotnych dla gospodarki. Ponadto trudno doszukać się w tych zmianach myśli przewodniej – są one wielokierunkowe, często ze sobą sprzeczne, realizujące różne cele. Dobitym przykładem takiego postępowania są uregulowania poświęcone definiowaniu samochodu osobowego i rozliczaniu jego nabycia w podatku od towarów i usług.

2. W wyniku przeprowadzonej analizy można zauważyć różne kierunki zmian o charakterze progospodarczym w prawie podatkowym. Jednocześnie są wprowadzane zarówno zmiany zwiększające, jak i zmniejszające zakres preferencji dla przedsiębiorców. Przykładem takich działań mogą być zmiany dotyczące ryczałtów, które rozszerzają, a następnie ograniczają podmiotowy zakres ich zastosowania.

3. Wśród przedstawionych rozwiązań progospodarczych niewiele jest uregulowań proinwestycyjnych adresowanych do ogółu przedsię-

biorstw. Jest to tylko przyspieszona amortyzacja podatkowa oraz odliczenie z tytułu nabycia nowych technologii. Zniesione zostały zwolnienia i ulgi inwestycyjne adresowanych dla wszystkich przedsiębiorców. W ich miejsce nie powstały żadne preferencje zachęcające do inwestycji.

4. Bardziej preferencyjnie traktowane są mniejsze przedsiębiorstwa. Sektor małych i średnich przedsiębiorstw może liczyć na większe udogodnienia w porównaniu z dużymi firmami, szczególnie w odniesieniu do uproszczonych form opodatkowania i prostszego rozliczania się z podatku. Wiele rozwiązań progospodarczych mogą stosować tylko niewielkie podmioty, np. kredyt podatkowy.

5. Wprowadzane zmiany wskazują na tendencję do upraszczania poboru podatków. Świadczy o tym możliwość rozliczania podatku w okresach kwartalnych w miejsce miesięcznych (podatek dochodowy, podatek VAT, ryczałt od przychodów ewidencjonowanych) oraz zniesienie obowiązku składania deklaracji dotyczących zaliczek (podatek dochodowy).

Podsumowanie

Podatki są jednym z instrumentów wykorzystywanych do pobudzenia rozwoju gospodarczego w kraju. Służą temu preferencje podatkowe zachęcające do rozwoju działalności gospodarczej. W tym kontekście duże znaczenie przypisuje się warunkom dokonywania amortyzacji podatkowej, sposobie rozliczania strat, możliwości korzystania z odliczeń bądź zwolnień o charakterze inwestycyjnym. W polskim prawie podatkowym w tej materii w ostatnich dziesięciu latach doszło do wielu zmian, zarówno korzystnych, jak i niekorzystnych dla przedsiębiorców. Należy tutaj przede wszystkim wymienić zlikwidowanie ulg inwestycyjnych, rozszerzenie zakresu rozliczania strat, wprowadzenie kredytu podatkowego. Wiele zmian dotyczyło amortyzacji podatkowej. Wiele z tych rozwiązań jest adresowanych do małych i średnich przedsiębiorstw i ma służyć rozwojowi przede wszystkim tej grupy firm.

Bibliografia

A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Samochody – ograniczenia w odliczaniu VAT*, „Przegląd Podatkowy” 2005, nr 6.

T. Dębowska-Romanowska, *Ryczałt jako instytucja formalnego i materialnego prawa podatkowego*, [w:] *System podatkowy. Zagadnienia teoretycznoprawne*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica” 1992, nr 54.

S. Dolata, *Podstawy wiedzy o podatkach i polskim systemie podatkowym*, Opole 1999.

P. Gaudemet, J. Molinier, *Finanse publiczne*, Warszawa 2000.

J. Głuchowski, *Polskie prawo podatkowe*, Warszawa 2004.

A. Gomułowicz, J. Małecki, *Podatki i prawo podatkowe*, Warszawa 2006.

M. Jamróży, S. Kudert, *Rozliczanie strat a optymalizacja podatkowa*, „Przegląd Podatkowy” 2004, nr 11.

A. Majchrzycka-Guzowska, *Finanse i prawo finansowe*, Warszawa 2004.

T. Matyka, A. Andrusiuk, *Rozliczenie podatku VAT w odniesieniu do wierzytelności nieściągalnych*, „Przegląd Podatkowy” 2006, nr 7.

A. Michaliszyn, A. Pośniak, *Specjalne strefy ekonomiczne po 1 maja 2004 r.*, „Przegląd Podatkowy” 2004, nr 5.

S. Owsiak, *Finanse publiczne*, Warszawa 2005.

I. Ożóg, *Kredyt podatkowy*, „Przegląd Podatkowy” 2003, nr 2.

W. Varga, *Reprezentacja i reklama w kosztach uzyskania przychodów w 2007 r.*, „Monitor Podatkowy” 2008, nr 1.

M. Weralski, *Finanse publiczne i prawo finansowe*, Warszawa 1984.

R. Wolański, *Opodatkowanie małych i średnich przedsiębiorstw*, Warszawa 2002.

Summary

There were many changes in Polish tax law concerning income solutions in the last ten years. They had positive as well as negative consequences for enterprises. There are the following examples of them: elimination of investment tax relief, broadening account loss, introducing tax credit. Many changes concerned tax amortization. Only a few of these solutions are addressed for all enterprises. The main preferences are for small and medium ones.

Wojciech Fill

Sprzedaż wysyłkowa w podatku od towarów i usług na tle dyrektywy Rady z 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej

1. Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą zobowiązał Radę Wspólnot Europejskich do uchwalania przepisów dotyczących harmonizacji ustawodawstwa odnoszącego się do podatków obrotowych, akcyzy i innych podatków pośrednich w zakresie, w jakim harmonizacja ta jest niezbędna do ustanowienia i funkcjonowania rynku wewnętrznego¹. Efektem działalności legislacyjnej Rady, realizującym najszerzej dyspozycje art. 99 i 100 Traktatu stała się VI Dyrektywa Rady z 17 maja 1977 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstwa państw członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych

¹ Obecnie przepisy dotyczące harmonizacji ustawodawstw odnoszących się do podatków obrotowych, akcyzy i innych podatków pośrednich jednomyślnie uchwała Rada Unii Europejskiej na wniosek Komisji i po konsultacji z Parlamentem Europejskim oraz Komitetem Ekonomiczno-Społecznym.

– wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednolicona podstawa wymiaru podatku². Dyrektywa ta była wielokrotnie zmieniana, co doprowadziło do zmniejszenia przejrzystości dokumentu. Toteż w celu jasnego i spójnego przedstawienia przedmiotu jej regulacji, z dniem 1 stycznia 2007 r. wprowadzono do obiegu prawnego Dyrektywę Rady nr 112 z 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej³. Dyrektywa ta przekształciła przede wszystkim strukturę redakcyjną przepisów VI Dyrektywy nie powodując istotniejszych zmian merytorycznych w istniejącym prawodawstwie.

Analizując *ratio legis* rozwiązań wspólnotowych odnoszących się do podatków pośrednich – w szczególności do podatku od wartości dodanej – trzeba podkreślić, że mają one służyć zachowaniu neutralności podatkowej w handlu między państwami członkowskimi⁴. Docelowy poziom ujednolicenia podatku od wartości dodanej powinien bowiem umożliwić podatnikom odliczanie podatku naliczonego od towarów i usług nabytych w jednym państwie członkowskim od podatku należnego w innym państwie członkowskim⁵. Przy obecnym poziomie harmonizacji możliwość taka praktycznie nie istnieje, z uwagi na różny poziom stawek podstawowych stosowanych przy nabywaniu takich samych towarów i usług w różnych krajach członkowskich⁶. Możliwość swobodnego

² Dz.Urz. WE L 145, zwana dalej VI Dyrektywą.

³ Dz.Urz. WE L 347, zwana dalej Dyrektywą z 28 listopada 2006 r.

⁴ Por.: VI Dyrektywa VAT, red. K. Sachs, Warszawa 2004, s. XIII; K. Wach, *Systemy podatkowe krajów Unii Europejskiej*, Kraków 2006, s. 30.

⁵ U podstaw harmonizacji podatku od wartości dodanej znajduje się założenie, że modelem docelowym (tzw. *definitive VAT system*) będzie opodatkowanie transakcji wewnątrzwspólnotowych na zasadach analogicznych do dostaw krajowych, tzn. podatek byłby naliczany przez dostawcę w kraju dostawy (VI Dyrektywa VAT..., s. 278).

⁶ Zgodnie z przepisami art. 98 ust. 1 Dyrektywy z 28 listopada 2006 r. państwa członkowskie mogą ustalać jedną lub dwie stawki obniżone w podatku od wartości dodanej. Stawki te nie mogą być niższe niż 5% podstawy opodatkowania, a stosować je wolno wyłącznie w stosunku do dostaw towarów i świadczenia usług wskazanych w załączniku nr 3 Dyrektywy. Z punktu widzenia dochodów budżetowych państw członkowskich regulacja ta rodzić może skutki dwojakiego rodzaju. Po pierwsze, zastosowanie obniżonych stawek podatkowych zmniejsza wpływy budżetowe. Po drugie, pozwala państwu na prowadzenie aktywnej polityki podatkowej. Państwo korzystając z możliwości obniżenia stawki może wpływać na wzrost popytu konsumentów stymulując

odliczania podatku naliczonego w dowolnym państwie Unii, od podatku należnego w każdym innym państwie członkowskim, spowodowałaby obecnie zachwianie zasad równej konkurencji. Przedsiębiorcy nabywaliby towary w krajach, w których obowiązują najwyższe stawki podatku, a sprzedawaliby swoje towary w państwach gdzie stawki są najniższe⁷. Skutki takich działań obciążałyby budżety państw członkowskich, zobowiązanych Dyrektywą z 28 listopada 2006 r. do zwrotu różnicy między podatkiem należnym a naliczonym, gdyż kwota podatku naliczonego przekraczałaby zazwyczaj kwotę podatku należnego⁸. A zatem, państwo stosujące niską stawkę podatkową nie tylko nie uzyskiwałoby dochodów z podatku od wartości dodanej, ale dodatkowo musiałoby dokonywać zwrotów nadwyżki podatku naliczonego. Rozwiązanie takie byłoby w ogóle sprzeczne z istotą podatku⁹.

W celu zapobieżenia powyższemu zjawiskom, do czasu ujednolicenia stawek podatku od wartości dodanej, Dyrektywa 28 listopada 2006 r. przewiduje możliwość przesunięcia miejsca świadczenia na terytorium innego państwa członkowskiego, niż faktyczne miejsce dostawy lub świadczenia usługi. Przede wszystkim jednak, wraz z wprowadzeniem wewnętrznego rynku, zakres przedmiotowy podatku od wartości dodanej we wszystkich państwach członkowskich rozszerzono

jednocześnie rozwój określonej branży przemysłu. Do odwrotnych efektów będzie prowadziło objęcie określonych towarów lub usług stawką podstawową lub podwyższoną. Zwiększą się wówczas wpływy budżetowe, ale zmniejszy popyt na określone towary lub usługi. Jak wskazują przykłady większości państw członkowskich, w tym Polski, minimalna, 15% stawka podstawowa podatku od wartości dodanej zastosowanie znajduje wyjątkowo. Podstawową przyczyną takiego stanu rzeczy jest konieczność zagwarantowania sobie przez państwa członkowskie odpowiedniego poziomu dochodów budżetowych.

⁷ W celu wyeliminowania sytuacji, w której podatnicy odnosiliby korzyści wynikające ze zróżnicowanego poziomu stawek obowiązujących w poszczególnych państwach członkowskich zdecydowano, że w okresie poprzedzającym zrównanie stawek podatek będzie ustalany według stawki obowiązującej w kraju przeznaczenia (VI Dyrektywa VAT..., s. 278; por.: *Prawo podatkowe przedsiębiorców*, t. 2, red. H. Litwińczuk, Warszawa 2006, s. 117–118).

⁸ VI Dyrektywa VAT..., s. 280.

⁹ Do równie negatywnych skutków budżetowych dla poszczególnych państw członkowskich doszłoby w wyniku masowego nabywania przez obywateli niebędących podatnikami, towarów w innych państwach – z uwagi na niższą niż krajowa – cenę brutto.

o wewnątrzwspólnotową dostawę towaru oraz o wewnątrzwspólnotowe nabycie towaru¹⁰. Warto podkreślić, że dokonując transpozycji instytucji wewnątrzwspólnotowej dostawy oraz wewnątrzwspólnotowego nabycia do polskiego systemu prawa podatkowego ustawodawca zdecydował się na wyodrębnienie instytucji tzw. sprzedaży wysyłkowej.

2. Zgodnie z definicją zawartą w art. 20 ust. 1 Dyrektywy 28 listopada 2006 r. przez wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów należy rozumieć nabycie prawa do rozporządzania jako właściciel rzeczowym majątkiem ruchomym, wysyłanym lub transportowanym do nabywcy przez sprzedawcę, nabywcę lub na ich rzecz, do miejsca przeznaczenia w państwie członkowskim innym niż państwo członkowskie, rozpoczęcia wysyłki lub transportu towarów¹¹. Wewnątrzwspólnotowemu nabyciu odpowiada po stronie podatnika podatek od wartości dodanej, będącego zbywcą towaru, czynność wewnątrzwspólnotowej dostawy towaru. Z punktu widzenia dochodów budżetowych państwa, zastosowanie instytucji wewnątrzwspólnotowej dostawy towarów nie powoduje konieczności odprowadzenia podatku, bowiem wówczas zastosowanie znajduje stawka 0%, ewentualnie zwolnienie z podatku z prawem do odliczenia podatku naliczonego¹². Również stwierdzenie przez nabywcę towaru, że doszło do wewnątrzwspólnotowego nabycia, w sytuacji gdy odliczenie podatku naliczonego następuje w rozliczeniu za okres, w którym powstał obowiązek podatkowy w podatku należnym, oznacza w praktyce, że kwota należnego do uiszczenia podatku wynosi zero. A zatem także wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów

¹⁰ Por.: *Prawo podatkowe Wspólnoty Europejskiej*, red. B. Brzeziński, M. Kalinowski, Gdańsk 2006, s. 107. Przepisy art. 28a–28n dotyczące wewnątrzwspólnotowej dostawy oraz wewnątrzwspólnotowego nabycia zostały wprowadzone do VI Dyrektywy 20 stycznia 1992 r.

¹¹ Definicja wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów zawarta w art. 9 ust. 1 ustawy z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.), odpowiada zarówno definicji określonej w art. 28a akapit trzeci VI Dyrektywy, jak i definicji wyrażonej w art. 20 ust. 1 Dyrektywy 28 listopada 2006 r.

¹² Por.: *Prawo podatkowe...*, t. 2, s. 125; R. Mastalski, *Prawo podatkowe*, Warszawa 2006, s. 500; A. Gomułowicz, J. Małecki, *Podatki i prawo podatkowe*, Warszawa 2006, s. 541.

nie powoduje zasadniczo konieczności wpłaty podatku na rzecz odpowiedniego budżetu¹³.

Podkreślić należy, że z dokonywaniem czynności wewnątrzwspólnotowego nabycia oraz wewnątrzwspólnotowej dostawy wiąże się szereg czynności administracyjnych, których koszt obciąża zarówno przedsiębiorców, jak i budżety państw członkowskich. Każdy przedsiębiorca dokonujący omawianych czynności musi bowiem uzyskać status „podatnika wspólnotowego”, zwanego normatywnie podatnikiem VAT UE¹⁴. Zobowiązany jest również do wypełniania szczególnych obowiązków sprawozdawczych, zarówno dla celów statystycznych, jak i podatkowych¹⁵. Uzyskane w ten sposób dane stanowią m.in. podstawę funkcjonowania systemu wymiany informacji o podatnikach i dokonywanych transakcjach wewnątrzwspólnotowych (*VAT Information Exchange System*). Przetwarzanie danych finansowane jest z budżetu. Budżet obciążają również koszty analizy poprawności sporządzanych przez przedsiębiorców sprawozdań oraz ewentualnych postępowań kontrolnych oraz sprawdzających w omawianym zakresie¹⁶.

¹³ Zgodnie z art. 86 ust. 10 pkt 2 ustawy o podatku od towarów i usług uprawnienie do obniżenia kwoty podatku należnego w rozliczeniu za okres, w którym powstał obowiązek podatkowy w podatku należnym u nabywcy dotyczy również importu usług oraz dostawy towarów, dla której podatnikiem jest nabywca. Omawiane rozwiązanie dotyczy jednak jedynie sytuacji, w których podatnikowi przysługuje prawo do odliczenia pełnej kwoty podatku naliczonego.

¹⁴ Zgodnie z art. 97 ust. 4 ustawy o podatku od towarów i usług, naczelnik urzędu skarbowego rejestruje podmiot zawiadamiający o zamiarze wykonywania czynności wewnątrzwspólnotowej dostawy lub wewnątrzwspólnotowego nabycia jako podatnika VAT UE.

¹⁵ Art. 100 ustawy o podatku od towarów i usług nakłada na podatników dokonujących wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów lub wewnątrzwspólnotowej dostawy towarów obowiązek składania tzw. informacji podsumowujących o dokonanych nabyciach i dostawach. Odrębne przepisy określają wymogi dotyczą składania deklaracji statystycznych Intrastat.

¹⁶ Można wskazać jednak również regulacje umożliwiające gromadzenie przez państwo za pośrednictwem urzędów skarbowych środków finansowych w postaci tzw. kaucji gwarancyjnej (zob. § 2 Rozporządzenia Ministra Finansów z 7 kwietnia 2004 r. w sprawie określania trybu przyjmowania kaucji oraz określania form zabezpieczenia majątkowego, Dz.U. Nr 58, poz. 560). Zgodnie z art. 97 ust. 5 i 7 ustawy o podatku od towarów i usług, jeżeli podatnik złoży kaucję gwarancyjną, zabezpieczenie majątkowe lub gwarancje bankowe na kwotę 250 tys. zł, wówczas termin zwrotu nadwyżki podatku naliczonego zostanie ograniczony z 180 dni do 60 dni. Warto również zauważyć, że w sytuacji, gdy podatnik nie dokona odliczenia podatku naliczonego w rozliczeniu za okres,

Na tle rozwiązań dotyczących wewnątrzwspólnotowego nabycia oraz wewnątrzwspólnotowej dostawy rozważyć należy instytucję sprzedaży wysyłkowej. Analiza ustawy o podatku od towarów i usług pozwala na wyodrębnienie w ramach omawianej instytucji, sprzedaży wysyłkowej z terytorium kraju oraz sprzedaży wysyłkowej na terytorium kraju. Zgodnie z art. 2 pkt 23 ustawy o podatku od towarów i usług, sprzedażą wysyłkową z terytorium kraju jest dostawa towarów wysyłanych lub transportowanych przez podatnika podatku od towarów i usług lub na jego rzecz z terytorium kraju na terytorium państwa członkowskiego inne niż terytorium kraju, które jest państwem przeznaczenia dla wysyłanego lub transportowanego towaru, pod warunkiem, że dostawa dokonywana jest na rzecz podatnika podatku od wartości dodanej lub osoby prawnej niebędącej podatnikiem podatku od wartości dodanej, które nie mają obowiązku rozliczania wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów lub na rzecz innego podmiotu niebędącego podatnikiem podatku od wartości dodanej.

Przez zdefiniowaną w art. 2 pkt 24 ustawy o podatku od towarów i usług sprzedaż wysyłkową na terytorium kraju należy rozumieć sytuację odwrotną, w której dostawa towarów wysyłanych lub transportowanych przez podatnika podatku od wartości dodanej lub na jego rzecz jest dokonywana z terytorium państwa członkowskiego innego niż terytorium kraju, które jest państwem przeznaczenia dla wysyłanego lub transportowanego towaru, pod warunkiem, że dostawa jest dokonywana na rzecz podatnika lub osoby prawnej niebędącej podatnikiem podatku od wartości dodanej, które nie mają obowiązku rozliczania wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów lub na rzecz innego podmiotu niebędącego podatnikiem podatku od wartości dodanej

w którym powstał obowiązek podatkowy w podatku należnym, oznacza w praktyce możliwość czerpania przez państwo przychodów w postaci odsetek do momentu dokonania przez podatnika stosownego rozliczenia. Uzależnienie ograniczenia okresu zwrotu nadwyżki podatku naliczonego od złożenia kaucji gwarancyjnej, jak się wydaje, należy uznać za rozwiązanie niezgodne z VI Dyrektywą. Jej przepisy nie przewidują bowiem szczególnych warunków zwrotu podatku w przypadku obrotu wewnątrzwspólnotowego. Rozwiązanie to narusza również art. 32 Konstytucji RP z uwagi na naruszenie zasady równości opodatkowania podatników posiadających taki sam status prawny. Por.: T. Michalik, *VAT. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 633.

i niemającego obowiązku rozliczania wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów.

Należy zaznaczyć, że przedstawione powyżej ujęcie normatywne instytucji sprzedaży wysyłkowej może budzić pewne wątpliwości w procesie dokonywania wykładni językowej. Przede wszystkim niezręczna i obca przepisom prawa wspólnotowego wydaje się sama nazwa instytucji, gdyż kojarzy się z pojęciem sprzedaży w rozumieniu cywilistycznym. W świetle pojęcia sprzedaży, zdefiniowanego w ustawie o podatku od towarów i usług odrębnie od pojęć sprzedaży wysyłkowej z terytorium kraju oraz sprzedaży wysyłkowej na terytorium kraju, skojarzenie to okazuje się całkowicie nieuzasadnione. Zgodnie z art. 2 pkt 22 ustawy o podatku od towarów i usług, przez sprzedaż rozumie się odpłatną dostawę towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju, eksport towarów oraz wewnątrzwspólnotową dostawę towarów. Istotą zarówno eksportu towarów, jak i wewnątrzwspólnotowej dostawy towarów, jest wywóz towarów poza granice kraju w wykonaniu czynności dostawy. Przez dostawę towarów rozumieć należy przeniesienie prawa do dysponowania towarem jak właściciel. Prowadzi to do wniosku, że pojęcie sprzedaży w rozumieniu cywilistycznym zawiera się w zakresie znaczeniowym pojęcia dostawy, przyjętym dla potrzeb podatku od towarów i usług. Z kolei pojęcie sprzedaży w rozumieniu podatku od towarów i usług odnosi się do dokonywania odpłatnej dostawy towarów, bez względu na podstawę prawną przeniesienia posiadania rzeczy i w związku z tym nie może być utożsamiane z pojęciem sprzedaży na gruncie prawa cywilnego.

Wzajemne zależności między wskazanymi pojęciami dodatkowo komplikuje fakt, że instytucja sprzedaży wysyłkowej stanowi *sui generis* odpłatną dostawę towaru, której podstawą niekoniecznie musi być przeniesienie prawa własności. Można bowiem wskazać sytuację, w której towar jest transportowany do nabywcy nie obowiązanej do opodatkowania nabycia tego towaru jako wewnątrzwspólnotowego nabycia, zaś podstawę wywozu towaru z kraju oraz wydania towaru stanowi umowa najmu lub dzierżawy.

Poszukując uzasadnienia dla niefortunnego doboru określeń użytych przez ustawodawcę w zakresie czynności podlegających opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług, warto zauważyć, że ustawodawca konstruując pojęcie sprzedaży wysyłkowej oparł się na potocznym określeniu „sprzedaż wysyłkowa”, rozumianym powszechnie jako dokonywanie zakupów poprzez składanie zamówień np. listownie, telefonicznie lub e-mailem¹⁷. Równocześnie wydaje się, że wprowadzenie do ustawy o podatku od towarów i usług pojęcia sprzedaży w rozumieniu innym niż na gruncie prawa cywilnego, miało służyć uproszczeniom w postaci zwięzłego, zbiorczego ujęcia niektórych czynności podlegających opodatkowaniu¹⁸. Tym bardziej, że ujęcie takie ma już pewną tradycję historyczną na gruncie regulacji podatku od towarów i usług. Wydaje się również, że zamieszanie terminologiczne spowodowane przecinającymi się zakresami znaczeniowymi pojęć sprzedaż wysyłkowa oraz dostawa, w szczególności znajdującemu swój wyraz w definicji sprzedaży wysyłkowej, może powodować również samo określenie „dostawa”. Budzi ono skojarzenia z umową dostawy uregulowaną przepisami prawa cywilnego, choć w żaden sposób nie może być z nią utożsamiane.

Warto zauważyć, że prawodawcy wspólnotowemu, z uwagi na przyjętą metodę regulacji prawnej, udało się uniknąć niejednoznaczności terminologicznych, które niestety występują w przepisach ustawy o podatku od towarów i usług dotyczących sprzedaży wysyłkowej. Na gruncie Dyrektywy w 28 listopada 2006 r. warunki oraz zasady dokonywania dostaw na rzecz podmiotów, u których wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów nie podlega podatkowi od wartości dodanej, zostały określone w artykule 33 ust. 1 wprowadzającym wyjątek od zasady wyrażonej w art. 32, zgodnie z którą w przypadku towarów wysyłanych lub transportowanych przez dostawcę lub nabywcę lub też osobę trzecią, za miejsce dostawy uznaje się miejsce, w którym znajdują się towary w momencie rozpoczęcia wysyłki lub transportu towarów do

¹⁷ J. Zubrzycki, *Leksykon VAT 2006*, t. 1, Wrocław 2006, s. 280.

¹⁸ T. Michalik, *VAT. Komentarz...*, s. 43.

nabywcy. Wyjątek ten polega na uznaniu za miejsce dostawy towarów wysyłanych lub transportowanych przez dostawcę lub na jego rzecz z państwa członkowskiego innego niż państwo członkowskie zakończenia wysyłki, miejsca, w którym towar znajduje się w momencie zakończenia wysyłki lub transportu do nabywcy.

Powyższy sposób regulacji nie zawiera legalnej definicji analizowanej postaci dostawy, poprzestając na szczególnej regulacji miejsca opodatkowania dostaw omawianego rodzaju. Można w związku z tym sądzić, że dla prawidłowego funkcjonowania unormowanej w ustawie o podatku od towarów i usług instytucji sprzedaży wysyłkowej, nie było konieczne przyjęcie definicji legalnej sprzedaży wysyłkowej, skoro nie zawierają jej *expressis verbis* również przepisy Dyrektywy z 28 listopada 2006 r. oraz przepisy poprzedzającej jej VI Dyrektywy. Wydaje się również, że ustawodawca polski nadmiernie rozbudował instytucję sprzedaży wysyłkowej normując ją w dwóch postaciach – sprzedaży wysyłkowej z terytorium kraju i sprzedaży wysyłkowej na terytorium kraju – skoro stanowią one swoje lustrzane odbicie¹⁹.

Warto zaznaczyć, że szczególna regulacja miejsca dostawy sprzedaży wysyłkowej powoduje konieczność odprowadzenia podatku należnego z tytułu dostawy do budżetu państwa przeznaczenia towarów wysyłanych. Tym samym, jeżeli towar jest wysyłany z terytorium Polski na terytorium innego państwa członkowskiego, polski podatnik podatku od towarów i usług będzie zobowiązany do uiszczenia podatku należnego na rzecz budżetu innego państwa członkowskiego. W praktyce rozwiązanie to oznacza dla podatników konieczność dokonania rejestracji dla celów podatku od wartości dodanej w kraju przeznaczenia towarów wysyłanych oraz stosowanie przepisów podatkowych tego państwa, włącznie z wymogiem odprowadzenia nadwyżki podatku należnego na rzecz budżetu kraju przeznaczenia towarów wysyłanych. Istotny wyjątek w tym zakresie wprowadza przepis art. 34

¹⁹ Polski ustawodawca zagadnienie miejsca świadczenia przy dokonywaniu tzw. sprzedaży wysyłkowej z terytorium kraju i na terytorium kraju, ujął w dwóch regulacjach artykułów 23 i 24, ustawy o podatku od towarów i usług.

ust. 1, lit. c Dyrektywy z 28 listopada 2006 r., zgodnie z którym dostawę towarów uznaje się za dokonaną w państwie członkowskim rozpoczęcia transportu lub wysyłki towarów, jeżeli całkowita wartość, z wyłączeniem VAT, dostarczanych towarów nie przekracza kwoty 100 000 euro lub równowartości tej kwoty w walucie krajowej w danym roku kalendarzowym lub w roku poprzednim.

Jeśli jednak państwo członkowskie, na terytorium którego towary znajdują się w momencie zakończenia ich wysyłki lub transportu do nabywcy, obawia się, że próg 100 000 euro mógłby prowadzić do poważnych zakłóceń konkurencji, wówczas może ograniczyć próg do kwoty 35 000 euro²⁰. Z tej możliwości skorzystał m.in. polski ustawodawca. Zgodnie z art. 24 ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług sprzedaż wysyłkowa z terytorium kraju jest uznawana za dokonaną na terytorium kraju, jeżeli całkowita wartość towarów netto wysyłanych lub transportowanych do tego samego państwa członkowskiego jest mniejsza lub równa od równowartości kwoty 35 000 euro. Skutki ekonomiczne wprowadzenia ograniczenia kwotowego do wewnętrznego porządku prawnego państwa członkowskiego podlegają monitorowaniu przez Komisję, zobowiązaną do składania Radzie Unii Europejskiej sprawozdań w tej sprawie.

Interesującą cechą wskazanego rozwiązania stanowi pozostawienie podatnikom przez Dyrektywę z 28 listopada 2006 r., w ramach wskazanych limitów kwotowych, możliwości wyboru państwa opodatkowania sprzedaży wysyłkowej²¹. Jeżeli zatem podatnik dokonujący sprzedaży wysyłkowej z terytorium Polski uzna za miejsce dokonania dostawy Polskę, to podatek obciąży konsumentów w innym kraju członkowskim, zaś nadwyżka podatku należnego nad naliczonym zasilą polski

²⁰ Zainteresowane obniżeniem progu kwotowego państwa członkowskie są obowiązane do szczegółowego unormowania zasad korzystania z wskazanej możliwości (art. 34 ust. 2 Dyrektywy z 28 listopada 2006 r.).

²¹ Zgodnie z art. 34 ust. 4 Dyrektywy z 28 listopada 2006 r. państwo członkowskie, na terytorium którego znajdują się towary w momencie rozpoczęcia ich wysyłki lub transportu, przyznaje podatnikom dokonującym sprzedaży wysyłkowej prawo wyboru miejsca opodatkowania w ramach przyjętego limitu kwotowego.

budżet. Stanie się tak dlatego, że polski podatnik dokonujący dostawy na rzecz niebędącego podatnikiem podatku od wartości dodanej obywatela innego państwa członkowskiego, będzie zobowiązany do wystawienia faktury VAT z wykazaną polską stawką podatku.

Warto jednocześnie zauważyć, że Dyrektywa z 28 listopada 2006 r. wskazuje rodzaje towarów, w przypadku których miejsce dostawy określa odrębne przepisy. Z uwagi na wartość dostaw towarów determinującą miejsce transakcji wyodrębniono, zarówno w regulacji wspólnotowej, jak i w ustawie o podatku od towarów i usług, dostawy wyrobów akcyzowych zharmonizowanych. Będą one opodatkowane zawsze w państwie członkowskim, w którym towary znajdują się w momencie zakończenia wysyłki. A zatem w przypadku sprzedaży wysyłkowej wyrobów akcyzowych nie istnieje prawo podatników do wyboru państwa miejsca dostawy.

Podobną zasadę określania miejsca transakcji przyjęto w przypadku dostaw nowych środków transportu. Jeżeli dostarczane towary są nowymi środkami transportu wówczas, nawet jeżeli nabywcą jest podmiot niebędący podatnikiem podatku od wartości dodanej, zawsze ma miejsce wewnątrzwspólnotowe nabycie. Regulacja ta, w odróżnieniu od sprzedaży wysyłkowej wyrobów akcyzowych zharmonizowanych nakłada zatem na nabywcę obowiązek samoobliczenia podatku od towarów i usług, zaś konstrukcja sprzedaży wysyłkowej nie znajdzie zastosowania. Za sprzedaż wysyłkową nie uznaje się również dostaw towarów, które są instalowane lub montowane przez dokonującego ich dostawy.

Rozwiązania te wydają się zrozumiałe z uwagi na konieczność zachowania właściwej proporcji między swobodą przepływu towarów a odpowiednim poziomem wpływów budżetowych państw członkowskich.

3. Jak można zauważyć, istotną rolę w harmonizacji opodatkowania wewnątrzwspólnotowego obrotu towarowego odgrywa precyzyjne i obowiązujące w jednakowej postaci we wszystkich państwach człon-

kowskich określenie miejsca świadczenia – zgodnie z zasadą terytorialności. Niesie ona ze sobą wymóg opodatkowania tylko tych czynności, które są dokonywane na terytorium danego państwa. Warto jednak zauważyć, że o miejscu świadczenia mogą przesądzać również inne przesłanki niż faktyczne miejsce wykonania danej czynności. Zarówno w przypadku świadczenia wielu usług, jak i w przypadku wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów następuje przesunięcie miejsca świadczenia do państwa nabywcy usługi lub towaru. Przeniesienie miejsca opodatkowania do kraju faktycznej konsumpcji umożliwia z jednej strony zachowanie zasad wolnej konkurencji w obrocie wewnątrzwspólnotowym, z drugiej zaś prowadzi do racjonalnego i sprawiedliwego podziału dochodów z podatków pośrednich między budżety państw członkowskich.

Jednak stosowanie wskazanych rozwiązań prawnych w znaczący sposób podnosi koszty funkcjonowania administracji podatkowej państw członkowskich. Pomimo to koszty te wydają się być uzasadnioną ceną za możliwości zapewnienia swobodnego przepływu towarów w sytuacji braku jednolitych stawek podstawowych podatku od wartości dodanej.

Analizując skutki budżetowe funkcjonowania wspólnotowych rozwiązań w zakresie podatków pośrednich można wskazać regulacje prawne wpływające na zmniejszenie wpływów budżetowych poszczególnych państw członkowskich. Nie można również zapominać o kosztach ewentualnych naruszeń przepisów wspólnotowego prawa pierwotnego oraz wtórnego – w tym Dyrektywy z 28 listopada 2006 r.²² Będą się składać na nie m.in. koszty postępowania przed Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości, koszty zmian w polskim ustawodawstwie, koszty związane z ponoszeniem ewentualnych sankcji przewi-

²² Zgodnie z jednym z najwcześniejszych orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Ursula Becker (C-8/81), zostały określone warunki bezpośredniego stosowania przepisów VI Dyrektywy. Zgodnie z treścią wyroku, „[...] w każdym przypadku, w którym przepisy Dyrektywy wydają się być bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne, a przepisy podlegające implementacji nie zostały przyjęte w wyznaczonym terminie, na przepisy Dyrektywy można powołać się w związku z jakimkolwiek przepisem krajowym niezgodnym z Dyrektywą”.

dzianych przepisami wspólnotowymi oraz koszty odszkodowań wypłacanych poszkodowanym podatnikom. Jak się wydaje, wiele rozwiązań niezgodnych z postanowieniami Dyrektywy z 28 listopada 2006 r. zawierają m.in. przepisy ustawy o podatku od towarów i usług wyłączające w niektórych przypadkach prawo podatnika do odliczania podatku naliczonego²³.

Warto jednak zauważyć, że wielu procesom przed Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości uda się być może zapobiec – z pożytkiem dla zachowania środków niezbędnych w procesie naprawy finansów publicznych w Polsce – dokonując dalszych zmian w zakresie wymaganej przepisami wspólnotowymi harmonizacji²⁴.

²³ Np. art. 88 ust. 1 pkt 2 ustawy o podatku od towarów i usług wyłączający prawo podatnika do odliczenia podatku naliczonego w sytuacji, gdy wydatki na nabycie towarów i usług nie mogłyby być zaliczone do kosztów uzyskania przychodów w rozumieniu przepisów o podatku dochodowym (z pewnymi wyjątkami), która to regulacja jest niezgodna z art. 17 akapit drugi VI Dyrektywy. Również ze wskazaną normą wspólnotową niezgodny wydaje się być art. 88 ust. 4 wyłączający prawo podatnika do odliczenia podatku naliczonego, jeżeli podatnik ten nie jest zarejestrowany jako tzw. podatnik VAT czynny.

²⁴ Zgodnie art. 176 Dyrektywy z 28 listopada 2006 r. do czasu, kiedy nie zostaną wprowadzone zasady określające katalog wydatków, których poniesienie nie uprawnia do dokonania odliczenia podatku naliczonego przez państwa członkowskie mogą utrzymać wszelkie wyłączenia przewidziane w ich regulacjach krajowych [...]. Jednocześnie z faktu, że wspomniana regulacja nadal nie została wprowadzona do obrotu prawnego, Europejski Trybunał Sprawiedliwości, w wyroku w sprawie C-305/97, wyprowadził wniosek dotyczący dalszej, jednak jedynie czasowej, możliwości utrzymywania ograniczeń możliwości odliczania podatku naliczonego. Bliżej zob.: T. Michalik, *VAT. Komentarz...*, s. 563.

Anna Folgier

Działalność gospodarcza gmin – wybrane zagadnienia

Wstęp

W wyniku reformy samorządowej, wprowadzonej 1 stycznia 1999 r., samorząd terytorialny w Polsce uzyskał trójszczeblową strukturę, na którą składają się jednostki szczebla lokalnego – powiaty i gminy oraz regionalnego – województwa (art. 164 ust. 2 Konstytucji¹). W rozumieniu art. 1 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym² (dalej: usg) mieszkańcy gminy tworzą z mocy prawa lokalną wspólnotę samorządową. Innymi słowy, w myśl art. 1 ust. 2 powyższej ustawy, przez gminę należy postrzegać lokalną wspólnotę samorządową oraz odpowiednie terytorium. Można dodać, że wspólnotę samorządową tworzą mieszkańcy gminy, tj. ogół osób fizycznych mających miejsce zamieszkania

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

² Ustawa z 8 marca 1990 r., Dz.U. z 2001 Nr 142, poz. 1591 z późn. zm.

na obszarze danej gminy, którzy są społecznie zintegrowani i zdolni do samoorganizacji dla wspólnych celów oraz mają wspólną świadomość społeczną uzależnioną od warunków miejscowych³. Zgodnie z Konstytucją RP, samorząd terytorialny wykonuje zadania publiczne nie zastrzeżone Konstytucją RP lub ustawami dla organów innych władz publicznych (art. 163). Najszerzy zakres działania spośród jednostek samorządu terytorialnego przypisany został gminom, które wykonują wszystkie zadania samorządu terytorialnego nie zastrzeżone dla innych jednostek tego samorządu (art. 164 ust. 3). Takie rozwiązanie jest zgodne z wyrażoną w preambule Konstytucji RP zasadą pomocniczości, zakładającą, że zadania powinny być wykonywane na najniższym szczeblu, a uzasadnieniem przekazania ich na wyższy szczebel może być tylko wzgląd na lepsze organizacyjne i techniczne możliwości ich wykonania. Gminy wykonują jako zadania własne zadania publiczne służące zaspokajaniu potrzeb gminnej wspólnoty samorządowej (art. 7 ust. 1 usg) w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, przy czym ustawa nie wprowadza tu ograniczeń przedmiotowych, chodzi więc o zaspokajanie wszelkich potrzeb mieszkańców wspólnoty, a nie tylko takich, które mieszczą się w pojęciu użyteczności publicznej (np. remonty i budowa dróg, wodociągów i zaopatrzenia w wodę, czystości i urządzeń sanitarnych, lokalnego transportu zbiorowego). Zresztą zadania o charakterze użyteczności publicznej stanowią tylko część spośród zadań własnych gminy, które nie muszą koniecznie należeć do sfery użyteczności publicznej⁴. Można w związku z takim podziałem zadań wyróżnić dwa typy działalności gospodarczej samorządu terytorialnego:

- działalność gospodarcza o charakterze użyteczności publicznej,
- działalność gospodarcza wykraczającą poza zadania o charakterze użyteczności publicznej.

³ T. Milczarek, *Samorząd powiatowy. Ustrój. Zadania. Statut. Mienie. Dochody*, Warszawa 1999, s. 17.

⁴ M. Kalisiak, W. Paluch, *Działalność gospodarcza gminy i powiatu*, Zielona Góra 2000, s. 50.

Gminy (a nawet szerzej – jednostki samorządu terytorialnego) nie są w zasadzie powołane do prowadzenia działalności gospodarczej. Stąd przepisów dotyczących tej sprawy nie zawiera ani Europejska Karta Samorządu Terytorialnego⁵, ani Konstytucja RP. Jednakże, jako struktury powołane do pełnienia funkcji (i zadań) z zakresu władzy i administracji publicznej na szczeblu lokalnym, dla zaspokojenia potrzeb społeczności lokalnej wspólnoty, nie mogą być obojętne wobec zjawisk życia gospodarczego⁶. Z tego względu poglądy doktryny prawa samorządowego na temat dopuszczalności prowadzenia działalności gospodarczej przez gminy są bardzo zróżnicowane – od negowania tej możliwości, poprzez obwarowanie zastrzeżeniami jej dopuszczenia, po postulaty niczym nieskrępowanego udziału gmin w obrocie gospodarczym⁷. Duże zróżnicowanie występuje także w rozwiązaniach prawnych przyjętych w innych krajach europejskich⁸. W praktyce, w wielu krajach przyjmuje się rozwiązania kompromisowe tzn. nie wyklucza się możliwości prowadzenia działalności gospodarczej przez gminy (lub inne jednostki samorządowe), ale też i nie pozostawia się im w tym zakresie pełnej swobody⁹. Kwestia zakresu działalności gospodarczej samorządu w całości zależy w efekcie od historycznej tradycji i uwarunkowań lokalnych.

Działalności gospodarczej gminy dotyczy, kilkakrotnie nowelizowany art. 9 usg, który nie zawiera jednak definicji tego pojęcia. Można jej szukać w ustawie z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (dalej usdg)¹⁰, której art. 2 stanowi, że działalnością gospodar-

⁵ Dz.U. z 1994 Nr 124, poz. 607.

⁶ A. Wasilewski, *Działalność gospodarcza a funkcje i zadania gmin*, „Samorząd Terytorialny” 1991, nr 11–12.

⁷ Zob. m.in.: J. Ciapała, *Konstytucyjna zasada wolności działalności gospodarczej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2001, nr 4; M. Ciepela, *Formy komunalnej działalności gospodarczej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2001, nr 6.

⁸ Bezwzględny zakaz prowadzenia przez gminy czysto zarobkowej działalności gospodarczej istnieje w Wielkiej Brytanii.

⁹ A. Wasilewski, *op. cit.*

¹⁰ Dz.U. Nr 173, poz. 1807 z późn. zm.

czą w rozumieniu tej ustawy jest „zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły”. W orzecznictwie sądowym i doktrynie przyjmuje się, że działalność gospodarczą należy rozumieć szeroko, ponieważ jej formy mogą być nietypowe i bardzo różnorodne¹¹. Sąd Najwyższy wskazał na pewne specyficzne właściwości wyróżniające działalność gospodarczą. Chodzi tu o profesjonalny, a więc stały i nie amatorski charakter podejmowanych czynności, podporządkowanie regułom opłacalności i zysku lub zasadzie racjonalnego gospodarowania, działalnie na własny rachunek, powtarzalność świadczeń, uczestnictwo w obrocie gospodarczym na zasadach ekwiwalentności świadczeń¹². Przy ustalaniu, czy dana działalność ma charakter gospodarczy, należy uwzględniać odrębności zarówno dyktowane celem działalności lub specyfiką zadań realizowanych przez podejmujący ją podmiot, jak i wynikające z kontekstu prawnego tej działalności (przepisów szczególnych, normujących dany typ działalności oraz ustroj prawny danej jednostki). W postanowieniu z 19 października 1999 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że działalnością gospodarczą gminy jest – prowadzona w formie komunalnych zakładów budżetowych lub spółek prawa handlowego – działalność w zakresie zadań własnych, określonych w art. 7 ust. 1 usg, których celem jest zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, a także – w przypadkach określonych w odrębnej ustawie – działalność w zakresie wykraczającym poza te zadania¹³. Wydaje się, że w art. 9 ust. 2 usg chodzi właśnie o szersze znaczenie „działalności gospodarczej” niż przyjęte w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej, zresztą na użytek tej ustawy. Działalność gospodarcza w omawianym wypadku oznacza podejmowanie przez jednostki samorządu terytorialnego działań, których celem jest rzeczowa realizacja ustawowych zadań

¹¹ M. Zdyb, *Komentarz do ustawy o działalności gospodarczej*, Bydgoszcz 1997, s. 35.

¹² Uchwała SN z 14 marca 1995 r., OSP 1995 Nr 11, poz. 226.

¹³ Postanowienie SN z 19 października 1999 r., III CZP 112/99.

w zakresie zaspokajania potrzeb wspólnoty samorządowej, czyli przedmiotem tej działalności jest zaspokajanie potrzeb społeczności lokalnej, co z reguły nie wiąże się z osiąganiem zysku¹⁴. Należy jeszcze dodać, że dopóki zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty, określonych w art. 7 ust. 1 usg odbywa się na etapie realizacji zadań statutowych, taka działalność nie jest działalnością gospodarczą. Jeśli natomiast w następnym etapie jednostka organizacyjna gminy rozpocznie działalność polegającą na zaspokajaniu zbiorowych potrzeb ludności, to dopiero wtedy jej działalność będzie działalnością gospodarczą¹⁵.

W każdym jednak przypadku działalność gospodarcza gmin jest elementem działalności komunalnej, o której mówi się w art. 85 usg.

Działalność gospodarcza o charakterze użyteczności publicznej

Gmina, mimo posiadanej osobowości prawnej nie jest jeszcze jednym „normalnym” przedsiębiorcą działającym na rynku. Podmiotowość prawna ma gwarantować wyodrębnienie gminy ze struktury państwowej i jej samodzielność w realizacji ustawowo nałożonych zadań. Dla wykonania tych zadań gmina nie tylko może, ale też powinna prowadzić działalność gospodarczą, wątpliwości budzi jedynie jej zakres i formy. Dla określenia dozwolonej działalności gospodarczej samorządu terytorialnego podstawowe znaczenie ma pojęcie „użyteczności publicznej”. Definicję „użyteczności publicznej” zawierają art. 9 ust. 4 usg i art. 1 ust. 2 ustawy o gospodarce komunalnej (dalej: ukg)¹⁶. Jest to próba zdefiniowania użyteczności publicznej poprzez charakter zadań. Według obu ustaw zadaniami użyteczności publicznej są zadania, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych

¹⁴ C. Balaśniński, *Komunalna administracja gospodarcza*, [w:] *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjno-prawne*, red. M. Wierzbowski i M. Wyrzykowski, Warszawa 2005.

¹⁵ Postanowienie SN z 19 października 1999 r., III CZP 112/99.

¹⁶ Ustawa z 20 grudnia 1996 r., Dz.U. z 1997 Nr 9, poz. 43 z późn. zm.

potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Jest to ogólne wyjaśnienie istoty użyteczności publicznej, które nie rozwiązuje problemu wyboru zadań o takim charakterze spośród ogółu zadań gminy. Taki zapis daje władzom lokalnym możliwość dosyć szerokiej interpretacji¹⁷. Współcześnie dosyć powszechnie uważa się i przyjmuje, że składają się na nią: produkcja lub świadczenie usług w zakresie inżynierii sanitarnej, komunikacji miejskiej, zaopatrzenia ludności w energię elektryczną, gazową i ciepłą, zarządu państwowymi zasobami lokalowymi, państwowymi terenami zielonymi oraz uzdrowiskami, usługi pogrzebowe, a także usługi kulturalne¹⁸.

Określeniem pojęcia zadań o charakterze użyteczności publicznej zajął się również Trybunał Konstytucyjny. Zdaniem TK zadania te należy rozumieć możliwie najszerzej i winny być one utożsamiane z zadaniami publicznymi, których realizacja ciąży na administracji rządowej i samorządowej. Istotny jest fakt, że wspomniane jednostki wykonują zadania niezależnie od tego, czy przynoszą zysk. Ich działalność nie może być nastawiona na maksymalizację zysku i jeśli spełnia ten warunek, to mieści się w sferze użyteczności publicznej (nie znaczy to oczywiście, że nie może ona przynosić zysku)¹⁹.

W tym też kontekście rozważyć należy kwestię formy organizacyjno-prawnej, w jakiej gminy realizować będą zadania użyteczności publicznej. Gmina ma obowiązek realizacji zadań, wymienionych przykładowo w art. 7 ust. 1 usg, mających zaspokajać potrzeby wspólnoty niezależnie od tego, czy działalność taka przynosi zysk. Realizacja tych zadań nie może zostać uzależniona od wpływów osiąganych w tej sferze. Dla wypełnienia tych zadań, tj. usług nierentownych lub niskorentownych, najwłaściwsze wydają się być formy prawa budżetowego, tzn. jednostki budżetowe, a także formy gospodarki pozabudżetowej: zakłady budżetowe, gospodarstwa pomocnicze

¹⁷ E. Wojciechowski, *Wady ustawy o gospodarce komunalnej*, „Gazeta Prawna” 1997, nr 15.

¹⁸ S. Czarnow, *Status prawny spółki gminy w świetle ustawy o gospodarce komunalnej*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 4.

¹⁹ Uchwała Trybunału Konstytucyjnego z 12 marca 1997 r., sygn. akt W.8/96.

i środki specjalne²⁰. Przykładowo szkoły prowadzone przez gminę lub związek międzygminny są jednostkami budżetowymi, a przedszkola i inne publiczne placówki oświatowe – jednostkami lub zakładami budżetowymi. Są to „niesamoistne”, czyli działające w ramach osobowości prawnej gminy, na podstawie ustawy o finansach publicznych²¹ formy zarządu publicznoprawnego, które zapewniają całkowity wpływ organów gminy na realizację zadania. Obok form zarządu publicznoprawnego możliwe jest wykorzystanie form „samoistnych”, tj. jednostek organizacyjnych wyposażonych w osobowość prawną. Ustawy szczególne mogą przewidywać wykonywanie zadań w niektórych dziedzinach właśnie w takich formach. Możliwość taką przewiduje przykładowo ustawa o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej²² w odniesieniu do samorządowych instytucji kultury (np. biblioteki, domy kultury, muzea), które z chwilą wpisu do rejestru instytucji kultury prowadzonego przez gminę uzyskują osobowość prawną. Kolejnym przykładem są samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, przeznaczone do wykonywania obowiązków związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych osobom ubezpieczonym i innym osobom uprawnionym na podstawie odrębnych przepisów²³.

Gminy mogą, w realizacji swoich zadań, odstąpić od tworzenia własnych form organizacyjno-prawnych i powierzyć wykonanie określonych zadań podmiotom prawa prywatnego na podstawie umów prawa cywilnego. W drodze tych umów gminy powierzają prowadzenie, na swoim obszarze właściwości miejscowej lub jego części, działalności mającej na celu zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej.

²⁰ M. Kalisiak, W. Paluch, *op. cit.*

²¹ Ustawa z 26 listopada 1998 r., Dz.U. Nr 155, poz. 1014.

²² Ustawa z 25 października 1992 r., Dz.U. z 2001 Nr 13, poz. 123 z późn. zm.

²³ Por. ustawę z 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej, Dz.U. Nr 91, poz. 408 z późn. zm.

Działalność gospodarcza poza sferą użyteczności publicznej

Podstawę prawną dla rozpoczęcia i prowadzenia działalności poza sferą użyteczności publicznej, tj. komercyjnej, przez samorząd gminny znajdujemy w art. 9 ust. 2 usg i art. 10 ukg. Przepis art. 9 ust. 2 usg dopuszcza prowadzenie przez gminy komercyjnej działalności gospodarczej tylko w przypadkach określonych w art. 10 ukg.

Po pierwsze – jeżeli na rynku lokalnym w określonej dziedzinie gospodarki istnieją niezaspokojone potrzeby wspólnoty samorządowej, występujące zaś w gminie bezrobocie w znacznym stopniu wpływa ujemnie na poziom życia mieszkańców, a zastosowanie innych działań i wynikających z innych przepisów środków prawnych nie prowadzi do aktywizacji gospodarczej, w szczególności do znacznego ożywienia rynku lokalnego lub trwałego ograniczenia bezrobocia. Jednym z miarodajnych sposobów ustalenia, czy na obszarze gminy występuje bezrobocie, które „w znacznym stopniu ujemnie wpływa na poziom życia” jej mieszkańców, jest liczba bezrobotnych, w stosunku do których ustawodawca zdecydował o zastosowaniu szczególnych instrumentów pasywnego łagodzenia skutków bezrobocia. Takim szczególnym instrumentem jest tytuł bezrobotnych mieszkańców gminy do ubiegania się o kwalifikowany pod względem długości i podstaw przyznania zasiłek dla bezrobotnych. Można śmiało skonstruować wniosek, że jeżeli pomimo zastosowania działań polegających na przyznaniu zasiłków 18-miesięcznych, bezrobotni nadal nie mogą odzyskać utraconego zatrudnienia lub dokonać skutecznego przekwalifikowania i poziom bezrobocia nie wykazuje wyraźnej tendencji malejącej, to gmina jest uprawniona do samodzielnego tworzenia zakładów pracy w postaci spółek określonych w art. 10 ust. 1 ukg. W tym przypadku rolę „wynikających z przepisów prawnych środków prawnych” będą pełniły przyznawane przez starostę 18-miesięczne zasiłki dla bezrobotnych, a brak „znacznego ożywienia lokalnego rynku pracy” oraz „trwałego ograniczenia bezrobocia”

będzie wynikał z utrzymywania się stopy bezrobocia na dotychczasowym poziomie²⁴.

Dodatkowo ustawodawca wymaga, by zastosowanie działań oraz wynikających z przepisów środków prawnych nie doprowadziło do aktywizacji gospodarczej bądź trwałego ograniczenia bezrobocia. Według unormowań ugk przez aktywizację gospodarczą gminy należy rozumieć: ożywienie rynku lokalnego oraz trwałe ograniczenie bezrobocia (art. 10 ust.1 pkt 2 ugk *in fine*). Innymi działaniami i środkami prawnymi mogą być instrumenty ekonomiczne, preferencje i dotacje na dofinansowanie inwestycji infrastrukturalnych, roboty publiczne²⁵.

Po drugie – dozwolone jest gminom podjęcie działalności poza sferą użyteczności publicznej w sytuacji, gdy zbycie składnika mienia komunalnego mogącego stanowić wkład niepieniężny gminy do spółki lub rozporządzenie nim w inny sposób mogłoby spowodować dla gminy poważną stratę majątkową. Ustawodawca nie wskazał, czym spółka otrzymująca aport powinna się zajmować, nie określił też składników mienia mogących stanowić aport ani sposobu ich wyceny. W tej sytuacji wkładem w rozumieniu art. 10 ust. 2 ugk może być mienie każdego rodzaju, nadające się jako aport do spółki. Sposób wyceny tego mienia oraz ustalenie wartości przyznanych w zamian udziałów (akcji) pozostawiono uznaniu gminy i przyjmującej wkład spółki, w granicach określonych prawem podatkowym, przepisami o rachunkowości oraz kodeksem spółek handlowych. Sens omawianego przepisu polega m.in. na tym, aby przez wniesienie wkładu gmina unikała poważnej straty majątkowej. Omawiany przepis nie definiuje jednak „poważnej straty majątkowej”. Stosownie do art. 362 § 2 kodeksu cywilnego, przez stratę rozumie się rzeczywisty uszczerbek, nato-

²⁴ Tak np. P. Zaborniak, W. Maciejko, *Tworzenie spółek kapitałowych przez samorząd gminny jako forma ograniczania lokalnego bezrobocia*, „Samorząd Terytorialny” 2007, nr 1–2.

²⁵ Por.: S. Czarnow, *Cel i przedmiot przedsiębiorstwa spółki w świetle ustawy o gospodarce komunalnej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1997, nr 11.

miast przez szkodę – także utracone korzyści (spodziewane dochody, których nie udało się uzyskać)²⁶.

Po trzecie – gminy mogą podejmować zarobkową działalność gospodarczą w sytuacjach przewidzianych przepisami prawa materialnego w zakresie czynności bankowych i ubezpieczeniowych. Należy zauważyć, że komunalna działalność bankowa i ubezpieczeniowa znajduje uzasadnienie tylko wówczas, gdy przyczynia się do rozwoju lokalnej przedsiębiorczości (udzielanie przedsiębiorcom gwarancji, kredytów lub poręczeń etc.).

Po czwarte – gmina może wykroczyć poza realizację zadań o charakterze użyteczności publicznej w sytuacjach posiadania akcji lub udziałów spółek zajmujących się działalnością doradczą, promocyjną, edukacyjną lub wydawniczą na rzecz samorządu terytorialnego.

Po piąte – gminy mogą prowadzić działalność gospodarczą wykraczającą poza zadania użyteczności publicznej w sytuacjach „ważnych dla rozwoju gminy”. O uznaniu danej spółki za ważną dla rozwoju gminy decyduje samodzielnie rada gminy, na podstawie swobodnie wybranych kryteriów.

Dozwolenie prowadzenia przez gminy działalności wykraczającej poza zadania o charakterze użyteczności publicznej opiera się na pojęciach niedookreślonych, których interpretacja powinna pozostawać w związku z celami gospodarki komunalnej, z których wynika, że gmina nie prowadzi działalności gospodarczej o charakterze czysto zarobkowym, lecz zarobkowa gospodarka komunalna pozostaje w związku z zadaniami gminy. Ocena, czy konkretna działalność gminy mieści się w granicach tych pojęć, należy do właściwych organów nadzoru, tj. do wojewody, a następnie w razie sporu do sądu administracyjnego. Konieczne jest przy tym podkreślenie, że działalność poza zakresem użyteczności publicznej nie jest wykonywana przez gminę, lecz wyłącznie przez spółki z udziałem gminy. Przedmiotem dozwolenia tego rodzaju

²⁶ Zob. np.: *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia – zobowiązania*, t. 1, red. G. Bieniek, Warszawa 1999, s. 63–64; S. Czarnow, *Komunalna działalność gospodarcza a zadania publiczne samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny” 2002, nr 10.

działalności jest zatem nie tyle zakres działalności gospodarczej gminy poza sferą użyteczności publicznej, ile ograniczenie jej uprawnień właścicielskich co do rozporządzania mieniem komunalnym²⁷.

Poza sferą użyteczności publicznej gmina może, zgodnie z art. 10 ugk, tworzyć i przystępować do wszystkich typów spółek prawa handlowego (osobowych i kapitałowych), o ile spełnia wymogi wskazane w art. 10 ust. 1–3 ugk (z wyjątkiem spółki partnerskiej – zgodnie bowiem z art. 87 ksh, współnikami takiej spółki mogą być tylko osoby fizyczne, uprawnione do wykonywania określonych wolnych zawodów), a nie może wykorzystywać form organizacyjnych prawa budżetowego.

W literaturze przedmiotu wskazano, że działalność poza zakresem użyteczności publicznej zawsze jest elementem gospodarki komunalnej i „ma służyć zaspokajaniu potrzeb lokalnych społeczności”, ponadto „zgodnie z zasadą subsydiarności powinna być prowadzona [...] w takim rozmiarze i w takich dziedzinach, w których określone potrzeby społeczne nie mogą być właściwie zaspokojone siłami gospodarki prywatnej”. Jednostki samorządowe powinny zrezygnować z działalności komercyjnej, jeśli koliduje ona z działalnością przedsiębiorców prywatnych lub jeśli potrzeby wspólnoty zostały już zaspokojone²⁸.

Podsumowanie

Gmina jest przede wszystkim organem władzy publicznej, przez co siłą rzeczy musi przejąć określone funkcje interwencyjne w gospodarce, przede wszystkim działalność społecznie niezbędną w dziedzinach, w których podmioty prywatne nie są zainteresowane jej podjęciem, np. tworzenie nowych miejsc pracy, lokalnych ośrodków aktywności

²⁷ C. Balasiński, *op. cit.*, s. 127–128.

²⁸ Tak np. K. Byjoch, S. Redel, *Prawo gospodarki komunalnej*, Warszawa 2000, s. 70–72, oraz C. Banasiński, M. Kulesza, D. Szafranski, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz i przepisy towarzyszące*, Warszawa 1997, s. 58.

kulturalnej. W literaturze przedmiotu dominuje pogląd, że o ile działalność komunalna ukierunkowana na tzw. potrzeby społeczne czy użyteczność publiczną jest pożądana, a przynajmniej dopuszczalna ze względu na konieczność pozyskania środków finansowych niezbędnych na realizację zadań, o tyle czysta działalność komercyjna jednostek samorządowych może doprowadzić do zmonopolizowania niektórych dziedzin aktywności gospodarczej przez te jednostki i odwracać ich uwagę od rzeczywistych potrzeb społecznych²⁹.

Bibliografia

C. Banasiński, *Komunalna administracja gospodarcza* [w:] *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, red. M. Wierzbowski i M. Wyrzykowski, Warszawa 2005.

C. Banasiński, M. Kulesza, D. Szafrński, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz i przepisy towarzyszące*, Warszawa 1997.

K. Byjoch, S. Redeł, *Prawo gospodarki komunalnej*, Warszawa 2000.

J. Ciapała, *Konstytucyjna zasada wolności działalności gospodarczej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2001, nr 4.

M. Ciepiera, *Formy komunalnej działalności gospodarczej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2001, nr 6.

S. Czarnow, *Cel i przedmiot przedsiębiorstwa spółki w świetle ustawy o gospodarce komunalnej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1997, nr 11.

S. Czarnow, *Status prawny spółki gminy w świetle ustawy o gospodarce komunalnej*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 4.

S. Czarnow, *Komunalna działalność gospodarcza a zadania publiczne samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny” 2002, nr 10.

M. Kalisiak, W. Paluch, *Działalność gospodarcza gminy i powiatu*, Zielona Góra 2000.

²⁹ Z. Leoński, Z. Niewiadomski, *Samorząd terytorialny Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa–Zielona Góra 1994, s. 23.

Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia – zobowiązania. Tom I, red. G. Bieniek, Warszawa 1999.

Z. Leoński, Z. Niewiadomski, *Samorząd terytorialny Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa–Zielona Góra 1994.

T. Milczarek, *Samorząd powiatowy. Ustrój. Zadania. Statut. Mienie. Dochody*, Warszawa 1999.

A. Wasilewski, *Działalność gospodarcza a funkcje i zadania gmin*, „Samorząd Terytorialny” 1991, nr 11–12.

M. Wojciechowski, *Wady ustawy o gospodarce komunalnej*, „Gazeta Prawna” 1997, nr 15.

P. Zaborniak, W. Maciejko, *Tworzenie spółek kapitałowych przez samorząd gminy jako forma ograniczania lokalnego bezrobocia*, „Samorząd Terytorialny” 2007, nr 1–2.

M. Zdyb, *Komentarz do ustawy o działalności gospodarczej*, Bydgoszcz 1997.

Summary

The district is one of the three units into which Polish country is divided. It encompasses citizens (who comprise the local community) and the district area. It possesses legal entity, is a legitimate owner of various assets and is obliged to satisfy collective needs of the community. The fact that, on the one hand, the local government has got legal responsibility to achieve a whole range of objectives, and on the other it needs to manage the assets it has to its disposal, forces it to organize and conduct a considerable entrepreneurial activity. Characteristic features of these activities are: its professional and business-like character; subordination to the rules of cost-effectiveness and profitability or the principles of rational management; sole proprietorship, repetitive nature of business actions; and being an integral part of country's economy. Business activities constitute a specific part of communal (regional) economy that may have a commercial and non-commercial character.

The commercial activities are characteristic of public domain, and are defined as “current and incessant fulfillment of citizens’ collective needs via providing generally available services” by the district’s administrative units (paragraph 1, section 2 of Act on Communal Activities). In this scope (i.e. within the public domain) business activities are not subject to any restrictions. From the very nature of local government, and according to paragraph 9, section 2 of Local Government Act, it is evident that public domain activities of local governments are desirable, allowed, necessary and possible.

However, those commercial activities that are beyond the public domain may be held only in situations enumerated by the Act on Communal Activities (paragraph 10 and 13, section 1) and only if these activities are undertaken on behalf of a limited/public limited company. This business activity “is to satisfy collective needs of the community”, and, in agreement with the auxiliary principle, it should be organized in those capacities and fields that cannot be satisfied by the private sector. Local governments should refrain from those commercial activities that collide with the interests of private entrepreneurs and from these sectors in which collective needs have already been satisfied.

Część piąta

Konstrukcje prawa cywilnego i handlowego

Bogusława Gnela

Propozycje uregulowania ochrony konsumenta w polskim prawie prywatnym międzynarodowym

I.

Jednym z kierunków rozwoju prawa jest ochrona „słabszych”. Do kategorii podmiotów „słabszych” zalicza się w prawie cywilnym między innymi konsumenta. W rozumieniu art. 22¹ Kodeksu cywilnego¹, konsumentem jest osoba fizyczna dokonująca czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową.

Tradycyjną funkcją prawa prywatnego międzynarodowego (kolidyjnego), jest wskazanie prawa właściwego, najściślej związanego ze zdarzeniem prywatnoprawnym o charakterze międzynarodowym. Kolidyjnoprawna ochrona konsumenta pojawiła się nie tak dawno w normach konwencyjnych i normach prawa prywatnego międzyna-

¹ Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz.U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.

rodowego państw obcych. W polskiej literaturze² wobec tej tendencji zaproponowano najpierw wzmocnienie ochrony konsumenta na gruncie prawa merytorycznego, a następnie zastanowienie się nad uregulowaniem tej kwestii w prawie prywatnym międzynarodowym. Jako ewentualne środki „kolizyjnej” ochrony konsumenta wskazano przepisy koniecznego zastosowania *legis fori*, bezwzględne przepisy statutu obligacyjnego oraz klauzulę porządku publicznego³. W związku z perspektywą przystąpienia do Unii Europejskiej pojawiły się głosy o potrzebie ustanowienia w polskim prawie norm kolizyjnych służących ochronie konsumenta⁴. W latach 90. XX w. rozpoczął się proces wprowadzania do polskiego systemu prawnego przepisów zharmonizowanych z dyrektywami konsumenckimi. W efekcie tego procesu (i nie tylko) kolizyjną ochronę konsumenta wyrażają w sposób fragmentaryczny przepisy zawarte w Kodeksie cywilnym oraz niektórych ustawach pozakodeksowych. Umiejscowienie, konstrukcja prawna tych przepisów jako norm kolizyjnych oraz kwestia ich zgodności z prawem wspólnotowym, są przedmiotem krytyki⁵.

² Por. W. Popiołek, *W sprawie ograniczeń kolizyjnoprawnego wyboru prawa w polskiej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym*, [w:] *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu*, Kraków 1994, s. 348–351.

³ Na temat ewolucji poglądów w sprawie kolizyjnoprawnej ochrony konsumenta w polskim prawie prywatnym międzynarodowym zob.: P. Mostowik, *Kolizyjnoprawne problemy dostosowania prawa polskiego do dyrektyw Unii Europejskiej*, cz. 1, „Rejent” 2002, nr 7, s. 119–121.

⁴ M. Pazdan, *Założenia i główne kierunki reformy prawa prywatnego międzynarodowego w Polsce*, „Państwo i Prawo” 1999, z. 3, s. 22; idem, *O potrzebie reformy polskiego prawa prywatnego międzynarodowego i niektórych proponowanych rozwiązań*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” R. 9, 2000, z. 3, s. 504; M. Jagielska, *Ochrona konsumenta jako zagadnienie kodyfikacyjne w prawie prywatnym międzynarodowym*, *ibidem*, s. 639 i nast.; A. Kozakiewicz, W. Kurowski, *Co dalej z kodyfikacją prawa prywatnego międzynarodowego w Polsce?*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” R. 12, 2003, z. 4, s. 931–932; J. Gołaczyński, *Kolizyjne aspekty umów zawieranych z udziałem konsumentów*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 2004, nr 2617, Prawo, Wrocław 2004, s. 60.

⁵ Zob.: P. Mostowik, *Kolizyjnoprawne...*, cz. 1, s. 107 i nast.; idem, *Kolizyjnoprawne problemy dostosowania prawa polskiego do dyrektyw Unii Europejskiej*, cz. 2, „Rejent” 2002, nr 9, s. 59 i nast.; M. Lijowska, *O kolizyjnoprawnych problemach dostosowania prawa polskiego do europejskiego prawa ochrony konsumenta*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” R. 13, 2004, z. 1, s. 137 i nast.

II.

W Unii Europejskiej ochrona konsumenta jest realizowana na płaszczyźnie kolizyjnej przez przepisy niektórych dyrektyw konsumenckich⁶ oraz przez konwencję rzymską z 19 czerwca 1980 r. o prawie właściwym dla zobowiązań umownych⁷. Mimo podpisania przez Prezydenta RP ustawy z 22 września 2006 r. o ratyfikacji Konwencji o przystąpieniu Republiki Czeskiej, Republiki Estońskiej, Republiki Cypryjskiej, Republiki Łotewskiej, Republiki Litewskiej, Republiki Węgierskiej, Republiki Malty, Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Słowenii i Republiki Słowackiej do Konwencji o prawie właściwym dla zobowiązań umownych, otwartej do podpisu w Rzymie 19 czerwca 1980 r., oraz Pierwszego i Drugiego Protokołu w sprawie jej wykładni przez Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, sporządzonej w Luksemburgu 14 kwietnia 2005 r.⁸, do obowiązywania konwencji rzymskiej w Polsce konieczna jest jej publikacja w Dzienniku Ustaw RP, która jeszcze nie nastąpiła. Konwencja rzymska ma charakter subsydiarny wobec innych konwencji międzynarodowych (art. 21 konwencji) oraz wobec instrumentów wspólnotowych (art. 20 konwencji). Prawo wskazane przez jej normy

⁶ Np. art. 6 ust. 2 Dyrektywy Rady 93/13/EWG z 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich, Dz.U.UE. L 95 z 21 kwietnia 1993 r.; art. 9 Dyrektywy 94/47/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26 października 1994 r. w sprawie ochrony nabywców w odniesieniu do niektórych aspektów umów odnoszących się do nabywania praw do korzystania z nieruchomości w oznaczonym czasie, Dz.U. UE L 280 z 29 października 1994 r.; art. 12 ust. 2 Dyrektywy 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 20 maja 1997 r. w sprawie ochrony konsumentów w przypadku umów zawieranych na odległość, Dz.U. UE L 144 z 4 czerwca 1997 r.; art. 7 ust. 2 Dyrektywy 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji, Dz.U. UE L 171 z 7 lipca 1999 r.; art. 12 Dyrektywy 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 23 września 2002 r. dotyczącej sprzedaży konsumentom usług finansowych na odległość oraz zmieniającej Dyrektywy 97/7/WE i 98/27/WE, Dz.U. UE L 271 z 9 października 2002 r.

⁷ Tekst konwencji w języku polskim: J. Poczobut, *Kodyfikacje prawa międzynarodowego prywatnego*, Warszawa 1991, s. 161 i nast.; W. Popiołek, *Wprowadzenie*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” R. 3, 1994, z. 2, s. 297 i nast. Tłumaczenie urzędowe konwencji na język polski opublikowano w: Dz.U. UE. C 169 [PL] z 8 lipca 2005 r.

⁸ Dz.U. z 2008 Nr 208, poz. 1533.

kolizyjne jako właściwe ma zastosowanie także wówczas, gdy jest nim prawo państwa niebędącego stroną tej konwencji (art. 2 konwencji).

Prawem właściwym dla zobowiązań wynikających z umów jest prawo wybrane przez strony zgodnie z art. 3 konwencji. Jednakże w umowach konsumenckich (określonych w art. 5 ust. 1 konwencji) wybór prawa nie może pozbawiać konsumenta ochrony przysługującej mu na podstawie przepisów bezwzględnie obowiązujących w państwie, w którym ma on miejsce zwykłego pobytu, jeżeli zachodzą okoliczności określone w art. 5 ust. 2 konwencji. Te bezwzględnie obowiązujące przepisy tylko ograniczają zastosowanie wybranego prawa w zakresie, w jakim jest ono mniej korzystne dla konsumenta niż te przepisy.

Brak okoliczności wymienionych w art. 5 ust. 2 konwencji powoduje, że do umów konsumenckich stosuje się wybrane prawo zgodnie z art. 3 konwencji i ograniczeniami wynikającymi z ust. 3 tego przepisu.

W literaturze wskazuje się na trudności związane z interpretacją przesłanek (okoliczności) uzasadniających ograniczenie stosowania prawa wybranego dla umów konsumenckich⁹ oraz na konieczność stosowania w tych sprawach przepisów merytorycznych należących do kilku systemów prawnych¹⁰. Niektórzy autorzy podają w wątpliwość przydatność kazuistycznej, fragmentarycznej i skomplikowanej regulacji konwencyjnej w realizacji kolizyjnoprawnej ochrony konsumenta¹¹. Twierdzi się, że art. 5 ust. 2 konwencji pozbawia ochrony konsumentów „aktywnych”, a ustalenie wskazanego w tym przepisie miejsca dokonania czynności zmierzających do zawarcia umowy konsumenckiej jest trudne, bądź niekiedy bezprzedmiotowe¹².

⁹ M. Jagielska, *Ochrona konsumenta jako zagadnienie kodyfikacyjne...*, s. 646–647.

¹⁰ M. Jagielska, *ibidem*; J. Gołaczyński, *Kolizyjne aspekty umów...*, s. 55.

¹¹ A. Palacio Vellersundi, *Le commerce électronique, le juge, le consommateur, l'entreprise et le Marche intérieur: nouvelle equation pour le droit communautaire*, „Revue de droit de l'Union européenne” 2001, nr 1, s. 5.

¹² Por.: T. Pajor, *O zagadnieniach ochrony konsumenta w prawie prywatnym międzynarodowym*, [w:] *Rozprawy prawnicze, Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, red. L. Obiegło, W. Popiołek, M. Szpunar, Kraków 2005, s. 254–255.

Jeżeli strony umowy konsumenckiej nie dokonały wyboru prawa, wówczas prawem właściwym dla takiej umowy zawartej w okolicznościach wskazanych w art. 5 ust. 2 konwencji jest prawo państwa, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu (art. 5 ust. 3 konwencji). W braku tych okoliczności prawem właściwym dla umów konsumenckich jest prawo wskazane art. 4 konwencji, czyli prawo (lub prawa), z którym umowa wykazuje najściślejszy związek (lub związki – możliwe jest tzw. rozszczępienie statutu).

Domniemania zawarte w tym przepisie wskazują, że umowa konsumencka jest najściślej związana z tym państwem, w którym w chwili zawarcia umowy ma miejsce zwykłego pobytu (albo siedzibę zarządu) strona zobowiązana do świadczenia charakterystycznego, czyli przedsiębiorca. Jeżeli umowa została zawarta w ramach przedsiębiorstwa domniemywa się, że wykazuje najściślejszy związek z państwem, w którym znajduje się to przedsiębiorstwo. Jeżeli domniemania z art. 4 ust. 2 konwencji nie mają zastosowania, wówczas do kompetencji sądu należy poszukiwanie prawa, z którym umowa jest najściślej związana.

Sama idea wskazywania (wobec braku wyboru prawa) jako właściwego dla umów konsumenckich prawa państwa, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu (art. 5 ust. 3 konwencji.), zasługuje na aprobatę. Pozwala ona na odstępianie od konieczności stosowania prawa strony zobowiązanej do tzw. świadczenia charakterystycznego, którą w umowach konsumenckich jest przedsiębiorca. Krytycznie należy ocenić jednak fakt, że stosowanie prawa państwa, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu, jest uzależnione od okoliczności, które choćby w związku z rozwojem handlu (w szczególności elektro-nicznego) straciły na znaczeniu¹³.

Krytyka kolizyjnoprawnej ochrony konsumenta w konwencji rzymskiej stała się powodem podjęcia w Unii Europejskiej prac nad projektem rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady o prawie właściwym dla zobowiązań umownych („Rzym I”)¹⁴, które ma zastąpić tę kon-

¹³ *Ibidem*, s. 254–255.

¹⁴ Tekst propozycji tego rozporządzenia w przekładzie na język polski opublikowano

wencję¹⁵. W myśl art. 5 ust. 1 „Rzym I”, umowy konsumenckie podlegają prawu państwa członkowskiego, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu, jeżeli (art. 5 ust. 2 „Rzym I”) umowa została zawarta z przedsiębiorcą, który prowadzi działalność zawodową lub gospodarczą w państwie członkowskim, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu lub w jakikolwiek sposób kieruje taką działalność do tego państwa członkowskiego lub do kilku państw, włącznie z tym państwem członkowskim, a umowa mieści się w zakresie tej działalności, chyba że przedsiębiorca nie wie, gdzie konsument ma miejsce zwykłego pobytu, a jego niewiedza nie jest spowodowana niedbalstwem. Przepis ten nie stosuje się do umów wskazanych w art. 5 ust. 3 „Rzym I”.

Norma kolizyjna zawarta w art. 5 „Rzym I” ma charakter sektorowy, gdyż jej zakres obejmuje tylko konsumentów mających miejsce pobytu w państwie członkowskim UE. Podkreśla się, że z jednej strony norma ta rozwiązuje trudności, jakie mogą pojawić się w związku ze stosowaniem kilku praw wskazanych na podstawie art. 5 konwencji rzymskiej, ale z drugiej istotnie ogranicza kolizyjnoprawną autonomię woli stron¹⁶.

Zastosowanie prawa państwa UE, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu, zostało ograniczone w projekcie „Rzym I” prowadzeniem w tym państwie działalności przez przedsiębiorcę, bądź „nakierowaniem” tej działalności na terytorium tego państwa. Kryterium „nakierowania” zostało zaczerpnięte z art. 15 rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 z 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych¹⁷.

W umowach konsumenckich objętych zakresem art. 5 „Rzym I” przewiduje się możliwość zastosowania przepisów bezwzględnie obowiązujących „w aspekcie międzynarodowym” państwa wskazanego

w: „Kwartalnik Prawa Prywatnego” R. 15, 2006, z. 1, s. 254 i nast.

¹⁵ M. Świerczyński, T. Targasz, *Prawo właściwe dla zobowiązań umownych. Wprowadzenie*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” R. 15, 2006, z. 1, s. 246–247.

¹⁶ *Ibidem*, s. 249.

¹⁷ Dz.U. UE L 12 z 16 stycznia 2001 r.

w art. 8 ust. 1 „Rzym I”, bez względu na to, które prawo zgodnie z projektem rozporządzenia jest właściwe dla umowy.

III.

W Polsce kolizyjnoprawna ochrona konsumenta zależy od tego, czy oprócz ustawy Prawo prywatne międzynarodowe¹⁸, należy w danej sytuacji zastosować przepisy szczególne „rozsiane po ustawach”. Jeżeli strony dokonały wyboru prawa właściwego zgodnie z art. 25 ppm, wybrane prawo obce nie może być mniej korzystne dla konsumenta niż polskie prawo, w zakresie wskazanym przez wspomniane przepisy szczególne. Przepisy te nie są wynikiem głębokich przemyśleń ustawodawcy, lecz z reguły są efektem procesu harmonizacji z dyrektywami konsumenckimi, którego prawidłowość budzi uzasadnione wątpliwości. Tytułem przykładu, kodeksowa regulacja niedozwolonych postanowień umownych nie jest zgodna między innymi z art. 6 ust. 2 dyrektywy 93/13, gdyż nie przewiduje ochrony przyznanej tą dyrektywą konsumentowi w razie wyboru prawa państwa trzeciego, jako właściwego dla umowy pozostającej w ścisłym związku z terytorium państw członkowskich UE. Ograniczenie w stosowaniu wybranego prawa przewiduje natomiast art. 449¹¹ kc dotyczący odpowiedzialności za produkt, chociaż takiego mechanizmu ochronnego nie przewiduje regulująca tę odpowiedzialność dyrektywa 85/374/ EWG¹⁹. Uzasadnione wydaje się spostrzeżenie, że ustawodawca pomylił się i zamiast umieszczenia pośród art. 385¹–385³ kc przepisu zharmonizowanego z art. 6 ust. 2 dyrektywy 93/13, wprowadził do Kodeksu cywilnego art. 449¹¹ kc, którego odpowiednika nie zawiera dyrektywa 85/374/ EWG.

¹⁸ Ustawa z 12 listopada 1965 r. Prawo prywatne międzynarodowe, Dz.U. Nr 46, poz. 290 z późn. zm.

¹⁹ Dyrektywa Rady 85/374/EWG z 25 lipca 1985 r. w sprawie ujednolicenia prawnych i administracyjnych przepisów państw członkowskich o odpowiedzialności za wadliwe produkty, Dz.Urz. WE L 210 z 7 sierpnia 1985, s. 29, zmieniona Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 99/34/WE z 10 maja 1999 r., Dz.Urz. WE L 141 z 4 czerwca 1999, s. 20.

Inne problemy stwarza art. 17 ustawy z 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny²⁰. Stosowanie wybranego prawa obcego, np. do umowy o kredyt konsumencki zawieranej na odległość, może ograniczać nie tylko ten przepis ale także art. 17 ustawy z 20 lipca 2001 r. o kredycie konsumenckim²¹, oraz art. 359 § 2³ kc (dotyczący odsetek maksymalnych)²². Ponadto art. 17 unpk nie jest zgodny między innymi z art. 12 dyrektywy 2002/65/WE (dotyczącej konsumenckich usług finansowych na odległość), w myśl którego konsumenci nie mogą zrzec się praw nadanych im przez dyrektywę a państwa członkowskie podejmują środki niezbędne do zapewnienia, że konsument nie traci ochrony przyznanej mu na mocy niniejszej dyrektywy poprzez wybór prawa państwa trzeciego, jako prawa właściwego dla danej umowy, jeśli ta umowa pozostaje w ścisłym związku z terytorium jednego lub więcej państw członkowskich. Polski ustawodawca nie uwzględnił w art. 17 unpk tych przesłanek a ponadto nakazał jego stosowanie, w razie wyboru prawa obcego, do konsumenckich umów uregulowanych w art. 1–16e) unpk²³.

Normy kolizyjne zawarte w dyrektywie harmonizacji minimalnej mają z reguły za zadanie zapewnienie konsumentowi standardu ochrony przewidzianego w tej dyrektywie, w razie dokonania wyboru prawa (wyjątkowo art. 9 dyrektywy 94/47/WE dotyczy wszystkich przypadków właściwości prawa państwa trzeciego) nie będącego państwem UE. Art. 17 unpk nie powinien zatem ograniczać zastosowania wybranego prawa obcego, gdy jest nim prawo innego państwa członkowskiego UE, gdyż takie działanie może być uznane za sprzeczne

²⁰ Dz.U. Nr 22, poz. 271 z późn. zm.

²¹ Dz.U. Nr 100, poz. 1081 z późn. zm.

²² Umieszczenie i zakres tego przepisu zasługuje na krytykę – B. Gnela, *Nowe uregulowanie odsetek maksymalnych w kodeksie cywilnym*, „Państwo i Prawo” 2006, z. 12, s. 97–100.

²³ Art. 1–5 unpk dotyczą umów zawieranych poza lokalem przedsiębiorstwa są efektem harmonizacji polskiego prawa z Dyrektywą 85/577/EWG z 20 grudnia 1985 r., w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do umów zawartych poza lokalem przedsiębiorstwa, Dz.U.UE. L 372 z 31 grudnia 1985 r., która nie przewiduje ograniczeń w stosowaniu wybranego prawa.

z pierwotnym prawem wspólnotowym (dyskryminacja, naruszenie swobody przepływu towarów i usług)²⁴. Dyrektywa 2002/65/WE nie jest jednak dyrektywą harmonizacji minimalnej²⁵, dlatego art. 17 unpk w zakresie umów o usługi finansowe na odległość powinien odpowiadać ściśle treści art. 12 dyrektywy 2002/65/WE.

Cel tradycyjnych, wewnętrznych norm prawa prywatnego międzynarodowego polega na wskazaniu prawa właściwego dla danej sprawy przy pomocy takich łączników, które gwarantują, że to prawo jest najściślej związane z rozstrzyganą sprawą. Wskazane porządki prawne państw obcych są traktowane równorzędnie. Cel norm kolizyjnych zawartych w dyrektywach konsumenckich polega na zachowaniu standardu ochrony konsumenta określonego przez te dyrektywy. Między celami norm kolizyjnych zawartych w dyrektywach wspólnotowych a celami tradycyjnych norm kolizyjnych prawa prywatnego międzynarodowego zachodzi konflikt, którego polski ustawodawca nie zauważył.

Jeżeli strony nie dokonały wyboru prawa, prawo właściwe dla konsumenckich umów wskażą normy kolizyjne zawarte w art. 26–29 ppm²⁶. W sprawach dotyczących umów konsumenckich art. 28 ppm będzie miał marginalne znaczenie, a ustalenie w art. 26 ppm „chwili zawarcia umowy” może być trudne i przypadkowe z punktu widzenia kolizyjnoprawnej ochrony konsumenta. Umowy konsumenckie nie mieszczą się w zakresie art. 27 § 1 ppm, lecz w zakresie art. 27 § 3 ppm, gdyż w tych umowach kontrahentem konsumenta jest przedsiębiorca działający w zakresie przedsiębiorstwa. W braku ustalenia siedziby przedsiębiorstwa (co w umowach konsumenckich będzie wyjątkiem), zgodnie z art. 27 § 2 ppm, właściwym jest prawo państwa, w którym

²⁴ M. Lijowska, *O kolizyjnoprawnych problemach...*, s. 159–160.

²⁵ A. Smith, M. Holloway, M. Limon, P. Thomson, G. McGrath, B. Walter, C. Dannevoey, *EU Guide to Consumer Affairs 2001*, Brussels 2001, s. 54–55.

²⁶ Jedynie art. 10 ustawy z 13 lipca 2000 r. o ochronie nabywców prawa korzystania z budynku lub pomieszczenia mieszkalnego w oznaczonym czasie w każdym roku oraz o zmianie ustaw Kodeks cywilny, Kodeks wykroczeń i ustawy o księgach wieczystych i hipotece, Dz.U. Nr 74, poz. 855 z późn. zm. – będzie stosowany także w razie wskazania prawa obcego przy pomocy każdego łącznika normy kolizyjnej.

umowa została zawarta. Wątpliwa jest przydatność tego łącznika, w szczególności dla umów konsumenckich zawieranych w handlu elektronicznym. Taki sam łącznik zawiera norma kolizyjna w art. 29 ppm.

Uzasadniony wydaje się wniosek, że art. 26–29 ppm nie wyrażają kolizyjnoprawnej ochrony konsumenta. W wielu wypadkach przepisy te nie doprowadzą do ustalenia prawa właściwego dla umów konsumenckich, a wówczas należy zastosować do nich prawo polskie, zgodnie z art. 7 ppm. Klauzula porządku publicznego, instytucja obejścia prawa lub przepisy koniecznego zastosowania (wymuszające swoją właściwość)²⁷ tylko w nielicznych, wyjątkowych przypadkach mogą przyczynić się do realizacji tej ochrony.

IV.

W Polsce przygotowano projekt nowej ustawy Prawo prywatne międzynarodowe²⁸, mimo perspektywy obowiązywania w Polsce konwencji rzymskiej i zaawansowanych prac nad projektem „Rzym I”²⁹. W kwestii kolizyjnoprawnej ochrony konsumenta art. 30 proj.³⁰, nie uwzględnia propozycji zgłaszanych w literaturze³¹ lecz w zakresie zobowiązań umownych odsyła do konwencji rzymskiej (art. 30 zd. 1 proj.), a odesłanie obejmuje także umowy, których konwencja ta nie

²⁷ Por.: B. Fuchs, *Statut kontraktowy a przepisy wymuszające swoje zastosowanie*, Katowice 2003, s. 187 i nast.

²⁸ Celowość uchwalenia nowej ustawy Prawo prywatne międzynarodowe jest przedmiotem dyskusji. Za uchwaleniem tej nowej ustawy opowiedzieli się m.in.: M. Pazdan, *Założenia i główne kierunki reformy...*, s. 20 i nast. Natomiast krytycznie o projekcie tej ustawy wypowiedzieli się np.: A. Mączyński, *O potrzebie, zakresie i sposobie reformy polskiego prawa prywatnego międzynarodowego*, [w:] *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtysińskiemu*, red. A. Nowicka, Poznań 2005, s. 851 i nast.; K. Zawada, *O projekcie nowej kodyfikacji prawa prywatnego międzynarodowego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” R. 15, 2006, z. 4, s. 1083 i nast.

²⁹ M. Świerczyński, T. Targasz, *Prawo właściwe...*, s. 252–253.

³⁰ W wersji z 5 stycznia 2007 r.

³¹ Zob.: J. Gołaczyński, *Kolizyjne aspekty...*, s. 60.

dotyczy (art. 30 zd. 2 proj.). Postanowienia art. 30 proj. różnią się nieznacznie od art. 31 proj. w wersji z sierpnia 2006 r., w którego uzasadnieniu podkreślono, że przepisy konwencji rzymskiej rozciągnięto na umowy wyłączone z jej zakresu, aby uniknąć potrzeby odrębnego uregulowania prawa właściwego dla tych umów, bądź utrzymania w mocy dotychczasowych przepisów w odniesieniu do tych umów.

W projekcie umieszczono również art. 37 proj., który ma (jak wynika z jego uzasadnienia) chronić konsumenta w zakresie wykraczającym poza stosunki objęte konwencją rzymską. W myśl tego projektowanego przepisu: „W stosunkach pomiędzy konsumentem a przedsiębiorcą konsument korzysta z ochrony, jaką zapewnia mu, jako konsumentowi, prawo państwa miejsca jego zwykłego pobytu, chyba że przedsiębiorca – z uwagi na zakres i charakter swej działalności – nie mógł w sposób rozsądny spodziewać się zastosowania tego prawa”. Art. 37 proj. uznaje się w literaturze jest zbędny i błędny³².

Wydaje się, że projektowana realizacja kolizyjnej ochrony konsumenta przez odesłanie do konwencji rzymskiej, także w stosunku do umów wyłączonych przez konwencję, nie jest najlepszym rozwiązaniem (w literaturze określono tę propozycję „unikiem legislacyjnym”)³³. Ustalenie prawa właściwego dla tych umów z zastosowaniem konwencji będzie więc trudne i zawile, a przecież warto było podjąć próbę doskonalszego uregulowania.

W projekcie warto było również zaproponować normy kolizyjne chroniące konsumenta lepiej niż rozrzucone po różnych ustawach przepisy, będące z reguły efektem nie zawsze udanej harmonizacji z dyrektywami konsumenckimi. W ten sposób można byłoby naprawić niektóre błędy ustawodawcy oraz przeciwdziałać zjawisku naruszania spójności polskiego prawa prywatnego międzynarodowego. Art. 68 projektu w wersji z 2006 r. pozostawiał w mocy te przepisy, projekt

³² Por. np.: K. Zawada, *O projekcie...*, s. 1089.

³³ A. Mączyński, *Polskie prawo prywatne międzynarodowe u progu XXI wieku*, [w:] *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, red. W. Czapliński, Warszawa 2006, s. 570.

w wersji z 5 stycznia 2007 r. nie zawiera już jego odpowiednika, a przedstawiony problem pozostał.

Dyskusja naukowa związana z pracami nad projektem ustawy powinna przyczynić się do powtórnego przemyślenia sposobu wdrożenia do polskiego prawa norm kolizyjnych zawartych w dyrektywach konsumenckich, oraz zasadności umieszczania zharmonizowanych z nimi przepisów, poza ustawą Prawo prywatne międzynarodowe. Dla umów konsumenckich, które nie są objęte zakresem konwencji rzymskiej, nowa regulacja mogłaby brzmieć:

„1. W zobowiązaniach umownych z udziałem konsumenta (lub wynikających z umów konsumenckich) strony mogą poddać swe stosunki wybranemu przez siebie prawu, jednakże to prawo nie może być mniej korzystne dla konsumenta niż prawo państwa, w którym znajduje się miejsce jego zwyczajnego pobytu.

2. Jeżeli strony nie dokonały wyboru prawa, zobowiązanie umowne z udziałem konsumenta podlega prawu państwa, w którym znajduje się miejsce jego zwyczajnego pobytu”.

Być może warto więc rozważyć propozycję, aby dla umów konsumenckich nie objętych konwencją rzymską, stosować ochronnie lub subsydiarnie prawo państwa, w którym konsument ma miejsce zwyczajnego pobytu, chyba że prawo państwa, w którym ma siedzibę przedsiębiorca, jest korzystniejsze dla konsumenta. Propozycja ta może być uznana za sprzeczną z poglądem, że kolizyjnoprawną ochronę konsumenta wyraża najlepiej stosowanie prawa państwa jego zwyczajnego pobytu. Jednakże realizacja tej propozycji może przyczynić się do jak najdalej idącej ochrony konsumenta w konkretnej, rozstrzyganej sprawie.

Trudno przewidzieć, jak efekty trwających i przyszłych prac legislacyjnych na płaszczyźnie wspólnotowej wpłyną na spójność polskiego prawa prywatnego międzynarodowego. Dlatego należy popierać wszelkie działania zmierzające do tego, aby ustawodawca wspólnotowy nie tworzył norm kolizyjnych naruszających tę spójność.

Konwencja rzymska będzie obowiązywała w Polsce po publikacji w Dzienniku Ustaw, ale ten fakt nie powinien stać na przeszkodzie dyskusji o prawie właściwym dla umów konsumenckich, których konwencja ta nie dotyczy, ani o konieczności porządkowania „rozszanych po ustawach” przepisów dotyczących kolizyjnoprawnej ochrony konsumenta.

Bibliografia

B. Fuchs, *Statut kontraktowy a przepisy wymuszające swoje zastosowanie*, Katowice 2003.

B. Gnela, *Nowe uregulowanie odsetek maksymalnych w kodeksie cywilnym*, „Państwo i Prawo” 2006, z. 12.

J. Gołaczyński, *Kolizyjne aspekty umów zawieranych z udziałem konsumentów*, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, nr 2617, Prawo, Wrocław 2004.

M. Jagielska, *Ochrona konsumenta jako zagadnienie kodyfikacyjne w prawie prywatnym międzynarodowym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” R. 9, nr 2000, z. 3.

A. Kozakiewicz, W. Kurowski, *Co dalej z kodyfikacją prawa prywatnego międzynarodowego w Polsce?*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” R. 12, 2003, z. 4.

M. Lijowska, *O kolizyjnoprawnych problemach dostosowania prawa polskiego do europejskiego prawa ochrony konsumenta*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” R. 13, 2004, z. 1.

A. Mączyński, *O potrzebie, zakresie i sposobie reformy polskiego prawa prywatnego międzynarodowego*, [w:] *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtyśsińskiemu*, red. A. Nowicka, Poznań 2005.

A. Mączyński, *Polskie prawo prywatne międzynarodowe u progu XXI wieku*, [w:] *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia In-*

stytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, red. W. Czapliński, Warszawa 2006.

P. Mostowik, *Kolizyjnoprawne problemy dostosowania prawa polskiego do dyrektyw Unii Europejskiej*, cz. 1, „Rejent” 2002, nr 7.

P. Mostowik, *Kolizyjnoprawne problemy dostosowania prawa polskiego do dyrektyw Unii Europejskiej*, cz. 2, „Rejent” 2002, nr 9.

A. Palacio Vellersundi, *Le commerce électronique, le juge, le consommateur, l'entreprise et le Marche interieur: nouvelle equation pour le droit communautaire*, „Revue de droit de l'Union europeenne” 2001, nr 1.

M. Pazdan, *Założenia i główne kierunki reformy prawa prywatnego międzynarodowego w Polsce*, „Państwo i Prawo” 1999, z. 3.

M. Pazdan, *O potrzebie reformy polskiego prawa prywatnego międzynarodowego i niektórych proponowanych rozwiązaniach*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” R. 9, 2000, z. 3.

J. Poczobut, *Kodyfikacje prawa międzynarodowego prywatnego*, Warszawa 1991, s. 161 i nast.

W. Popiołek, *W sprawie ograniczeń kolizyjnoprawnego wyboru prawa w polskiej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym*, [w:] *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu*, Kraków 1994.

A. Smith, M. Holloway, M. Limon, P. Thomson, G. McGrath, B. Walter, C. Dannevoye, *EU Guide to Consumer Affairs* 2001, Brussels 2001.

M. Świerczyński, T. Targasz, *Prawo właściwe dla zobowiązań umownych. Wprowadzenie*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” R. 15, 2006, z. 1.

K. Zawada, *O projekcie nowej kodyfikacji prawa prywatnego międzynarodowego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” R. 15, 2006, z. 4, s. 1083 i nast.

Summary

Conflict-of-law rules arising out of an act dated 12th November, 1965 – International Private Law, do not meet the consumer protection standards. Some aspects of the consumer protection are fragmentary settled in special regulations, resulting from the process of harmonization of the Polish law with pro-consumer directives. The construction and location of the abovementioned provisions raise concerns, and put the conformity of the Polish law with the community law in question. The Rome Convention, dated 19th June, 1980 will be in short time in force in Poland. The Convention has an universal character and includes the conflict-of-law rules concerning the consumer protection. Thus, this article is an attempt to judge the draft of a new International Private Law Act, also with the respect to special provisions in force as well as provisions of the Rome Convention.

Paweł Jan Juszczyk

Krajowa Izba Odwoławcza – nowy system w prawie zamówień publicznych¹

Wprowadzenie

Rok temu analizowałem *Środki ochrony prawnej w znowelizowanym Prawie zamówień publicznych*², w niniejszym artykule zaprezentuję natomiast planowaną metamorfozę całego systemu odwoławczego Prawa zamówień publicznych.

Stosując dedukcję przy omawianiu zmian, postaram się w sposób obiektywny przedstawić ustrój oraz kompetencje Krajowej Izby Odwoławczej, która ma zastąpić funkcjonujący do tej pory system arbitrażu. Na wstępie trzeba jednak zaznaczyć, iż zmiana organizacji i procedury odwoławczej nie jest jedynym *novum*, jakie przynosi nowelizacja. Ze względu jednak na ograniczone ramy publikacji, nie ma tu możliwości

¹ Stan prawny przedstawiony w artykule na dzień 28 maja 2007 r.

² *Współczesne wyzwania zarządzania organizacjami*, red. A. Chodyński, Kraków 2006.

kompleksowego omówienia wprowadzanych zmian i wskazania, jakie skutki mogą one w przyszłości wywierać na obowiązujący porządek prawny oraz funkcjonowanie małej i średniej przedsiębiorczości.

Podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej 25 kwietnia 2007 r. ustawa z 13 kwietnia 2007 r. O zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 82, poz. 560), która weszła w życie 11 czerwca 2007 r.³, tworzy całkiem nową instytucję – Krajową Izbę Odwoławczą, działającą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych i mającą w zamyśle twórców charakter *quasi-sądowy*. Izba ma zapewnić w pełni profesjonalne rozpoznawanie odwołań od rozstrzygnięć protestów wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ma również przyczynić się do ujednolicenia stosowanej wykładni przepisów Prawa zamówień publicznych.

Postępowanie kwalifikacyjne na członków Krajowej Izby Odwoławczej

Do postępowania kwalifikacyjnego na członka Krajowej Izby Odwoławczej będzie mogła przystąpić osoba mająca ukończone 29 lat, posiadająca obywatelstwo polskie oraz pełną zdolność do czynności prawnych, korzystająca z pełni praw publicznych i mająca wyższe wykształcenie prawnicze. Te wskazane pięć z ośmiu wymagań odpowiada warunkom stawianym kandydatom na stanowisko sędziego sądu rejonowego⁴, pozostałe trzy to nieposzlakowana opinia, brak prawomocnego wyroku skazującego za umyślne popełnienie przestępstwa (w tym przestępstwa skarbowego), posiadanie minimum pięcioletniego doświadczenia zawodowego (stażu pracy) w administracji publicznej

³ Przepisy odnoszące się do Krajowej Izby Odwoławczej weszły w życie 11 października 2007 r., z wyjątkiem procedury postępowania kwalifikacyjnego na członków Izby, która weszła w życie 25 maja 2007 r. co było logiczną koniecznością podpisanej ustawy.

⁴ Por. art. 61 § 1 ustawy z 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. Nr 98, poz. 1070 z późn. zm.).

lub na stanowiskach związanych z udzielaniem porad prawnych, sporządzaniem opinii prawnych opracowywaniem projektów aktów prawnych oraz występowaniem przed sądami i urzędami⁵. Ustawodawca nie przewidział żadnych zwolnień od stawianych wymagań, zatem dopiero spełnienie wszystkich ośmiu przesłanek daje prawo przystąpienia do postępowania kwalifikacyjnego wyłaniającego członków Izby.

Postępowanie kwalifikacyjne składa się z egzaminu pisemnego obejmującego teoretyczną i praktyczną znajomość przepisów związanych z udzielaniem zamówień publicznych oraz rozmowy kwalifikacyjnej. Tylko osoby z najwyższymi wynikami będą miały szansę być powołanymi na członków Krajowej Izby Odwoławczej i złożyć ślubowanie przed Prezesem Rady Ministrów. Ślubowanie, które wynika z art. 173 ust. 5 wspomnianej ustawy, stanowi warunek *sine qua non*, by móc pełnić funkcję członka Izby. Treść przyjętego ślubowania praktycznie odpowiada promesie składanej obecnie przez arbitrów, jednak z niewiadomych przyczyn znowelizowana wersja nie obejmuje „sumienności wypełniania obowiązków i dochowania zasad etyki”.

Członkowie Izby przy orzekaniu są niezawisli, związani wyłącznie przepisami prawa w zakresie wykonywanych czynności ustawowych, korzystają z ochrony prawnej przysługującej funkcjonariuszom publicznym. Powyższe uprawnienia wiążą się z ograniczeniami w zakresie podejmowania dodatkowego zatrudnienia i zajęć zarobkowych (zarówno na podstawie umowy o pracę, jak i umów cywilnoprawnych, w tym prowadzenia działalności na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami). Wyjątek może stanowić zatrudnienie na stanowisku dydaktycznym, naukowym lub naukowo-dydaktycznym nieprzekraczającym pełnego wymiaru czasu pracy, o ile nie będzie przeszkadzać w pełnieniu obowiązków przewidzianych znowelizowaną ustawą. Ustawodawca zabronił członkom Izby pełnienia funkcji⁶ w spółkach

⁵ Art. 173 ust. 2 ustawy z 13 kwietnia 2007 r. O zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 82, poz. 560).

⁶ Zakaz odnosi się do pełnienia funkcji pełnomocnika, członka: zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej.

handlowych oraz posiadania więcej niż 10% akcji lub udziałów przekraczających 10% kapitału zakładowego w jednej spółce handlowej, zabronił także obejmowania stanowisk członka zarządu w fundacjach prowadzących działalność gospodarczą. Z powyższymi zakazami wiąże się obowiązek składania Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, jako kierownikowi jednostki, co roku do 31 marca, oświadczenia o stanie majątkowym zgodnie z ustawą z 21 sierpnia 1997 r. O ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (Dz.U. z 2006 r. Nr 216, poz. 1584).

Ustrój organów Krajowej Izby Odwoławczej

W skład Krajowej Izby Odwoławczej będzie wchodziło nie więcej niż 100 członków powoływanych i odwoływanych przez premiera. Informacje o limicie osób, które zostaną powołane w skład Izby w danym postępowaniu kwalifikacyjnym zawiera każdorazowo ogłoszenie o naborze zamieszczane przez premiera na wniosek Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Biuletynie Informacji Publicznej oraz dzienniku o zasięgu ogólnopolskim.

Prezesa i wiceprezesa Krajowej Izby Odwoławczej powołuje na 3-letnią kadencję Prezes Rady Ministrów na wniosek Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych spośród zgłoszonych członków Izby. Głównymi zadaniami Prezesa Izby, będącego jednocześnie przewodniczącym zgromadzenia ogólnego, jest ustalanie terminów posiedzeń i wyznaczanie składów orzekających wraz ze wskazaniem przewodniczącego składu, w razie konieczności zarządza on również łączne rozpoznanie odwołań (jeżeli zostały one złożone w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia i dotyczą tych samych czynności zamawiającego). Przewodniczący kieruje pracami Izby (czuwając nad sprawnością jej prac) zwołując posiedzenia zgromadzenia ogólnego, co najmniej dwa razy w roku, a także na pisemny wniosek przynajmniej połowy składu członków Izby albo przewodniczącego sądu dyscypli-

narne. Prezes reprezentuje Krajową Izbę Odwoławczą na zewnątrz oraz przedkłada Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych roczną informację o działaniu Izby, uwzględniającą problemy wynikające z orzecznictwa, którą przygotowuje i przyjmuje zgromadzenie ogólne Izby. Ciało kolegialne, jakim jest zgromadzenie rozpatruje i opiniuje sprawy zgłaszane przez członków Izby lub przedłożone przez Prezesa Izby. Uchwały zgromadzenia ogólnego Izby zapadają większością głosów w obecności co najmniej połowy składu, w przypadku równej liczby głosów rozstrzyga głos Prezesa Izby.

Sąd dyscyplinarny i formalne przesłanki utraty członkostwa w Izbie

W sprawach dyscyplinarnych dotyczących członków, w pierwszej instancji orzeka sąd dyscyplinarny składający się z pięciu członków Izby wyznaczanych przez zgromadzenie ogólne Izby, które równocześnie pełni rolę organu odwoławczego (drugiej instancji) od orzeczeń sądu dyscyplinarnego. Za naruszenie obowiązków i uchybienie godności zawodowej członka Izby ustawodawca przewiduje trzy rodzaje kar dyscyplinarnych (upomnienie, usunięcie z zajmowanej funkcji⁷, wykluczenie ze składu). Zgodnie z art. 175 ust. 5 omawianej ustawy, oskarżycielem przed sądem dyscyplinarnym jest rzecznik dyscyplinarny powoływany na trzyletnią kadencję w sposób analogiczny do procedury powoływania prezesa i wiceprezesa Izby. Zachodzi jednak wyjątek – rzecznik dyscyplinarny może zostać w każdym czasie odwołany z pełnionej funkcji, a w stosunku do prezesa i wiceprezesa Izby odwołanie może nastąpić jedynie na podstawie art. 174 ust. 5 ustawy. Od orzeczenia dyscyplinarnego wydanego w II instancji przez zgromadzenie ogólne Izby przysługuje odwołanie do sądu apelacyjnego w Warszawie

⁷ Orzeczenie kary usunięcia z zajmowanej funkcji oznacza niemożność sprawowania przez 3 lata funkcji prezesa, wiceprezesa, rzecznika dyscyplinarnego oraz członka sądu dyscyplinarnego.

(sąd pracy i ubezpieczeń społecznych) w terminie 14 dni od dnia doręczenia orzeczenia wraz z uzasadnieniem. Wyrok sądu apelacyjnego jest ostateczny i nie przysługuje od niego skarga kasacyjna.

Członkostwa w Krajowej Izbie Odwoławczej nie wolno łączyć z wykonywaniem funkcji posła, senatora lub radnego jednostki samorządu terytorialnego, a także wójta (burmistrza, prezydenta miasta) oraz członkostwem w organie wykonawczym powiatu lub województwa samorządowego. Członek Izby nie może być członkiem kolegium regionalnej izby obrachunkowej oraz samorządowego kolegium odwoławczego, powinien być apolityczny – nie może przynależeć do jakiegokolwiek partii politycznej lub prowadzić działalności politycznej. Te elementy mają zapewnić członkom pełny obiektywizm i brak konfliktu interesów.

Z członkami Krajowej Izby Odwoławczej będą zawierane umowy o pracę na podstawie powołania⁸, a czynności z zakresu Prawa pracy w ich stosunku będzie wykonywał Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, sam zaś Urząd Zamówień Publicznych zapewni Krajowej Izbie Odwoławczej pełną obsługę organizacyjno-techniczną i księgową. Umowa ulega rozwiązaniu z powodu wygaśnięcia członkostwa w Krajowej Izbie Odwoławczej spowodowanego śmiercią albo odwołaniem członka Izby dokonanego przez Prezesa Rady Ministrów.

Odwołanie członka Izby następuje z urzędu, jedynym wyjątkiem jest odwołanie z funkcji na wniosek zainteresowanego (rezygnacja). Przesłanki odwołania z urzędu to m.in. utrata w czasie pełnienia funkcji warunków umożliwiających przystąpienie do postępowania kwalifikacyjnego na członka Izby⁹, nieobjęcie stanowiska w terminie

⁸ Art. 68 § 1 ustawy z 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz.U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94 z późn. zm.), w związku z art.173 ust. 4 ustawy z 13 kwietnia 2007 r. O zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 82, poz. 560).

⁹ Por. art. 174 ust. 5, pkt 1–5 ustawy z 13 kwietnia 2007 r. O zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 82, poz. 560): „utrata obywatelstwa polskiego, utrata albo ograniczenie zdolności do czynności prawnych, utrata praw publicznych, utrata autorytetu dającego rękojmię prawidłowego wykonywania obowiązków członka Izby, prawomocny wyrok skazujący za przestępstwo umyślne lub umyślne przestępstwo skarbowe”.

określonym w akcie powołania lub odmowa złożenia ślubowania. Premier odwołuje członka Izby również w sytuacji niezłożenia przez niego w terminie do 31 marca każdego roku oświadczenia, czy toczy się przeciwko niemu postępowanie karne (wraz z informacją dotyczącą przedmiotu postępowania), a także złożenia oświadczenia¹⁰ o stanie majątkowym określonego w przepisach o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne według stanu na dzień 31 grudnia roku poprzedniego. Dwoma ostatnimi argumentami decydującymi o odwołaniu członka Izby z pełnionej funkcji jest upływanie sześciomiesięcznego okresu zawieszenia członka Izby w prawach i obowiązkach w związku z przedstawieniem mu zarzutów popełnienia przestępstwa umyślnego, w tym umyślnego przestępstwa skarbowego (zawieszenia dokonuje Prezes Rady Ministrów) lub w przypadku orzeczenia kary dyscyplinarnej wykluczającej ze składu Izby.

W niniejszym opisie pominięto zasady wynagrodzenia członków Izby, ze względu na ich szczegółowe omówienie w samej nowelizacji i dodatkowe uregulowanie w wydanym specjalnie w tym celu przez Prezesa Rady Ministrów rozporządzeniu.

Pozycja Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

Kompetencje Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące Krajowej Izby Odwoławczej, oprócz wymienionych już wcześniej, będą obejmowały coroczne przekazywanie informacji Prezesowi Rady Ministrów o działaniu Izby uwzględniających problemy wynikające z orzecznictwa. Prezes Urzędu Zamówień publicznych nadal zajmuje ważną pozycję w postępowaniu odwoławczym – do niego wykonawcy kierują odwołanie oraz zgłaszają swe przystąpienie do odwołania. To

¹⁰ Oświadczenie składane na formularzu stanowiącym załącznik nr 3 do Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 23 lipca 2003 w sprawie określenia wzorów formularzy oświadczeń o prowadzeniu działalności gospodarczej i o stanie majątkowym (Dz.U. Nr 143, poz. 1387).

Prezes Urzędu w drodze postanowienia decyduje o zwrocie odwołania, od którego nie wniesiono wpisu, zgodnie z projektem Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. Jego wysokość jest stała i w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy i usługi oraz konkursy wynosi 20 tys. zł, a w przypadku robót budowlanych zależy od wartości postępowania i wynosi 20 tys. zł, a jeżeli ogłoszenie o zamówieniu publicznym ze względu na wartość było przekazywane do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, 40 tys. zł. Prezes decyduje również o wyłączeniu lub odmowie wyłączenia członka Izby w zależności od zasadności wystąpienia okoliczności faktycznych i prawnych mogących budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności członka Izby, na pisemny wniosek strony lub członka składu orzekającego (wyłączenie następuje na podstawie postanowienia, któremu nie przysługuje zażalenie).

Status zmian w procedurze odwoławczej

Znowelizowana ustawa oddziałuje również na zakres proceduralny postępowania odwoławczego, jednak ze względu na to, że w dużej mierze kształtem jest zbliżona do obecnie funkcjonującego – zasygnalizuję jedynie najistotniejsze zmiany wprowadzane art. 1 pkt 52 ustawy z 13 kwietnia 2007 r.

Po pierwsze ustawodawca dokonał podwyższenia progu wartości zamówienia, od której uzależnia możliwość skutecznego złożenia odwołania¹¹, zmiana ta niewątpliwie ogranicza ochronę interesów prawnych wykonawców, pozostawienie im wyłącznie drogi sądowej nie stanowi,

¹¹ Od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz.U. Nr 87, poz. 604).

w ich mniemaniu, wystarczającej ochrony. Na korzyść wykonawców zmianie uległ art. 189 ust. 2 znowelizowanej ustawy, bowiem obecnie przy cofnięciu odwołania przed otwarciem rozprawy wykonawcy zwraca się jedynie połowę wpisu, po zmianie będzie to 90% wpisu.

W znowelizowanej ustawie rozbudowie uległ katalog orzekanych wyroków, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając odwołanie może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego, nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia. Odpis wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wraz z uzasadnieniem doręcza się w terminie 3 dni stronom i innym uczestnikom postępowania odwoławczego (lub ich pełnomocnikom). Orzeczenie Izby po stwierdzeniu przez sąd (na wniosek strony) jego wykonalności ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu.

Postulat końcowy

Prawo zamówień publicznych w ujęciu kompleksowym funkcjonuje w systemie prawnym od 2004 r., ulega ciągłym zmianom i przekształceniom, co jest zrozumiałe ze względu na charakter zagadnienia, jak również na zmiany, które zachodzą na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej. Zamówienia publiczne mają znaczący wpływ na swobodny przepływ kapitału i usług na rynku wewnętrznym, ale również ogromne znaczenie dla gospodarki danego państwa i racjonalności wydatkowania finansów publicznych przez jednostki sektora publicznego. Nowelizująca ustawa z 13 kwietnia 2007 r. O zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw wyrównuje polski system zamówień publicznych z obowiązującym w Unii Europejskiej. Podwyższenie progu do 14 tys. euro jest rozwiązaniem dobrym i oczekiwanym, zarówno przez zamawiających, jak i wykonawców. Jednak pozostawienie wydatkowania środków publicznych poniżej kwoty

netto 61 418 zł¹² wolnej woli zamawiających przy jedynym zachowaniu art. 35 ustawy z 30 czerwca 2005 r. O finansach publicznych, może się okazać konfliktowym rozwiązaniem w samej administracji publicznej, jak również korupcyjogennym w jej stosunkach cywilnych z podmiotami prywatnymi.

Podobnie sytuacja odnosi się do uzależnienia możliwości składania odwołań od wartości progowych danego postępowania. Po wejściu w życie proponowanych zmian ustawowych odwołania będą przysługiwały od protestów składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość jest równa lub przekracza kwotę 137 tys. euro, w zależności od charakteru zamawiającego i rodzaju zamówienia. Oczywiście wykonawcy zachowują możliwość dochodzenia swych praw i żądań roszczeń na drodze cywilnoprawnej przed sądem powszechnym.

Nie ma wymogu dotyczącego kształtu systemu odwoławczego. Występujące w formie dyrektyw unijnych „wskazówki” wyznaczają jedynie podstawowe zasady i założenia, jakimi powinno charakteryzować się postępowanie odwoławcze. W państwach członkowskich przyjęto różne rozwiązania, będące konsekwencją ich własnych urzeczywistnień prawnych.

Przykładowo najtrudniej dochodzić wykonawcom swych praw w Republice Federalnej Niemiec, zgodnie bowiem z prawem, przed sądem można jedynie dochodzić praw podmiotowych, co stanowi podstawową przeszkodę do składania spraw do sądu w przypadku zamówień poniżej wartości progowych przewidzianych Rozporządzeniem Komisji (WE) nr 2083/2005 z 19 grudnia 2005 r. (zmieniającym dyrektywy 2004/17 WE i 2004/18 WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów ich stosowania w zakresie procedur udzielania zamówień publicznych). Rozwiązanie przyjęte w Republice Francuskiej polega na przekazaniu egzekwowania przepisów za-

¹² Wartość wyliczona zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z 22 maja 2006 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczenia wartości zamówień publicznych (Dz.U. Nr 87, poz. 610).

mówień publicznych sądom administracyjnym zgodnie z procedurą *référé précontractuel* odnośnie do rozpatrywania sporów dotyczących zamówień publicznych, w przypadku gdy czas ma znaczenie podstawowe. Rozwiązaniem podobnym do tego, które obowiązuje w Polsce jest przyjęty system odwoławczy w Republice Słowackiej, występujący tutaj mechanizm jest trójstopniowy, jakkolwiek w praktyce wniesienie odwołania do podmiotu zamawiającego następuje jednocześnie z uruchomieniem procedury na II szczeblu odwoławczym, tj. w Wydziale ds. Środków Odwoławczych UVO (odpowiednik UZP), od tych decyzji przysługuje skarga do sądu¹³.

W niniejszej publikacji wskazałem tylko i wyłącznie obiektywny charakter wprowadzanych zmian, jednak pierwsze miesiące funkcjonowania zmian oraz praktyka, która w zderzeniu z wprowadzanymi przepisami będzie najlepszym komentarzem i oddadzą pełny obraz istoty nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych.

Summary

Act on the amendment to act – Public Procurement Law and certain acts of 13 April 2007 (“Journal of Laws”, No 82, item 560) signed by the President of the Republic of Poland on 25 April 2007 which entered into force on 11 June 2007 has formed a new, conceived as a quasi-court, institution – the National Appeal Chamber to the Public Procurement Network President. The Chamber shall professionally and expertly carry out tasks related to appeal proceedings under the Act on Public Procurement and contribute to make the applied public procurement law uniform. The amendment to act shall be decisive in public finance network and framework of small and medium enterprises.

¹³ Por.: P. Trepte, *Przewodnik po procedurach zamówień publicznych w wybranych krajach Unii Europejskiej*, Warszawa–Katowice 2006, s. 146 i nast.

Jakub Biernat

Odpowiedzialność spadkobierców za długi spadkowe po dziale spadku. *Uwagi de lege ferenda*

Uwagi wstępne

Uregulowanie instytucji odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe na gruncie większości systemów normatywnych opiera się na przyjęciu określonej relacji pomiędzy dwiema przeciwstawnymi tendencjami. Pierwsza z nich zmierza do zapewnienia ochrony interesów wierzycieli spadku¹, druga natomiast do zapewnienia ochrony interesów spadkobierców². W skrajnym ujęciu, uwzględnienie pierwszej ze wskazanych tendencji prowadziłoby do przyjęcia nieograniczonej odpowie-

¹ Przez wierzycieli spadku rozumieć należy wierzycieli spadkodawcy, których wierzytelności względem spadkodawcy nie wygasły z chwilą otwarcia spadku, lecz przysługują nadal względem spadkobierców oraz wierzycieli, których wierzytelności powstały w związku z otwarciem spadku i przysługują względem spadkobierców – por. na ten temat np.: E. Skowrońska, *Odpowiedzialność spadkobierców za długi spadkowe*, Warszawa 1984, s. 20–26.

² Pośrednio również innych podmiotów, np. wierzycieli spadkobierców.

działności spadkobierców za długi spadkowe, zaś uwzględnienie drugiej – do całkowitego jej wyłączenia. Unormowanie instytucji odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe gwarantujące wyważenie stopnia ochrony zapewnianego normatywnie różnym podmiotom prawa, wymaga odwołania się w odpowiednim zakresie zarówno do jednej, jak i drugiej ze wskazanych tendencji. W konsekwencji przyjmuje się, co do zasady, że spadkobiercy ponoszą odpowiedzialność za długi spadkowe, która to odpowiedzialność jest wszakże zwykle ograniczona z mocy obowiązujących norm prawnych lub może zostać ograniczona wskutek podjęcia przez spadkobiercę określonego zachowania, w szczególności zaś, wskutek złożenia określonego oświadczenia woli³.

Zakres odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe

Ustalenie zakresu odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe polega w pierwszym rzędzie na określeniu, jakimi prawami majątkowymi i w jakich granicach odpowiadają spadkobiercy. Ustalenie zakresu odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe jest zatem zwykle związane z jej ograniczeniem. Ograniczenie odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe ma, co do zasady, charakter przedmiotowy lub rachunkowy. W pierwszym przypadku spadkobiercy odpowiadają za długi spadkowe nie całym swoim majątkiem, lecz wyłącznie prawami majątkowymi wchodzącymi w skład majątku spadkowego (odpowiedzialność *cum viribus hereditatis*). W drugim zaś, spadkobiercy odpowiadają za długi spadkowe, co do zasady, całym majątkiem, ale tylko do wysokości wartości praw majątkowych wchodzących w skład majątku spadkowego (odpowiedzialność *pro viribus hereditatis*)⁴.

³ Por.: J. S. Piąkowski, *Prawo spadkowe. Zarys wykładu*, wyd. 5, zaktualizował i uzupełnił B. Kordasiewicz, Warszawa 2002, s. 176–177.

⁴ Por.: E. Drozd, [w:] *System prawa cywilnego. Prawo spadkowe*, t. 4, red. J. S. Piąkowski, Wrocław–Warszawa–Kraków 1986, s. 357–358; J. S. Piąkowski, *Prawo spadkowe...*, s. 177.

Pomimo zróżnicowania wskazanych metod ograniczenia odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe, należy zwrócić uwagę, że w istocie zmierzają one do realizacji tożsamego celu, tak z perspektywy ochrony interesów spadkobierców, jak i z perspektywy ochrony interesów wierzycieli spadkodawcy⁵. Z punktu widzenia ochrony interesów spadkobierców celem tym jest zagwarantowanie spadkobiercom ponoszącym odpowiedzialność za długi spadkowe, że ewentualna ingerencja w ich majątki następująca wskutek realizacji wierzytelności przez wierzycieli spadkodawcy nie wykroczy poza wartość korzyści uzyskanych przez spadkobierców w drodze dziedziczenia. Z punktu widzenia ochrony interesów wierzycieli spadkodawcy celem tym jest dążenie do zagwarantowania wierzycielom spadkodawcy, że majątek spadkodawcy istniejący w chwili otwarcia spadku i stanowiący potencjalne źródło zaspokojenia ich wierzytelności, nie ulegnie nadmiernemu zmniejszeniu, wskutek zaistnienia okoliczności z perspektywy wierzycieli przypadkowej, jaką jest otwarcie spadku⁶. Przyjęcie na gruncie danego systemu normatywnego regulacji zapewniającej konsekwentną realizację wskazanego celu uznać należy za prowadzącą do właściwego wyważenia ochrony interesów spadkobierców i wierzycieli spadkodawcy.

Unormowanie zakresu odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe przyjęte na gruncie polskiego prawa spadkowego odwołuje się do przedmiotowego oraz rachunkowego ograniczenia odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe. W okresie pomiędzy otwarciem a przyjęciem spadku spadkobiercy ponoszą odpowiedzialność za długi spadkowe zawsze tylko ze spadku (art. 1030, zd. 1 kc). Odpowiedzialność spadkobierców za długi spadkowe po przyjęciu spadku jest natomiast ograniczona do wysokości wartości praw mająt-

⁵ Zgodnie z poczynionymi wyżej ustaleniami terminologicznymi, wierzyciele spadkodawcy to takie podmioty, których wierzytelności względem spadkodawcy nie wygasły z chwilą otwarcia spadku, lecz przysługują im nadal względem spadkobierców.

⁶ Majątek stanowiący potencjalne źródło zaspokojenia wierzytelności wierzycieli spadkodawcy ulega wszakże zwykle pewnemu zmniejszeniu z chwilą otwarcia spadku, choćby poprzez powstanie z otwarciem spadku określonych wierzytelności.

kowych wchodzących w skład majątku spadkowego (art. 1031 § 2, zd. 1 kc), o ile spadkobierca – nieskrępowany w tym zakresie stanowiskiem innych podmiotów – zagwarantuje sobie ograniczenie odpowiedzialności za długi spadkowe poprzez przyjęcie spadku z dobrodziejstwem inwentarza (por. art. 1012 kc, art. 1015 kc, art. 1016 kc, art. 1023 kc).

Powyższe uregulowanie niewątpliwie wskazuje, że ustawodawca polski z jednej strony daje wyraz stanowisku, iż ingerencja w majątek spadkobiercy przez wierzycieli spadkodawcy nie powinna wykraczać poza wartość korzyści uzyskanych przez spadkobiercę w wyniku dziedziczenia, z drugiej zaś zmierza do zapewnienia wierzycielom spadkodawcy sytuacji możliwie nie pogorszonej w stosunku do okresu przed otwarciem spadku⁷. Kształt przedstawionej regulacji nie upoważnia jednakże do sformułowania tezy, że przedstawione rozwiązania normatywne zapewniają konsekwentną realizację wskazanego celu. Należy bowiem zwrócić uwagę, że wpływ na jego osiągnięcie ma nie tylko uregulowanie normujące zakres odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe, lecz również unormowanie charakteru odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe.

Charakter odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe

W razie, gdy do dziedziczenia dochodzi więcej niż jeden spadkobierca, konieczne staje się normatywne uregulowanie charakteru odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe. Odpowiedzialność współspadkobierców za długi spadkowe ma zwykle charakter odpowiedzialności solidarnej lub odpowiedzialności podzielnej (*pro rata*

⁷ Wskazują na to także inne uregulowania, w świetle których ustawodawca zmierza do zagwarantowania wierzycielom spadkodawcy pozycji nie pogorszonej w stosunku do okresu przed otwarciem spadku – por. np. co do kolejności spłacania długów spadkowych: J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe w zarysie*, wyd. 5, opracował i zaktualizował A. Mączyński, Warszawa 1990, s. 193–196.

parte). Odpowiedzialność solidarna spadkobierców stwarza wierzycielowi możliwość żądania całości lub części świadczenia od wszystkich spadkobierców łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregośkolwiek ze spadkobierców zwalnia pozostałych, zaś spadkobiercom przysługują względem siebie roszczenia regresowe. Odpowiedzialność podzielną spadkobierców powoduje podział długów obciążających spadkobierców, stwarzając wierzycielowi możliwość żądania części świadczeń od każdego ze spadkobierców z osobna. Podział długów następuje w odpowiednim stosunku, zwykle w oparciu o wielkość udziałów, w których spadkobiercy dochodzą do dziedziczenia lub w oparciu o wartość korzyści uzyskiwanych przez spadkobierców w związku z dziedziczeniem⁸.

Charakter odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe na gruncie polskiego prawa spadkowego nie jest uregulowany w sposób jednolity. Spadkobiercy do chwili działu spadku ponoszą solidarną odpowiedzialność za długi spadkowe, zaś od chwili działu spadku odpowiadają za długi spadkowe w stosunku do wielkości udziałów (art. 1034 kc). Takie uregulowanie oznacza, że dokonanie działu spadku powoduje zmianę charakteru odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe. Z chwilą uzyskania skutków prawnych przez dział spadku ustaje, co do zasady, odpowiedzialność solidarna spadkobierców, zaś każdy z nich odpowiada za długi spadkowe samodzielnie w stosunku do wielkości przysługującego mu udziału w majątku spadkowym⁹.

⁸ Por.: E. Drozd, [w:] *System...*, s. 360; E. Skowrońska, *Odpowiedzialność...*, s. 57–59.

⁹ Zmiana charakteru odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe z odpowiedzialności solidarnej w odpowiedzialność podzielną w stosunku do wielkości udziałów jest zasadą, od której w świetle uregulowań prawa polskiego zachodzą dwa rodzaje wyjątków. Po pierwsze, w odniesieniu do niektórych długów spadkowych dokonanie działu spadku powoduje zmianę charakteru odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe z odpowiedzialności solidarnej w odpowiedzialność inną niż odpowiedzialność w stosunku do wielkości udziałów. Po drugie, w odniesieniu do niektórych długów spadkowych dokonanie działu spadku nie powoduje zmiany charakteru ponoszonej przez spadkobierców odpowiedzialności za długi spadkowe – por. np.: J. Biernat, [w:] *Prawo spadkowe. Pytania, kazusy, tablice*, Warszawa 2003, s. 42; E. Drozd, [w:] *System...*, s. 380–381; E. Skowrońska, *Odpowiedzialność...*, s. 95. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, że w istocie dokonanie działu spadku powoduje nie tylko zmianę charakteru odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe, lecz również zmianę charakteru prawnego samych długów

Obowiązujące na gruncie prawa polskiego uregulowanie charakteru odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe ma istotny wpływ na określenie sytuacji prawnej, tak spadkobierców, jak i wierzycieli spadkodawcy, zarówno przed dokonaniem działu spadku (1), jak i po dokonaniu działu spadku (2).

1. Istnienie solidarności biernej po stronie spadkobierców w okresie poprzedzającym dokonanie działu spadku oznacza, że wierzyciel spadkodawcy może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich spadkobierców łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregośkolwiek ze spadkobierców zwalnia pozostałych (art. 1034 § 1, zd. 1 kc w związku z art. 366 § 1 kc)¹⁰. Przesądza to, że możliwe jest zaistnienie sytuacji, w której jeden ze spadkobierców spełni świadczenie na rzecz wierzyciela w całości, co z kolei oznacza, iż ingerencja wierzyciela w majątek danego spadkobiercy wykraczać będzie poza wartość korzyści uzyskanych przez spadkobiercę w wyniku dziedziczenia. Możliwość zaistnienia wskazanej sytuacji nie znaczy wszakże, że przyjęcie solidarnej odpowiedzialności spadkobierców przed działem spadku wyklucza prawidłowe funkcjonowanie zasady gwarantującej odpowiednią relację pomiędzy wartością korzyści uzyskiwanych w drodze dziedziczenia a odpowiedzialnością za długi spadkowe. Stosownie do art. 1034 § 1, zd. 2 kc, w razie, gdy w okresie istnienia odpowiedzialności solidarnej spadkobierców za długi spadkowe, jeden ze spadkobierców spełnił świadczenie, wówczas może żądać zwrotu od pozostałych spadkobierców w częściach, które odpowiadają wielkości przysługujących im udziałów w majątku spadkowym. Spadkobierca, który spełnił świadczenie

spadkowych. W miejsce jednego długu, za który wszyscy spadkobiercy odpowiadali solidarnie, powstaje, co do zasady, tyle długów o samodzielnym bycie prawnym, ilu jest spadkobierców. E. Drozd, [w:] *System...*, s. 381–382.

¹⁰ W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że stosownie do art. 779 § 1 kpc, do egzekucji ze spadku konieczny jest – aż do działu spadku – tytuł egzekucyjny przeciwko wszystkim spadkobiercom. Takie uregulowanie oznacza, że prowadzenie przez wierzyciela egzekucji względem składników majątku spadkowego wymaga tytułu egzekucyjnego przeciwko wszystkim spadkobiercom również w razie, gdy realizuje on swoją wierzytelność względem choćby jednego z dłużników solidarnych.

na rzecz wierzyciela może zatem, w drodze realizacji roszczeń regresowych, doprowadzić do sytuacji, w której wartość świadczeń poniesionych przez poszczególnych spadkobierców w związku ze spełnieniem świadczenia na rzecz wierzyciela nie będzie wykraczała poza wartość korzyści przypadających im w drodze dziedziczenia.

Oznacza to, że omawiane unormowanie zapewnia wymagany stopień ochrony tak spadkobiercom, którzy mogą doprowadzić do sytuacji, w której ingerencja w ich majątki następująca wskutek realizacji wierzytelności nie wykroczy poza wartość korzyści uzyskanych przez nich w drodze dziedziczenia – jak i wierzycielom, dla których majątek spadkodawcy istniejący w chwili otwarcia spadku i stanowiący potencjalne źródło zaspokojenia wierzytelności, nie ulega zasadniczemu zmniejszeniu wskutek otwarcia spadku.

2. Z chwilą uzyskania skutków prawnych przez dział spadku ustaje solidarna odpowiedzialność spadkobierców za długi spadkowe. Każdy ze spadkobierców odpowiada za długi spadkowe samodzielnie w stosunku do wielkości przysługującego mu udziału w majątku spadkowym. O zmianie charakteru odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe decyduje zatem zawsze sam fakt dokonania działu spadku, nie zaś treść umowy o dział spadku, czy postanowienia o dziale spadku. Odpowiedzialność spadkobierców za długi spadkowe po dokonaniu działu spadku nie jest zatem związana z wartością praw majątkowych uzyskanych przez spadkobierców w wyniku dokonania działu spadku, lecz determinowana jest wyłącznie wielkością przysługujących spadkobiercom udziałów w majątku spadkowym wynikających z powołania do dziedziczenia¹¹.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że na gruncie prawa polskiego brak jest unormowania wprowadzającego wymóg zachowania określo-

¹¹ Por. np.: E. Drozd, [w:] *System...*, s. 382; J. Kremis, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, wyd. 2, Warszawa 2006, s. 1558; J. S. Piątkowski, *Prawo spadkowe...*, s. 179, 186; J. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, red. J. Pietrzykowski, Warszawa 1972, s. 1956–1957; E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga czwarta. Spadki*, wyd. 7, Warszawa 2006, s. 224; J. Stobienia, *Realizacja praw wierzycieli spadkodawcy po dziale spadku*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego” 1982, nr 17–18, s. 101–102.

nej relacji pomiędzy wartością udziału w majątku spadkowym przysługującego danemu spadkobiercy, a wartością korzyści uzyskiwanych przez tegoż spadkobiercę w wyniku dokonania działu spadku, w szczególności zaś brak jest unormowania wprowadzającego wymóg zachowania równej wartości korzyści uzyskiwanych w wyniku dokonania działu spadku i wartości udziału w majątku spadkowym¹². Rozdział korzyści majątkowych uzyskiwanych w wyniku działu spadku może nastąpić w zasadzie w dowolnych proporcjach pomiędzy stronami umowy o dział spadku, czy uczestnikami postępowania o dział spadku, niezależnie od wartości przysługujących tymże podmiotom udziałów w majątku spadkowym, byleby tylko treść umowy o dział spadku lub kształt postanowienia nie wykraczały poza granice wyznaczone prawem przedmiotowym (por. art. 58 § 1 i 2 kc, art. 688 kpc w związku z art. 622 kpc, art. 687 kpc). Oznacza to, że możliwe jest zaistnienie sytuacji, w której podmiot będący stroną umowy o dział spadku lub uczestnikiem postępowania o dział spadku, bądź nie uzyska żadnej korzyści majątkowej z majątku spadkowego, bądź uzyska korzyść majątkową o wartości mniejszej niż wartość przysługującego mu udziału w majątku spadkowym.

Ustalenie charakteru odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe po dziale spadku w oparciu o odwołanie się do wielkości przysługujących spadkobiercom udziałów w majątku spadkowym, w połączeniu z brakiem normatywnego wymogu zachowania przy dokonywaniu działu spadku relacji równości pomiędzy wartością udziału w majątku spadkowym przysługującego danemu spadkobiercy, a wartością uzyskiwanych przez niego korzyści, może prowadzić do powstania dwojakiego rodzaju zagrożeń.

Z jednej strony, może dojść do zagrożenia interesów spadkobierców ponoszących odpowiedzialność za długi spadkowe. W razie, gdy korzyść majątkowa uzyskana przez danego spadkobiercę w wyniku działu spadku ma wartość mniejszą niż wartość przysługującego

¹² Por. więcej na ten temat: J. Biernat, „Umowny dział spadku w polskim prawie cywilnym”, niepublikowana praca doktorska, Wydział Prawa i Administracji UJ, Kraków 2006, s. 44–48.

mu udziału w majątku spadkowym, wówczas ewentualna ingerencja w jego majątek następująca wskutek realizacji wierzytelności przez wierzycieli spadkodawcy może wykroczyć poza wartość tego, co spadkobierca w istocie uzyskał w związku z dziedziczeniem.

Z drugiej strony, może dojść do zagrożenia interesów wierzycieli spadkodawcy. W razie, gdy w wyniku dokonania działu spadku dany spadkobierca nie uzyskał żadnej korzyści majątkowej bądź korzyść majątkowa uzyskana przez niego ma wartość mniejszą niż wartość przysługującego mu udziału w majątku spadkowym, wówczas majątek stanowiący potencjalne źródło zaspokojenia wierzytelności ulega zmniejszeniu w stosunku do chwili otwarcia spadku, a w skrajnym przypadku przestaje istnieć. Wymiar przedstawionych zagrożeń wymyka się jednolitej ocenie.

Oceniając potencjalne zagrożenie interesów spadkobierców należy zwrócić uwagę na istotny wpływ spadkobierców na zaistnienie okoliczności kreującej wskazane zagrożenie. Wartość korzyści uzyskiwanych w wyniku działu spadku, czy też szerzej – relacja pomiędzy wartością udziału w majątku spadkowym a wartością korzyści uzyskiwanych w wyniku działu spadku, jest wynikiem zawarcia umowy o dział spadku lub wydania postanowienia o dziale spadku w oparciu o zgodny wniosek uczestników postępowania, a zatem wynikiem zdarzeń wymagających akceptacji samego spadkobiercy, albo też wynikiem wydania postanowienia o dziale spadku wprawdzie w braku zgodnego wniosku uczestników postępowania, jednakże również stanowiącego zdarzenie, na kształt którego spadkobierca mógł mieć wpływ składając odpowiednie wnioski w toku postępowania. Prowadzi to do wniosku, że ewentualne zagrożenie interesów spadkobierców związane z odpowiedzialnością za długi spadkowe po dziale spadku jest zawsze następstwem zdarzenia, na które dany spadkobierca miał lub mógł mieć istotny wpływ. To zatem sam spadkobierca, podejmując określoną aktywność na etapie działu spadku lub nie podejmując takiej aktywności, determinuje swoją ekonomiczną pozycję jako dłużnika. Dokonując oceny zaistniałej sytuacji trzeba pamiętać, że to dany podmiot

prawa winien być uznany, co do zasady, za najbardziej kompetentny, jeśli chodzi o kształtowanie własnej sytuacji majątkowej. Jeśli efektem danego zachowania spadkobiercy jest dział spadku gwarantujący mu uzyskanie korzyści majątkowej o wartości mniejszej niż wartość przysługującego mu udziału w majątku spadkowym lub też nie gwarantujący mu żadnej korzyści, to należy przyjąć, że odpowiada to jego woli i w jego własnym przekonaniu właściwie zabezpiecza jego interesy.

Podjmując próbę oceny potencjalnego zagrożenia interesów wierzycieli spadkodawcy, należy zwrócić uwagę, że podmioty te są pozbawione wpływu na zaistnienie okoliczności kreującej wskazane zagrożenie. Wierzyciel spadkodawcy nie może być stroną umowy o dział spadku, a w konsekwencji nie decyduje o jej treści; nie może być także uczestnikiem postępowania o dział spadku, a zatem nie ma wpływu na kształt postanowienia o dziale spadku¹³. Wierzyciele spadkodawcy pozbawieni są również instrumentów, które pozwalałyby im na doprowadzenie do uchYLENIA skutków prawnych zawartej umowy o dział spadku¹⁴, czy wydanego postanowienia o dziale spadku, w razie gdy prowadzą one do naruszenia ich interesów poprzez rozdział korzyści nie zachowujący zasady równej wartości udziału w majątku spadkowym przysługującego danemu spadkobiercy i wartości korzyści uzyskiwanych przez tegoż spadkobiercę w wyniku dokonania działu spadku. Prowadzi to do wniosku, że ewentualne zagrożenie interesów wierzycieli spadkodawcy związane z odpowiedzialnością za długi spadkowe po dziale spadku jest następstwem zdarzenia, na które wierzyciele nie mieli i nie mogli mieć wpływu.

W świetle powyższych ustaleń należy wskazać, że o ile możliwe zagrożenie interesów spadkobierców nie powinno pociągać za sobą jednoznacznie negatywnej oceny uregulowania charakteru odpowie-

¹³ Por.: A. Stempniak, *Postępowanie o dział spadku*, Warszawa 2006, s. 111.

¹⁴ Wydaje się, że wyjątkowo, przy spełnieniu odrębnych przesłanek, wierzyciel będzie mógł dochodzić ubezszkudnienia umowy o dział spadku przez odwołanie się do instytucji skargi państwa (por. art. 527–534 kc). Por. w odniesieniu do umowy o podział majątku wspólnego małżonków: M. Sychowicz, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, wyd. 3, Warszawa 2005, s. 254; wyrok SN z 28 kwietnia 2004 r., III CK 469/02, OSNC 2005, nr 5, poz. 85.

działności spadkobierców za długi spadkowe po dziale spadku, o tyle wskazane uregulowanie może być źródłem trudnej do zaakceptowania ingerencji w interesy wierzycieli spadkodawcy. Wskazane uregulowanie nie stwarza wierzycielom spadkodawcy żadnej gwarancji, że majątek stanowiący potencjalne źródło zaspokojenia ich wierzytelności, nie ulegnie zasadniczemu zmniejszeniu wskutek dokonania działu spadku w określonym kształcie. Z punktu widzenia ochrony interesów wierzycieli spadkodawcy nie dochodzi zatem do realizacji podstawowego celu, jaki winien przyświecać unormowaniu instytucji ograniczonej odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe.

Odpowiedzialność spadkobierców za długi spadkowe po dziale spadku *de lege ferenda*

Stan rzeczy, w którym obowiązujące na gruncie prawa polskiego uregulowanie charakteru odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe po dziale spadku może prowadzić do nieuzasadnionej ingerencji w interesy wierzycieli spadkodawcy, należy ocenić negatywnie. Wobec faktu, że możliwość zaistnienia negatywnych skutków prawnych nie może być usunięta w drodze przeprowadzenia odpowiedniej wykładni obowiązujących norm prawnych, zasadne zdaje się być postulowanie o interwencję ustawodawcy i zmianę obecnie obowiązującego materiału normatywnego w taki sposób, by wyłączyć (ograniczyć) możliwość pokrzywdzenia wierzycieli spadkodawcy. Zmiana taka winna polegać na wprowadzeniu unormowania gwarantującego wierzycielom spadkodawcy, że majątek stanowiący potencjalne źródło zaspokojenia ich wierzytelności nie ulegnie zasadniczemu zmniejszeniu wskutek dokonania działu spadku w określonym kształcie. Realizacja wskazanego celu może nastąpić bądź poprzez wprowadzenie unormowania, stosownie do którego spadkobiercy odpowiadałoby za długi spadkowe po dziale spadku w stosunku do wartości korzyści otrzymanych w wyniku działu spadku, bądź

poprzez utrzymanie solidarnej odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe również po działu spadku.

Wydaje się, że ewentualna nowelizacja przepisów Kodeksu cywilnego winna opierać się na przyjęciu pierwszej z przedstawionych możliwości¹⁵. Przemawiają za tym w szczególności następujące argumenty.

Po pierwsze, unormowanie takie gwarantowałoby pełniejszą ochronę wierzycieli spadkodawcy poprzez usunięcie niedostatków regulacji w obecnie obowiązującym kształcie. Wiążąc zakres odpowiedzialności za długi spadkowe danego spadkobiercy z wartością korzyści uzyskiwanych przez tegoż spadkobiercę w wyniku działu spadku, pozwalałoby na ograniczenie możliwości zaistnienia sytuacji, w której realizacja wierzytelności przysługującej uprzednio względem spadkodawcy nie byłaby faktycznie możliwa z uwagi na zmniejszenie (likwidację) majątku spadkobiercy w stosunku do chwili otwarcia spadku, wskutek dokonania działu spadku w określonym kształcie. Kształt działu spadku, czy też mówiąc ściślej – wartość korzyści uzyskiwanych w wyniku działu spadku przez danego spadkobiercę, determinowałaby jego odpowiedzialność za długi spadkowe.

Po drugie, przedstawione unormowanie chroniłoby w szerszym zakresie nie tylko wierzycieli spadkodawcy, lecz także wierzycieli, których wierzytelności powstały w związku z otwarciem spadku i przysługują względem spadkobierców. Także w odniesieniu do tych podmiotów realizowana byłaby bowiem zależność pomiędzy odpowiedzialnością za długi spadkowe a wartością korzyści uzyskiwanych przez spadkobierców w wyniku działu spadku.

Po trzecie, proponowane unormowanie zapewniałoby pełniejszą ochronę wierzycieli spadkobiercy. Należy zwrócić uwagę, że w razie, gdy w wyniku dokonania działu spadku dany spadkobierca nie uzyskał żadnej korzyści majątkowej, bądź korzyść majątkowa uzyskana przez niego ma wartość mniejszą niż wartość przysługującego mu udziału w majątku spadkowym, wówczas majątek stanowiący potencjalne

¹⁵ Zwolenników w nauce prawa ma wszakże również druga z przedstawionych możliwości – por. J. Stobienia, *Realizacja...*, s. 109–110.

źródło zaspokojenia wierzytelności przysługujących wszelkim wierzycielom ulega zmniejszeniu w stosunku do okresu pomiędzy otwarciem spadku a działem spadku. Oznacza to, że wskutek dokonania działu spadku pogorszeniu może ulec nie tylko sytuacja wierzycieli spadku, ale i wierzycieli spadkobiercy. Wskazane pogorszenie związane jest z ekonomicznym zmniejszeniem aktywów majątku spadkobiercy, przy braku ekonomicznych zmian po stronie pasywów. Może to prowadzić do wyłączenia (ograniczenia) możliwości zaspokojenia wierzycieli spadkobiercy, których wierzytelności konkurują z wierzytelnościami wierzycieli spadku i kierowane są do tego samego majątku, którego wartość po działle spadku ograniczona jest w stosunku do okresu przed działem spadku. Należy również zwrócić uwagę, że na gruncie prawa polskiego brak jest instytucji chroniącej wierzycieli spadkobiercy przed zaistnieniem wskazanego zagrożenia¹⁶ oraz na okoliczność, iż wierzyciele spadkobiercy są pozbawieni wpływu na dokonanie i kształt działu spadku oraz na powstanie określonych skutków prawnych działu spadku¹⁷. Proponowane rozwiązanie pozwalałoby na ograniczenie możliwości zaistnienia sytuacji, w której realizacja wierzytelności przysługującej wierzycielowi spadkobiercy nie byłaby faktycznie możliwa z uwagi na konkurencję z wierzytelnością przysługującą wierzycielowi spadku. Powiązanie wartości korzyści uzyskiwanych przez dany podmiot w wyniku działu spadku z zakresem odpowiedzialności ponoszonej względem wierzycieli spadku, ograniczałoby możliwość realizacji wierzytelności przysługujących wierzycielom spadku kosztem realizacji wierzytelności przysługujących wierzycielom spadkobiercy.

Po czwarte, postulowane unormowanie uznać należy za korzystne z punktu widzenia ochrony interesów spadkobierców. Pozwala ono uniknąć sytuacji, w której wskutek realizacji wierzytelności przysługującej uprzednio względem spadkodawcy, doszłoby do ingerencji

¹⁶ Instytucją taką na gruncie innych systemów normatywnych jest tzw. oddzielenie majątków (*separatio bonorum*) – por.: E. Drozd, [w:] *System...*, s. 358–359; E. Skowrońska, *Odpowiedzialność...*, s. 152–153.

¹⁷ Wyjątkowo wierzyciele spadkobiercy będą mogli wziąć udział w postępowaniu o dział spadku – por.: A. Stempniak, *Postępowanie...*, s. 118–120.

w majątek spadkobiercy wykraczającej poza wartość tego, co spadkobierca rzeczywiście uzyskał w związku z powołaniem do dziedziczenia. Wprawdzie, jak wskazano wyżej, możliwość naruszenia interesów spadkobierców wskutek dokonania działu spadku w określonym kształcie, nie powinna podlegać jednoznacznie negatywnej ocenie, a to z uwagi na istotny wpływ spadkobierców na kształt działu spadku, to jednakże nie wyklucza to pozytywnej oceny regulacji chroniącej spadkobierców w sposób pełniejszy.

Po piąte, należy stwierdzić, że proponowane rozwiązanie funkcjonuje już w pewnym zakresie na gruncie prawa polskiego. Zgodnie z art. 1081, zd. 2 kc każdy ze spadkobierców ponoszących odpowiedzialność za długi spadkowe związane z prowadzeniem gospodarstwa rolnego, ponosi odpowiedzialność w stosunku do wartości, a nie wielkości otrzymanego udziału. Oznacza to, że postulowana zmiana normatywna nie wiązałaby się z koniecznością wprowadzenia regulacji stanowiącej na gruncie prawa polskiego całkowite *novum*, co mogłoby mieć niebagatelne znaczenie dla praktyki jej stosowania.

Po szóste, warto zwrócić uwagę na pewne wątpliwości, jakie mogłyby się wiązać z utrzymaniem solidarnej odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe po dziale spadku. Przede wszystkim, solidarna odpowiedzialność spadkobierców za długi spadkowe związana jest z istnieniem wspólności majątku spadkowego. Solidarna odpowiedzialność za długi spadkowe jest „odpowiednikiem” w odniesieniu do długów, wspólności majątku spadkowego w odniesieniu do praw. Innymi słowy, odpowiedzialność solidarna istnieje dlatego, że spadkobiercom przysługuje współuprawnienie względem pewnego majątku. W momencie, w którym współuprawnienie ustaje, a następuje to z chwilą dokonania działu spadku, brak jest uzasadnienia dla utrzymywania odpowiednika tej instytucji w odniesieniu do długów spadkowych¹⁸. Nadto, utrzymanie solidarnej odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe po dziale spadku byłoby sprzeczne z celem działu spadku, jakim jest „wyod-

¹⁸ Por. np.: J. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks...*, s. 1956–1957; E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz...*, s. 224.

rębnienie” pozycji prawnej każdego z podmiotów, których dotyczy dział spadku. Wreszcie, utrzymanie solidarnej odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe po dziale spadku stwarzałoby wierzycielom możliwość ingerencji w majątek danego spadkobiercy wykraczającej poza wartość korzyści uzyskanych przez tegoż spadkobiercę w wyniku działu spadku. Wprawdzie w drodze realizacji roszczeń regresowych spadkobierca mógłby doprowadzić do sytuacji, w której wartość świadczeń poniesionych przez poszczególnych spadkobierców w związku ze spełnieniem świadczenia na rzecz wierzyciela nie będzie wykraczała poza wartość korzyści przypadających im w drodze dziedziczenia, jednakże osiągnięcie wskazanego skutku odsunięte byłoby w czasie wiążąc się jednocześnie z pewnymi utrudnieniami.

Uwagi końcowe

Postulat uzależnienia odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe po dziale spadku od wartości uzyskiwanych przez nich w dziale spadku korzyści, zmierza do zapewnienia prawidłowego funkcjonowania zasady gwarantującej odpowiednią relację pomiędzy wartością korzyści uzyskiwanych przez spadkobierców w związku z dziedziczeniem a odpowiedzialnością za długi spadkowe, prowadząc do właściwego zabezpieczenia interesów tak spadkobierców, jak i wierzycieli spadkodawcy¹⁹. Z punktu widzenia ochrony interesów spadkobierców gwarantuje, że ewentualna ingerencja w ich majątki następująca wskutek realizacji wierzytelności nie wykroczy poza wartość korzyści uzyskanych przez nich w związku z dziedziczeniem również po dziale spadku. Z punktu widzenia ochrony interesów wierzycieli spadkodawcy gwarantuje, że majątek spadkodawcy istniejący w chwili otwarcia spadku i stanowiący potencjalne źródło zaspokojenia ich wierzytelności, nie ulegnie zasadniczemu zmniejszeniu wskutek dokonania działu spadku.

¹⁹ A także innych podmiotów, takich jak wierzyciele spadkobiercy czy wierzyciele, których wierzytelności powstały w związku z otwarciem spadku i przysługują względem spadkobierców.

Proponowane posunięcie legislacyjne wpisuje się również właściwie w zespół innych uregulowań dotyczących odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe oraz działu spadku. W odniesieniu do odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe, proponowane rozwiązanie pozwala na pełniejsze zadośćuczynienie wynikającemu z uregulowania zakresu odpowiedzialności spadkobierców za długi spadkowe oczekiwaniu, że ingerencja w majątek spadkobiercy przez wierzycieli spadkodawcy nie powinna wykraczać poza wartość korzyści uzyskanych przez spadkobiercę w wyniku dziedziczenia, zmierzając jednocześnie do zapewnienia wierzycielom spadkodawcy sytuacji możliwie nie pogorszonej w stosunku do okresu przed otwarciem spadku. W odniesieniu do działu spadku, proponowane rozwiązanie współgra z uregulowaniem umożliwiającym spadkobiercom takie ukształtowanie działu spadku, w ramach którego nie dojdzie do zachowania równej wartości udziału w majątku spadkowym przysługującego danemu spadkobiercy i wartości korzyści uzyskiwanych przez tegoż spadkobiercę w wyniku działu spadku.

Bibliografia

J. Biernat, [w:] J. Biernat, P. Cybula, *Prawo spadkowe. Pytania, kazusy, tablice*, Warszawa 2003.

J. Biernat, „Umowny dział spadku w polskim prawie cywilnym”, niepublikowana praca doktorska, Wydział Prawa i Administracji UJ, Kraków 2006.

E. Drozd, [w:] *System prawa cywilnego. Prawo spadkowe*, t. 4, red. J. S. Piąkowski, Wrocław–Warszawa–Kraków 1986.

J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe w zarysie*, wyd. 5, opracował i zaktualizował A. Mączyński, Warszawa 1990.

J. Kremis, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, wyd. 2, Warszawa 2006.

J. S. Piąkowski, *Prawo spadkowe. Zarys wykładu*, wyd. 5, zaktualizował i uzupełnił B. Kordasiewicz, Warszawa 2002.

J. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, red. J. Pietrzykowski, Warszawa 1972.

E. Skowrońska, *Odpowiedzialność spadkobierców za długi spadkowe*, Warszawa 1984.

E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga czwarta. Spadki*, wyd. 7, Warszawa 2006.

A. Stempniak, *Postępowanie o dział spadku*, Warszawa 2006.

J. Stobienia, *Realizacja praw wierzycieli spadkodawcy po działle spadku*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego” 1982, nr 17–18.

M. Sychowicz, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, wyd. 3, Warszawa 2005.

Summary

One of the legal effects of the partition of succession is a change in the heirs' liability for the debts of succession from the joint and several liability into the liability related to the shares in the undivided property. Heirs' liability for the debts of successions after the partition of succession has no relation with the value of the proprietary rights granted to heirs as a result of the partition of succession. What is more, Polish civil law does not stipulate any relation between the value of the proprietary rights granted to heirs as a result of the partition of succession and the value of the heirs' share in the undivided property. As this may lead to the breach of interests of the creditors of the succession grantor and some other parties, an amendment to the Polish civil code is required. This amendment should consist in the introduction to the Polish legal system heirs' liability for the debts of succession related to the value of the proprietary rights granted to heirs as a result of the partition of succession.

Tamara Milenkovic Kerkovic

The Legal Issues of Franchising Agreement in Serbia – Enacting the Disclosure Law or Not

Introduction or is There Franchising in Serbia

Franchising is not a new concept in Serbia in Montenegro but paradoxally it is in its prenatal stage if compared to the other parts of the world. After years of wars, isolation, economic sanctions and separation of ex Yugoslav Republics, Serbia is now in the middle of the process known as the transition to the market economy. Franchising has started to be known as way of doing business in ex Yugoslavia from the mid 60s through the introduction of the Coca Cola, Avis, Hertz rent-a-car, Intercontinental Hotels, Hyatt Regency, American Express. Most of those contractual practices were not developed as the franchising agreements because of the fact that this form of contract had the legal status of the unnamed contract in Yugoslav legislature. But, despite different names all those contract were the franchising contract by its legal nature (*Falsa demonstratio non nocet*). After stagnation in

the 70s during the 80s there occurred the significant process of proliferation of franchising contractual practices represented by the most famous franchising contract between McDonalds and domestic corporation Genex which took form of joint venture agreement and the first McDonalds restaurant in Yugoslavia was opened in Belgrade during 1988. Beside the international franchising, Serbian economy started to develop domestic franchising systems at the end of 80s and in the first years of 90s but during the decade of wars, isolation, sanctions of the UN, economic stagnation and hyperinflation, as well separation of the Yugoslav ex Republics all franchising incentive stopped.¹ In spite of those negative tendencies two franchise associations were found during the 90s, one for the federal level called Yugoslav Franchising Federation (YUFA) which is situated in Novi Sad (Vojvodina) and regional Serbian Franchising Federation which place of activity is in Nis. Both associations have adopted European Code of Ethic for Franchising. Nowadays neither international nor domestic franchising has an important implementation and role in Serbian economy. Unfortunately, there are no any economic data about the role, situation and tendency of the development of franchising in Serbian economy as well about concluded franchising contracts. Under auspice of American Embassy in Belgrade and Serbian Chamber of Commerce in April 2007 it has been held First Franchising Conference in Serbia which shown opportunities and challenges for development of franchising in Serbia together with case studies of several international and domestic franchising systems which operate in Serbia (Office One Superstore, Diners Club International, Capriolo, Fornetti etc).

¹ There were number of Yugoslav enterprises which had developed their own franchising systems, represented with previous state and social owned companies which were in the process of privatization during the 90es such as Tigar, C-market, Pekabeta, Yumco. Most of those enterprises had developed each one contractual practices with standard forms franchising agreements. Some of those franchising contracts were lease contracts by their legal nature. See, *C-Market standard form franchising agreement*, [in:] T. Milenkovic Kerkovic, *Ugovor o fransizingu*, Nis 1998, pp. 195–210.

The Recent Legal Environment for Franchising Agreement in Serbia

Serbian commercial law does not provide explicit provisions dealing with the franchising contract. The franchising agreement is the unnamed autonomous commercial contract in domestic legislature based on the freedom of contract principle. There were the polemics about the legal nature of this institute in Serbian legal literature and in the case law.

The domestic legal theory is divided about the issue on the legal nature of the franchising contract into two different views (as in the comparative legal theory on franchising).² One part of the legal authors are treat franchising as the contract *mixty iuris*, which embraces in its complex structure elements of different legal instruments such as distribution and licence agreements, lease contract, sales contract as well as elements of corporate group structure from company law, and the other group of authors who insist on *sui generis* legal nature of franchising agreement. It is interested to note that domestic case law of commercial courts, in spite of a minor number of the cases on franchising, speaks in favour specific legal nature of franchising contract.³ In defining those contractual practices, there were some main characteristics of franchising which relate to the set of intellectually property rights (trade mark, service mark, trade name, design, utility model etc.) and some of the authorizations which are similar to but don't represent the rights ipso facto, because the current law, on the present stage of development, hasn't formulated a typical mechanism for protection for such authorization represented by know-how and goodwill.

As far the question of the definition is concerned, it could be noticed that no recognised definition of franchising contract had been

² A. Schulz, Germany, [in:] *International Encyclopaedia of Franchising*, London 2004, pp. 7–8.

³ “the parties were concluded the franchising contract which is the *sui generis* commercial contract.” See: High Commercial Court Award, No. 6110/95, 23.11.1995.

accepted by the Serbian legal doctrine nor by the international one before the franchising agreement was regulated in sphere of competition law in EEC Commission Regulation No 4087/88 of 30 November 1988.⁴

It is important to underline in trying to define this legal instrument that franchising is not one type of the agreement, it covers as an “umbrella term” different types of business practices, and could be defined as “continual contractual relationship whereas one contractual party – franchisor commits itself in exchange for consideration to grant to the other contractual party – franchisee the right of production and/or distribution of the franchisors goods and/or services on the specified territory, as well as right of using franchisors “goodwill” throughout of the incorporation of the franchisee in the franchisors commercial system in the manner of granting a set industrial and intellectual property rights, related to trade mark, service mark, trade name, shop sign, utility models, patents, know-how, industrial design and under the technical and commercial assistance and control of franchisor, throughout the simulation of identity in front of the third party will be realized, but with the legally and financially independence of both contractual party.”

The franchising agreement with its specific economic *ratio* enables the contractual parties to realize sophisticated business interests, creating, at the same time, a typical discrepancy between its own economic and legal effects, because of the fact that conclusion of the franchising agreement produces legal independence together with the economical interdependence of contractual parties which fact is underlined with the franchisor's certain right to control and supervise franchisee's business activities. This discrepancy between legal and economic reality produced by franchising agreement is not unique in the area of com-

⁴ Commission Regulation (EEC) No4087/88, 30 November 1988 on the application of Article 85(3) of the Treaty to categories of franchising agreements (OJ EEC L359/46, 28 December 1988), enacted like the Block Exemptions of Community Competition Rules after the “Pronuptia” case.

mercial law⁵, however, in addition to the fact that franchising belongs to type of arrangements which is typically to be concluded between two economically unequal parties, in most cases throughout the franchisors' standard form contracts (take-it-or-leave-it) and with the standard terms, all those features together with the complexity of the concept of franchise *eo ipso*, create the possibility of abuse and malicious behaviour in franchising commercial practice.

In spite of the fact that Serbian Code of Obligations (CO)⁶ does not provide explicit provisions dealing with the franchising contract or especially with the franchisor's duty to disclosure all relevant information to the franchisee in order to provide him with sufficient elements for taking an informed decision on entering in franchisor's business net, it is worth mentioning that similar to other civil law countries, domestic obligation law contains some common principles and rules applicable to franchising. The relationship between contracting parties is subject to the general principle of freedom of contract (art. 10. CO), equality of the parties (art. 11), good faith and fair dealing (art. 12), prohibition of inconsistent behaviour (art. 13), principle of equal values of parties' mutual commitments (art. 15) and many other principles covering formation, validity or interpretations of the contracts, for example such as are so called *contra proferentem rule* (art. 100), as well rule which regu-

⁵ This discrepancy between legal and economic reality can be observed in another institutes of commercial law; it exists, for example, in the field of corporate groups phenomenon as well in the matter of countertrade multicontractual structured agreement, where economical unity of the group or the whole countertrade agreement is in collision with formal independence of the legal entities, which form the corporate group or in collision with formal independence of particular contracts in countertrade agreements.

⁶ Code of Obligation's Relationships, "Official Gazette SFRY", No 29/1978 in force from 1. October 1978 with changes and annexes ("Official Gazette SFRY" No 39/1985, 45/1989, 57/1989 and "Official Gazette FRY", No 31/1993) which had been inspired by Suisse Code des Obligations and its uniform method of regulation both the civilian and commercial contracts in one legislation document is one of the best domestic legal text and the rare one which have survived disappearing of the ex Yugoslav State in which auspices it had originated, and it is unique legal text which is now applied as the positive legislation in the six States emerging from ex Yugoslav Republic (Slovenia, Croatia, Federation BIH, Serbia and Montenegro and EYR Macedonia). The main characteristic of the domestic Code of Obligations is the uniform regulation of both civil and commercial relationships in the matter of contracts and torts.

lates performance of the contract providing the duty of information of the other contracting party about all the facts important for mutual contractual relationship very clearly (art. 268).⁷ Two more institutes provided by the provisions of domestic Code of Obligations regard franchisor's duty to disclosure are important – the first is pre-contractual responsibility for *culpa in contrahendo* (art. 30) which is the provision rarely to appear as a written principle in the comparative law of obligations, and the provision (art. 45) which regulates the institute of the pre-contract (contract to make a contract). In the domestic Code of Obligation (art. 686–717), there are also the provisions regulating the licence agreement which norms could be applicable to franchising contract, providing that contract must be concluded in writing (form *ad solemnitatem*) and registered, as well the presumption that if it is not agreed otherwise between the parties, it is considered that licence is territorially unlimited. Provisions on Code of Obligations related to licence agreement provide and the sub-licence, which provisions could applicable on the sub-franchise contract concluded pursuant the master franchising agreement.

The main obstacle in the regulation of the franchising contract, as it is already mentioned in UNIDROIT *Guide on International Master Franchise Arrangements* is the fact that those arrangements are the subject to a great many different areas of law and many of them are outside the scope of the law regulating commercial contracts and intellectual and industrial property rights. In spite of the fact that those other fields of national law are not so relevant in the case of the implementation franchising disclosure law (which was the main idea of the research) it will be of some importance only to sketch the main characteristics of Serbian most significant branches of law closely connected with the franchising. Beside the Code of Obligations which norms regulate all

⁷ It will be worth underlining that important value of the Serbian Code of Obligation is that it contents general principles as well as specific provisions very similar to the two most important instruments which regulate the law of international trade – United Nations Convention on International Sales and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

the nominated types of the contracts (commercial and civilian contracts in the same Code), there is the new Serbian Law on Business Companies which was adopted in the last days of 2004⁸ completely replacing by its provisions previous Law on Enterprises (1996). The new Law on Business Companies has kept the basic structure, form and general principles (providing four types of business entities with full legal capacity – partnership, limited partnership, limited liability company, joint stock company as well as entrepreneur as the physical person – with the main characteristic of flexibility in providing minimum capital requirements) yet improving the concepts of corporate governance, protection of investors as well the protection of the minority of shareholders and reorganizations all institutes of which are conceived with the primary aim to attract investment, both foreign and domestic. During the last year Serbia has adopted the set of new Laws regulating the industrial and intellectual property rights (trade marks, service mark, patent, design in accordance with the provisions of the TRIPS and European Union Regulation, providing also possibility of protection European registered patent (Convention on European Patent) on the territory of Serbia and Montenegro.⁹ Law on Foreign Investment¹⁰ provides a rule, very attractive for foreign investors through the tax incentives, possibility of repatriation of funds, protection of the investors through the national treatment principle, import of the equipment free of taxes. Law on Financial Leasing¹¹ adopted in 2003 is based on UNIDROIT Convention on International Financial Leasing (Ottawa 1988) also applicable to cross border transaction will also be for particular interest of franchising agreement where specific equipment is needed for the franchisee, providing invulnerability of lessor's rights over the equipment under the insolvency law.

⁸ Law on Business Companies ("Official Gazette RS" No 61/2004).

⁹ Trade Marks Act ("Official Gazette RS" No 61/2004; Law on Legal Protection of Design "Official Gazette" No 61/2004; Law on Patents "Official Gazette" No 32/2004).

¹⁰ Law on Foreign Investments ("Official Gazette SRJ" No 3/2002).

¹¹ Law on Financial Leasing ("Official Gazette RS" No 55/2003).

There are more branches of law relevant for franchising in Serbian legal environment such Competition Law (in accordance with European Competition Law), Bankruptcy Law (enacted in 2004) and Taxation Law; Labour Law, Law of Property but in spite of their undoubted importance for franchising practice there are not of big relevance for enacting franchising disclosure requirements.

Franchise is the object of the obligations in each franchising agreement and one of the first requirement in Serbian Code of Obligation (art. 46) provides that object of contractual obligation must be possible, legal and sufficiently definite or definable. If offer is not sufficiently definite contract could not be concluded. Because of such complexity of franchise, because of the distinction in the economical status and power, knowledge and experience between contractual parties in franchising agreement which distinctions are crucial and imminent to this legal instrument (without those advantages on the side of franchisor, franchisee wouldn't have any interests in obtaining franchise) the franchisees need to be informed, prior to entering franchising agreement, on the content of the franchise as well on all relevant facts giving them a possibility to take informed decision on conclusion of the prospective agreement. This duty of informing other contractual party, which as general principle exists in all Codes which regulate contractual relationships, need to be regulated in very precise way in the case of franchising. The research of the comparative law experiences in legislations (especial the new Italian Law on Franchising) and regulations relevant to franchising (the most important UNIDROIT instruments regulating the franchising) were precious method to consider the question: "Does Serbia need franchising law at all?" and if the answer is positive – "What kind of franchising law does it need?"

Autonomous International Regulation and National Legislation of Franchising

In the last 15 years (which period corresponds with the past activity of UNIDROIT in the area of franchising) an increased number of the countries (especially developing countries and countries with economics in transition) have regulated franchising. There are different methods which could be used as the guide through the national legislation (type of provisions, type of applicated law – disclosure, relationship or registration law, etc.)¹² and the method I have chosen is the nature of legal instrument which regulates franchising on national level. The instruments which are used in those regulations vary from the specific franchising law legislations (having the longest experience with franchising the first law was adopted in the USA in 1979, then legislation in Canadian province Alberta – renewed in 1995, France which took first European franchising legislation in 1989, Brazil 1994, Malaysia, Kazakhstan and Korea in 2002, Italy in 2004), than introduction of provisions relating to franchising into the existing law or Code (Mexico 1991, Croatia 1994, Spain 1996) enactment of the new Civil or Commercial Codes with specific franchising provision (the Russian Federation 1996, Byelorussia 1998, Lithuania 2000), government regulation (Indonesia, Romania and China in 1997), an at the end specific and in the comparative legislation the rarest method of enacting mandatory Code of Conduct (Australia 1998).

There are different trends in the adopted legislation: a very limited number of countries hasn't even mentioned disclosure requirements but provides very rigid and restricted provisions regulating contractual relationship between franchisor and franchisee (Russia, followed

¹² The most useful in that area is the articles L. Peters, *The Draft UNIDROIT Model Franchising Disclosure Law and the Move Towards National Legislation*, ULR 2000, No 4, pp. 717–735; *The Draft UNIDROIT Guide to Franchising – How and Why?*, ULR 1996, No 4, pp. 694–707. As well Annex 3 to Guide to International Master Franchise Arrangements – “Legislation and Regulations relevant to Franchising” also on UNIDROIT web site which is periodically updated.

by the Kazakhstan, Lithuania and Byelorussia); some legislation only mention disclosure without any details but at the same time regulate in very detailed way questions concerning contract specification, such as obligation and liability of each of the parties, renewal of the franchising agreement (Malaysia, Albania, China, Romania). A number of countries have a registration requirements with the different object to be registered (Spain, Russian Federation) and the main characteristic of Malaysian and Indonesian regulations is the existence of very stringent, detailed and burdensome provision on registration which purpose is not only informational, but the registration requirements start to be specific procedure for the approval of the franchise business which, along with the protectionist as well as domestic party highly protective provisions contained in both acts, is very discourage for franchisors and takes to much burden on their side. For the same reasons registration requirements have been nullified in some legislations (Canada Alberta). Most of the franchise laws contain the disclosure requirements which obligate franchisor to disclosure different categories of information, and the amount of detail is different in each national legislation. The longest lists are contained in the U.S. and Australian legislative (their experience with the abuse being the longest) which is in accordance with common law legal technique of providing big number of clauses in order to cover all specific situation – method of *numerus clausus*, and the civil law countries and those which followed the method of providing more general provisions which will be made concrete within the case law, have a shorter list of information which the franchisor is mandatory to provide a prospective franchisee with. The new Italian franchising legislation represents this civil law method, contained general provisions with the broader definitions of franchising, its varieties, obligations of the parties as well as the limited number of disclosure requirements. In the German and Austrian Law there is a general duty of information in accordance with general principles of contract law, and despite there is no any specific franchising law in the both countries, the case law is on the very sophisticated level, treating

in many cases the consequences of infringements of franchisor's duty to inform franchisee in pre-contractual period.¹³

The autonomous regulation made by the most important franchising association International Franchise Association and European Franchise Association provides the pre-contractual duty of disclosure in their Code of Ethics for Franchising. The regulation which is important for franchising agreement, in spite of the fact that it is out of force from 31 May 2000 and limited only to the field of competition law is the European Union Commission Regulation (fostered after famous "Pronuptia" case) No. 4087/88 the most important part of which, in the matter of disclosure, is the definition of franchising which is broadly adopted in the franchising legal literature as well as in legislation process.

The most important legal instruments regarding franchising are UNIDROIT *Guide to International Master Franchise Arrangements* (Rome 1988) contenting high level information of all problems in different stages of conclusion and implementation of franchising agreement not limited to legal issues only, and the chronologically second instrument, but of the greatest importance for topic of my project is

¹³ LG Hanover, 11 April 1995, 140267/94 and BGH NJW 1987, 41, 42. In spite of the facts that nor German neither Austrian legislation doesn't provide any specific franchising legislation, there are in the last years some movement toward. To avoid problem of unamortised investments of franchisee after the termination of the franchising agreements Austria is enacted the new §454 in the Austrian Commercial Code (came into force on August 21, 2003) which is applicable to all kinds of vertical agreements including franchising agreements in which the commitment of the investment has been agreed after this provision has come into force. The new provision provides that entrepreneurs have the right to compensation in respect of their investment after the termination of a distribution contract with the binding entrepreneur, according the some conditions provided by this article for investment and for the termination of the contract. More, Speigelfeld, *Austria – Compensation for Franchisee's Investment*, "International Journal of Franchising Law" 2004, Vol. 2, is. 1, p. 28. Furthermore, there is the provision in the German HGB art. 89(b) regulating the mandatory compensation has to be paid to a commercial agent for his loss of "goodwill" (after EC Directive on Commercial Agents such compensation has to be paid in all EU member states), and this provision applied from the German courts by analogy to franchising agreements. Beside, there is of the significant importance for franchising agreements also the reform of German BGB made in 2002 in the sphere of the breach of contract. In: R. Zimmerman, *Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma 2002.

UNIDROIT *Model Franchise Disclosure Law* devoted to the franchisor's duties to disclose material information to franchise, which is together with its Explanatory Report clearly addressed to national legislators, as the "soft law" instrument of the new *lex mercatoria*.

Italian experience with the franchising and the new legislation enacted in 2004, together with the commentary in the legal literature on that issue¹⁴ were the very precious reflecting that the law is compromise of interests of all subjects involved of counter trade, and especially the role of Franchising Association in process of law drafting and implementation.

Necessity for Enactment of Franchising Disclosure Law in Serbia

The comparison with other countries' regulations and experiences show that in the Serbia, neither the development of franchising in the economic life nor the role of franchise associations or their Code of Ethics is on a desirable level. Insufficient franchising practice has caused economic subjects in Serbia to lack needed knowledge as well as any experiences with the pattern of abusive conducts. Furthermore, the Code of Obligations provides the duty of information of the other contractual party on contract's important facts only with its general norms. Beside, duty of information provided in art. 268 seems to be applied in post contractual phase, after the contract so concluded, and it should be difficult to embrace its mandatory rule on pre-contractual phase of the contract. Also, the sanction which is provided by mentioned article of Code of Obligations is only in the party's duty to compensate loss

¹⁴ A. Frignani, *Proposed Franchise Bill for Italy and Laws Fostering Franchising (Financial Incentives)*, "International Journal of Franchising Law" 2003, Vol. 1, is. 2, pp. 6–14; L. Peters, *Una lege per franchising*, *Diritto del Commercio Internazionale*, Aprile-Giugno 2004, pp. 323–335; A. Frignani, *Italian Senate Rules on the Regulation of the Franchise*, unofficial translation, "International Journal of Franchising Law" 2003, Vol. 2, is. 3, pp. 36–38.

suffered by the uninformed contractual party, without any consequences on legal destiny of the contract by itself. The Serbian experience with adoption of the Law on Financial Leasing shows that this specific legislation has introduced the concept of leasing and has encouraged potential investors to engage in leasing operation, and the legislation was promotional for this legal instrument. Enacting the specific franchising disclosure law will have effects in introducing franchising in the economy without any limitation or burdening prospective franchisors, which could be created through registration requirements or through providing any obligation and contractual requirement which will have mandatory effects for relationships of the contractual parties. Creating an Draft which will contain only disclosure requirements will be, beside other effects, very useful and for the educational purposes of domestic economic subjects. Even if national legislator does not accept to take legislation activity on the issue of franchising, the solution which contains the draft should be relevant to prospective franchisees as a list of important information which are to be considered before entering franchising agreement. Information to be disclosed from the proposed Serbian Draft should be take over from the national franchising association in order to be attached to the domestic Code of Ethics like a list of information which franchisee should examine before to enter in any prospective franchising contract. Moreover, the grate role of this act will be the protection of domestic subjects (consequently in the role of franchisee) against fraud if they have mandatory based right to truthful and essential information, without any negative consequence for the promotion of franchising because of the absence of any other provision except disclosure requirements.

On this stage of development of franchising as a business concept in Serbia, any other franchising provisions relating to contractual relationship between the parties in the franchising agreement would have rather burdensome and inhibiting effects, discouraging any development on that area. Enacting relationship or registration provisions related to franchising agreement will be hostile to franchising practices

and may be disincentive to foreign investors. Otherwise, enacting of disclosure franchising law could be effected in an increase of common economic and legal understanding of franchising concept, and together with other governmental activities in founding franchising educational and resource centres, seminars, workshops on franchising issue, with a closer cooperation with domestic franchising association, as well as through the translation of the UNIDROIT *Guide on International Master Franchise Arrangements* into Serbian language would facilitate the development of franchising business activities, in terms of increase of it attractiveness for economic subjects despite the negative effects on Serbian economy which are caused by both economic and political instability of the Serbian market. This research could be seen as the first step towards making “healthy commercial law environment” for franchising.

Conclusion or What is the Scope of the Draft Franchising Disclosure Law for Serbia

During two month research period at UNIDROIT the author of this article has prepared the Draft Franchising Disclosure Law for Serbia which has been created considering definitions from UNIDROIT *Model Franchise Disclosure Law* as well EU Commission Regulation No 4087/88, but is extended to “industrial” and “distribution franchising” in addition “business format franchising” which contains definition from UNIDROIT Model Law. This extension is made because of the presumption that in the first period of development of franchising in Serbia that will be other formats of franchising which could prevail over the “business format franchising”, and this presumption caused that proposed definition of franchise contract to embrace all different types of franchising arrangements. Furthermore, it is mentioned in the article 2, which defines the franchise contract, that that contract is considered a commercial contract on which is related the provisions

from the law regulated obligation relationships as well as it contract can be concluded in any business activity. The provisions of the Draft should be interpreted in the light of the Explanatory Report submitted to UNIDROIT *Model Franchise Disclosure Law* as well domestic Code of Obligations and Code of Business Companies.

Furthermore, the proposed draft also contains language requirements provided that disclosure document as well as proposed franchise contract must be in language which is officially used in the prospective franchisee's principal place of business or place of activity, which is not contained in the UNIDROIT *Model Law*, because this requirement could be of big importance for domestic economic subjects which foreign language skills are traditionally not well developed, as well as because of the fact that duty of responsible franchisor in international franchising is to translate disclosure documents, contract, etc. into the franchisee's mother language (in this into Serbian). The definitions contained in the Draft are based on the UNIDROIT *Model Law*, but the Draft contains the shorter list with definition, which method is more in compliance to civil law drafting technique, as well as their formulation is made in accordance with domestic Code of Obligation and in accordance with the new domestic Law on Business Companies. The time period when the disclosure document must be given to the prospective franchisee is prolonged to 30 days (instead fourteen day time period in Model Law) within which period franchisee could examine the document and obtain expert legal and other types of advice. The number of days within disclosure document need to be updated is fixed on 30 days, and in the situation when material changes (defined in Art. 3(5)) occurred it is stipulated obligation of the franchisor to inform prospective franchisee in writing as soon as possible, and disclosure document must be updated 15 days after material changes occurred. The lists with exemptions (contained in the Art. 5 of Model Law and in the Art. 7 of the Draft) is shorter than in the Model Law containing the exemptions (A), (B), (D), (E), (F), because of the fact that exemptions (B) from the Model Law is very difficult to be a proof in domestic financial and legal conditions.

Besides, the most provisions from the core article 6 from the Model Law has been take over into the Draft considering to be the first rate information which will enable prospective franchisor to take an informed decision and give him opportunity to be in the equal contractual position with the franchisor as far as it is possible. Some of the requirements are added, for example, in the information which must be included in the disclosure document beside provided legal name, legal form and address, it is added in the Draft also and the amount of the registered capital of the franchisor as well as of the affiliates of the franchisor, which information should be of the importance for the prospective franchisee, especially in domestic circumstances where after the enacting of the new Law on Business Companies mandatory requirements for the minimum amount of registered capital is very low (500 EU) for the limited liability company (which is the most popular status form in domestic conditions). Some of the information contained in the Model Law has been taken over to the Draft (for example Art. 6(1) (N) from Model Law related to financial requirements of proving the audited financial statement of franchisor, including balance sheets and balance of profit and loss) but it is objected that there is need to be examined from the financial experts in order to find out if the expenses of those requirements, to provide audited or independently verified financial statements, would be to much burdensome, especially to the smaller franchisor in domestic financial conditions which accepted international accounting standards. Furthermore, the requirements from Art. 6(1) (O) Model Law related to the franchisor's obligation to provide the prospective franchise with the description of the state of the general, as well as of the local market of products and services that are subjects of the proposed franchising contract, are not included in the text of the Draft considering that those requirements could be very difficult for franchisor to obtain (especially if it is the foreign commercial subject which is for the first time at the Serbian market). Furthermore, it is considered that those information should be obtain by the franchisee, which by entering into the franchising agreement need to show

business responsibility of the reasonable trader which includes bearing a reasonable business risk of the prospective franchisee.

In the second group of the required information which disclosure documents shall contain depending of the fact if there are already included in the proposed franchising contract, there are some addition in some of the paragraph, such as, in paragraph 2(B) of Art. 6 of the model Law it is added beside the description of the training program the fact of the personality of the trainer, the duration, expenses as well as the clear signification of the fact who bears the expenses of the trainings programmes. As the remedies for the conducts of which make the injury of the franchisee right to be informed (disclosure document or notice on material change are not delivered at all, contain misrepresentations, or fraud, or make an omission of material fact) it is provided the annulment of the contract on the demand of the franchisee by applying to the court for annulment according to the solution from the Code of Obligations. The domestic Code of Obligations provides in art. 111–117 consequences of the contract to be avoid because of the faults which exists during the conclusion the contract. The injury of the franchisee rights to be disclosed all important information about prospective franchising contract creates a breach and also constitutes an abuse on the part of the franchisor producing the fault in franchisee intention to conclude franchising contract. Because of the fact that those rules are prescribed in the general rules for contracts in domestic Code of Obligations those provisions were mentioned in the Article 10 of the Draft providing remedies for abusive conduct on part of franchisor. Remedies provided by the Draft is the annulment of contract by the franchisee demand to the court, together with the exceptions provided in the Model Law considering that franchisee was already informed through the other means (except in the case of misrepresentation treated as such abuse on the part of franchisor which could not be excused by the proposed exemptions) and termination will be in the relevant circumstances create the abuse of rights on the part of franchisee if he claim for the termination because of the conduct represents injury of the minor importance comparing

with the existence of the whole contract. The last provision which creates restriction of the rights of the franchisee to terminate (nullified) contract because of the minor failure of the franchisor's duty to inform is although based on the general principle of the Serbian Code of Obligations which prohibit abuse of right in the situation when one party performs its right in opposite to the nature and purpose of contract (art. 13 CO) which is the realization of the general principle of good faith and the fair dealing contained in the UNIDROIT *Principle of International Commercial Contracts* (art. 1.7). The terms when right for nullification and/or right to claim for damages expire is provided in the manner of the domestic rules which provides the term. So, it is provided an subjective term related to the franchisee awareness of the conduct which create the breach connected only with the right to claim the damages, but the most difficult legal consequences contained in the franchisee's right to nullified the contract is provided as an subjective term of one year after act or omission constituting the breach, and in the objective and final term of two years after the conclusion the contract. Those relative short terms when contract should be nullified are provided to preserve legal certainty of the contractual relationship, and to short the term of franchisor's uncertainty in the destiny of the concluded franchise contract.

The proposed provision of the Draft should be interpreted in the reflection of the Explanatory Report on UNIDROIT *Model Franchise Disclosure Law*, general principles of domestic Code of Commerce as well as provisions of UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* 2004.

Summary

In this paper the author deals with the legal environment for franchising in Serbia which legislation does not provide specific or explicit provisions dealing with the franchise contract. Despite the fact that franchising continues to grow as a preferred legal instrument to con-

duct business in the global market business practice in Serbia hasn't many experiences with franchising. The franchising agreement feature is that arrangement which embraces elements of several types of contracts as well as it is connected with several kinds of law which elements qualified this contract as a contract *sui generis*. Except the rules regulating commercial contracts which are in Serbia contend in the Law of Obligations (based on the Suisse Law of Obligations) and the law of intellectual property rights which is in Serbia harmonized with the main principles of European intellectual property rights there are significant different branches of law which are essentially connected with franchising. Except the rules of general contract law which in Serbia regulate in the same way commercial and non commercial contracts, there are specific Law on Financial Leasing (2003). Law on Business Entities, taxation law, property law, Law on Consumer Protection and Law on Productor's Liability, The Investment Law, Competition Law and other different areas of law the majority of which are regulated domestically and at the times domestically. At the international level franchising is object of harmonious regulation enacted in UNIDROIT *Guide on International Master Franchise Arrangements and Franchising Disclosure Model Law* created in 2002 by the experts under auspices of UNIDROIT. Experiences of number of countries manifested that it is necessary to enact the specific disclosure regulation over franchising in order to protect the economically weaker party in franchising contract – franchisee. Proposal of the author of the article is prompt translation of the UNIDROIT *Legal Guide on Franchising* and *de lege ferenda* enacting specific legislation in Serbia which will deal only with the question of disclosure commitment in franchising contract.

Część szósta

**Prawo pracy
– odniesienia współczesne**

Henryk Lewandowski

Transfer czy likwidacja. Rozważania na gruncie polskiego prawa pracy z uwzględnieniem prawa wspólnotowego

A. W procesie restrukturyzacji nierzadkie są przypadki wymagające oceny tego, czy mamy do czynienia z likwidacją uzasadniającą zwolnienie pracownika, bądź pracowników, czy z transferem, który jako zdarzenie prawne nie może być podstawą do rozwiązania umowy o pracę (wtedy podmiot przejmujący jednostkę organizacyjną, bądź jej część – wstępuje jako pracodawca na miejsce zbywcy do stosunków pracy pracowników zatrudnionych w przejmowanej jednostce). Trudność w ocenie takich stanów faktycznych wynika głównie z niejednoznaczności terminu „likwidacja”, występującego w przepisach prawa pracy. Zaznaczmy od razu, że prawo pracy nie definiuje pojęcia „likwidacja”; determinują je, i to różnie, odrębne akty prawne stanowiące o ustroju określonych grup podmiotów, zwłaszcza podmiotów gospodarczych.

Dwie z takich sytuacji, chyba najczęściej występujących w praktyce, będą stanowić przedmiot niniejszej prezentacji. Pierwsza polega na likwidacji stanowiska czy stanowisk pracy i zwolnieniu odpowiednich pracowników oraz powierzeniu wykonywanych przez nich czynności innemu („samodzielnemu”) podmiotowi na podstawie stosownej umowy prawa cywilnego. Druga zaś sprowadza się do „likwidacji pracodawcy”, kiedy to podmiot będący pracodawcą przestaje formalnie istnieć, a zakład pracy (w znaczeniu przedmiotowym, jako placówka zatrudnienia) nadal funkcjonuje, stając się częścią innej firmy, czy też na jego bazie powstaje całkowicie „nowa” jednostka zatrudniająca, to znaczy „nowy” pracodawca.

B. Uważam, że w pierwszej sytuacji „likwidacja” jest zmianą sposobu wykonywania zadań komplementarnych ale nieodłącznych dla funkcjonowania danej jednostki organizacyjnej. Wchodzą tu w grę czynności o charakterze usługowym, takie jak sprzątanie, ochrona mienia, obsługa prawnicza czy usługi finansowo-księgowe¹. Powszechnie jest akceptowany pogląd, że pracodawca (przedsiębiorca) w celu zmniejszenia kosztów prowadzonej działalności może zlikwidować stanowisko czy stanowiska pracy i zwolnić (za wypowiedzeniem) zatrudnianych na nich pracowników, a zadania wykonywane przez tych pracowników powierzyć podmiotowi zewnętrznemu na podstawie umowy cywilno-prawnej. Dodajmy, że sąd rozpatrując ewentualne odwołanie pracownika od wypowiedzenia umowy o pracę (zawartej na czas nieokreślony) nie może podważać decyzji ekonomicznej pracodawcy².

Zespół cech przyjętego tu znaczenia terminu „likwidacja” wyrażają w pełni dwa orzeczenia Sądu Najwyższego dotyczące funkcji księgowego i radcy prawnego. W obu przypadkach Sąd uznał za zasadne

¹ Por.: J. Garstka, *Restrukturyzacja przedsiębiorstwa. Podział przez wydzielenie*, Warszawa 2006, s. 45–46.

² Por. np.: Ł. Pisarczyk, [w:] M. Latos-Miłkowska, Ł. Pisarczyk, *Zwolnienia z przyczyn niedotyczących pracownika*, Warszawa 2005, s. 34–36; U. Jackowiak et al., *Kodeks pracy z komentarzem*, wyd. 4, Gdynia 2004, s. 224; *Grupowe zwolnienia. Komentarz*, red. K. Jaśkowski, Kraków 2004, s. 30–31.

wypowiedzenie umowy o pracę, do którego doszło w związku z likwidacją stanowiska i powierzenia czynności podmiotowi zewnętrznemu na podstawie umowy prawa cywilnego³. Niestety, w innym znacznie późniejszym orzeczeniu⁴, Sąd Najwyższy stan faktyczny, podobny (z interesującego nas punktu widzenia – chodziło o przekazanie podmiotowi zewnętrznemu na podstawie umowy zlecenia funkcji ochrony mienia, którą to funkcję pracodawca dotychczas realizował „własnymi pracownikami”) zakwalifikował jako transfer. Takie stanowisko judykatury zaciera granice między zdarzeniami o tak zróżnicowanych skutkach społecznych. Trzeba bowiem mieć na uwadze, że transfer przedsiębiorstwa (zakładu pracy), jak i jego części, wywołuje skutek z mocy prawa, to znaczy, że z chwilą dokonania transferu nabywca staje się „automatycznie” pracodawcą, zamiast dotychczasowego pracodawcy, w stosunkach pracy z pracownikami zatrudnionymi w przejętej jednostce organizacyjnej⁵.

Jednoznacznego stanowiska w tej materii nie ma także w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Często cytowane jest orzeczenie, w którym Trybunał uznał za transfer zlecenie innemu podmiotowi czynności sprzątania, wykonywanej dotąd przez „własnego” pracownika⁶. Już z tego wynika, i w rzeczywistości tak jest, że obowiązujące prawo nie różnicuje wyraźnie zdarzeń będących transferem, których skutkiem jest zmiana pracodawcy i takich przypadków, w których w następstwie likwidacji stanowisk i zwolnieniu pracowników następuje powierzenie wykonywania usługi podmiotowi zewnętrznemu na podstawie kontraktu cywilnoprawnego. W związku z tym warto odwołać się także do znaczenia językowego słowa „trans-

³ Orzeczenia podane w: M. Latos-Miłkowska, Ł. Pisarczyk, *Zwolnienia z przyczyn niedotyczących pracownika...*, s. 32–33.

⁴ Orzeczenie z 16 listopada 2004, I PK 23/04, „Monitor Prawa Pracy” 2005, nr 9, wkładka OSN.

⁵ Kwestii tej więcej uwagi poświęca Ł. Pisarczyk, *Zmiana pracodawcy wskutek przejścia zakładu pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2001, nr 7, s. 22 i nast.

⁶ Por. m.in.: *Zatrudnienie i ochrona socjalna. Acquis communautaire*, red. Z. Brodecki, Warszawa 2004, s. 222.

fer”. Na ogół przez termin ten rozumie się „przekazanie coś komuś”, „wyzbycie się czegoś”. Chodzi więc o wydzielenie z jednostki organizacyjnej pewnej sfery działalności, bez której jednostka nie traci samodzielnego bytu i przekazanie tej części definitywnie bądź czasowo innemu podmiotowi. Tymczasem firma zajmująca się jakąś działalnością, zwłaszcza działalnością gospodarczą, nie może „pozbyć się” takich zadań, jak sprzątanie, ochrona mienia czy prowadzenie dokumentacji. Może natomiast, jak zaznaczyliśmy na wstępie, dokonać zmiany formy prawnej realizacji tych zadań, z czym wiąże się likwidacja odpowiednich stanowisk pracy i zwolnienie pracowników⁷.

C. 1). Rozważania w ramach drugiej sytuacji wiążą się z art. 41.1 kodeksu pracy, który znosi szczególną ochronę przed wypowiedzeniem i rozwiązaniem umowy o pracę, przy czym wyjaśnijmy, że chodzi tu głównie o występujące w tym przepisie określenie podmiotu zatrudniającego. Przypomnijmy, że do nowelizacji kodeksu pracy ustawą z 2 lutego 1996 r. w przepisie tym (jak i niemal we wszystkich innych przepisach prawa pracy) podmiot zatrudniający był określony terminem „zakład pracy”. Zresztą, takie określenie podmiotu zatrudniającego w rzeczywistości socjalistycznej było, rzec można, określeniem oficjalnym także w nauce prawa pracy; terminu „pracodawca” używano tylko w odniesieniu do nielicznej w tym okresie grupy osób fizycznych zatrudniających pracowników. Pojęcie „zakład pracy” miało więc podwójny sens: oznaczało jednostkę organizacyjną, w której zatrudnieni są pracownicy (zakład pracy w znaczeniu przedmiotowym) i jednostkę zatrudniającą pracowników (zakład pracy w znaczeniu podmiotowym).

Sądzić można, aczkolwiek w tekstach orzeczeń nie znalazłem takiego argumentu, że ta dwoistość pojęcia „zakład pracy” leżała u podstaw

⁷ Niniejszym odstępuję od poglądu, że tego rodzaju usługi, których nie można wydzielić z firmy, mogą stanowić także przedmiot transferu części zakładu pracy. Opinię taką, głównie pod wpływem orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, zamieściłem w publikacji *Restrukturyzacja przedsiębiorstw a prawo pracy (indywidualne i zbiorowe) w Polsce*, [w:] *Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej*, red. A. Świątkowski, Kraków 2006, s. 110.

wielu orzeczeń Sądu Najwyższego, wydanych na gruncie wymienionego art. 41.1 kodeksu pracy przed jego nowelizacją. Skoro przepis ten stanowił o likwidacji „zakładu pracy”, nie zawężając tego pojęcia, to trudno byłoby ograniczyć je do znaczenia podmiotowego. W pełni uzasadnione więc było stanowisko Sądu Najwyższego, czemu dawało też wyraz w literaturze, że likwidacja zakładu pracy w rozumieniu art. 41.1 polega na całkowitym, stałym i faktycznym unieruchomieniu działalności tej jednostki organizacyjnej⁸.

Sąd Najwyższy nie był jednak w pełni konsekwentny w pojmowaniu likwidacji zakładu pracy. W orzeczeniu z 21 września 1990 r.⁹ zakwalifikował stan faktyczny zgodnie z zajmowanym stanowiskiem, ale niejako na marginesie rozpatrywanej sprawy wyraził opinię, że likwidacja zakładu pracy w rozumieniu prawa pracy miałyby miejsce także wtedy, gdyby „zostało przeprowadzone we właściwym trybie i przez właściwe organy postępowanie likwidacyjne”. Z tekstu orzeczenia wynika, że źródłem inspiracji takiej opinii mogły być przepisy o przedsiębiorstwach państwowych przewidujące (przy zachowaniu odpowiedniego trybu) „likwidację” przedsiębiorstwa jako podmiotu prawa.

Ta uboczna myśl zawarta w wymienionym orzeczeniu z 21 września 1990 r. dotycząca możliwości, zdaniem składu orzekającego, innego pojmowania „likwidacji jednostki organizacyjnej” stała się formalnym stanowiskiem Sądu Najwyższego po nowelizacji kodeksu pracy (dokonanej w lutym 1996 r.), w wyniku której w art. 41.1 kodeksu pracy pojęcie „zakład pracy” zostało zastąpione terminem „pracodawca”. W wyroku z 10 września 1998 r. znajdujemy już wyraźne twierdzenie, że likwidacja, o jakiej mowa w tym przepisie, odnosi się do pracodawcy jako podmiotu prawa, co ma oznaczać, iż utrata przez ten podmiot bytu prawnego jest już jego likwidacją, niezależnie od tego, czy „działalność” tej jednostki została przejęta przez inne podmioty¹⁰.

⁸ Por. m.in.: A. Tomanek, *Przejęcie zakładu pracy na innego pracodawcę*, Wrocław 2002, s. 102–105, zwłaszcza przyp. 7, s. 103.

⁹ Nr III PZP 4/90, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1999, nr 9, poz. 208.

¹⁰ W sprawie rozpatrywanej przez Sąd Najwyższy nastąpiła „likwidacja” przedsiębiorstwa, połą-

Na pierwszy rzut oka, zastąpienie terminu „zakład pracy” terminem „pracodawca” w art. 41.1 kodeksu pracy może usprawiedliwiać zmianę stanowiska Sądu Najwyższego. Zmiany tej nie można jednak uznać za uprawnioną, bo została ona oderwana od zasadniczego przedmiotu regulowanego przez ten przepis. Mianowicie, chodzi tu o ochronę szczególną pracowników przed zwolnieniem, której nie można ich pozbawić, chyba że nie ma ich gdzie zatrudniać. Ten brak zatrudnienia powstaje dopiero wtedy, gdy jednostka (firma), z którą pozostawali w stosunku pracy, ulega właśnie całkowitej likwidacji, to znaczy – likwidacji w znaczeniu podmiotowym i przedmiotowym.

Już w świetle powyższych uwag całkowicie uzasadniona jest sformułowana w literaturze opinia o dwoistości znaczeniowej terminu „likwidacja”¹¹. Jeden sens tego terminu sprowadza się wyłącznie do „likwidacji bytu prawnego podmiotu, a jego działalność (mienie, pracownicy i ewentualnie klienta) przejmowana jest przez inny podmiot (czy inne podmioty). Likwidacja w tym sensie, zwana też likwidacją przekształceniową albo likwidacją w celu restrukturyzacji, nie ma bezpośredniego wpływu na stosunki pracy. Następca prawny „zlikwidowanego” podmiotu zajmuje jego miejsce w stosunkach zatrudnionych pracowników, co wypełnia dyspozycję art. 23.1 kodeksu pracy, a więc mamy do czynienia z transferem.

Drugie rozumienie pojęcia „likwidacja” oznacza, że podmiot likwidowany w ogóle przestaje istnieć. Uznajemy więc, że następuje całkowite zniesienie pracodawcy jako podmiotu prowadzącego działalność, dla której zatrudniał pracowników. Tak pojmowana likwidacja jest zdarzeniem prawa pracy, i ten jej sens determinuje treść art. 41.1 kodeksu pracy.

C. 2). Całkowita likwidacja pracodawcy uzasadniająca zwolnienia pracowników – także podlegających ochronie szczególnej, rodzi pytanie, od kiedy zwolnienia te mogą być dokonywane: już po ogłoszeniu

czona z jego wykreśleniem z rejestru przedsiębiorstw państwowych, a działalność prowadzoną przez to przedsiębiorstwo powierzono czterem spółkom (utworzonym na bazie tego przedsiębiorstwa).

¹¹ Tak A. Tomanek, *Przejęcie zakładu pracy na innego pracodawcę...*, s. 105.

(zarządzeniu) likwidacji czy dopiero po jej zakończeniu. Słuszne jest stanowisko Sądu Najwyższego, że tą granicą nie może być zakończenie procesu likwidacji, bo wtedy nie ma już podmiotu, który mógłby rozwiązać stosunki pracy. Ale nie można bez zastrzeżeń zaakceptować tezy, że pracodawca może zacząć zwalniać pracowników już po ogłoszeniu likwidacji¹². Zastrzeżeniami tymi nie obejmuję sytuacji, gdy proces likwidacji doprowadzi do całkowitego zakończenia funkcjonowania przedsiębiorstwa. Uważam bowiem, że zwolnienia pracowników, także podlegających ochronie szczególnej, dokonane w „procesie likwidacji” są niewadliwe. Kwestia pojawia się dopiero wtedy, jeśli w toku tego procesu zakład pracy (w znaczeniu przedmiotowym) w całości, czy w części zostanie przekazany innemu podmiotowi lub gdy z jakichś powodów całkowicie odstąpi się od likwidacji. Jak wtedy potraktować wcześniej dokonane zwolnienia, tym bardziej jeśli dotknęły one także pracowników podlegających ochronie szczególnej?

W literaturze poglądy na ten temat są podzielone. Według jednego z nich, zwolnienia pracowników przez pracodawcę, dokonane po zarządzeniu a przed zakończeniem likwidacji, jeżeli nie można stwierdzić jej pozorności, nie mogą być kwestionowane¹³. Stosownie zaś do innej, zupełnie przeciwstawnej, opinii, jeżeli proces całkowitej likwidacji jednostki nie dojdzie do skutku z powodu transferu zakładu pracy (czy jego części) albo na skutek odstąpienia od niej, to pracownicy zwolnieni z tej przyczyny będą mogli wystąpić z roszczeniem o restytucję stosunku pracy bądź o odszkodowanie, albo do nabywcy zakładu (części zakładu) pracy w razie transferu, albo do byłego pracodawcy w razie odstąpienia od likwidacji¹⁴.

¹² Por. orzeczenie Sądu Najwyższego z 24 listopada 1998, I PKN 455/98, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych” 2000, nr 1, poz. 24.

¹³ Taki pogląd wyraziła M. Latos-Miłkowska, [w:] M. Latos-Miłkowska, Ł. Pisarczyk, *Zwolnienia z przyczyn niedotyczących pracownika...*, s. 188–194.

¹⁴ Tak można ocenić wypowiedzi A. Tomanka (*Przejęcie zakładu pracy na innego pracodawcę...*, s. 108–109) i L. Pisarczyka (*ibidem*, s. 98–99). Wcześniej taką opinię wyraził też A. Kijowski, *Ochrona roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy*, „Przegląd Sądowy” 1993, nr 1, s. 22 i nast.

Uważam, że ani jedno, ani drugie stanowisko nie ma dostatecznego oparcia w przepisach obowiązującego prawa pracy; niezbędna jest interwencja ustawodawcy. Wydaje się, że prawo powinno legalizować zwolnienia pracowników w „procesie likwidacji”, mimo że następnie zakład pracy (czy jego część) został przekazany innemu podmiotowi. Oczywiście, pracownicy zatrudnieni w przejmowanej jednostce w dacie jej transferu winni korzystać z ochrony przed zwolnieniem. Takie rozwiązanie prawne jest, jak sądzę, możliwe na gruncie obowiązującej dyrektywy wspólnotowej (dyrektywa z 12 marca 2001 r., nr 2001/23)¹⁵. Za nieuzasadnione natomiast należałoby uznać zwolnienia pracowników (dokonane w „procesie likwidacji”) w razie odstąpienia od likwidacji. Rozwiązanie takie, niezależnie od innych walorów, skutecznie zniechęcałoby do korzystania z likwidacji, która miałaby charakter pozorny¹⁶.

D. Na marginesie niniejszej prezentacji można wyrazić opinię, że Sąd Najwyższy zajmuje stanowisko, które nie mieści się w pojęciu stosowania prawa, do czego sądy zostały powołane, ale wkracza już w rolę prawodawcy.

¹⁵ Por.: A. M. Świątkowski, *Restrukturyzacja zakładu pracy. Komentarz*, Kraków 2003, s. 191 i nast.

¹⁶ Wątek ten podnosi Ł. Pisarczyk, *Przejsie zakładu pracy na innego pracodawcę...*, s. 98–99.

Jaroslav Nekoranec, Miroslav Hrášok

Právna ochrana pred pracovnou diskrimináciou

Úvod

Výkonnosť a úspešnosť organizácií (podnikov, firiem) v súčasnom náročnom ekonomickom prostredí závisí na mnohých faktoroch – na technickom vybavení, finančnom zaistení, surovinových zdrojoch a informáciách, konkurenčných prednostiach i efektívnom riadení. Jedným z najdôležitejších, mnohokrát však neprávom nedoceneným faktorom úspešnosti organizácie sú ľudia – zamestnanci, manažéri, vo všeobecnosti personál.

Organizácie a spoločnosti, ktoré si uvedomujú, aký význam pre nich majú zamestnanci, venujú okrem iných aspektov, mimoriadnu pozornosť dvom zásadným otázkam. Prvá otázka sa dotýka v podstate všetkých funkcií personálneho manažmentu. Vzhľadom k závažnosti témy ich aspoň niektoré uvedieme. Ide o: nábor, výber, hodnotenie, vytváranie dobrých pracovných vzťahov, vzdelávanie, utváranie kultúry organizácie a pod. Druhá otázka sa dotýka právneho aspektu, ktorý je neoddeliteľ-

nou súčasťou riadenia ľudských zdrojov, pretože, realizácia podstatnej časti z uvedených funkcií má právny základ a je podmienená dodržiavaním zákonov ale aj pracovnoprávných predpisov. Treba podotknúť, že celá filozofia zamestnanosti a zamestnávania občanov, ako i vnútro-organizačne otázky personálneho charakteru premietajúceho sa najmä do oblasti personálneho manažmentu sa realizujú na základe zákonov a ďalších pracovnoprávných predpisov. Jedným zo zákonov o ktorom sa v súčasnom období veľa diskutuje na rôznych vládnych, zamestnávateľských ako aj odborových fórach, je Zákonník práce. Nie menej dôležitým je zákon O zamestnanosti, Antidiskriminačný zákon a ďalšie.

Jedným z cieľov každej organizácie by malo byť, aby podporovala kvalitu pracovného života. Takýto prístup k zamestnancom môže byť zdrojom prosperity organizácie a jej konkurencieschopnosti. Napriek uvedenému tvrdeniu, že každá z uvedených personálnych funkcií má právny základ, dodržiavanie zákonnosti v nich je veľakrát nedodržiavané. Veľmi často dochádza k závažným porušeniam právnych predpisov, ktoré vyúsťujú v oblasti zamestnanosti, zamestnávania ľudí ako i v manažmente ľudských zdrojov do diskriminácie. Preto sa domnievame, že je potrebné týmto otázkam venovať sústavnú pozornosť, pretože mnohí manažéri, ako aj zamestnanci nemajú dostatočné vedomosti z pracovnoprávnej problematiky. Pre lepšie pochopenie zložitosti danej problematiky, sme zvolili dve roviny nazerania na diskrimináciu.

Prvý pohľad je smerovaný na diskrimináciu v spojitosti s personálnym manažmentom a zamestnanosťou. Druhý pohľad sa dotýka právnych aspektov diskriminácie.

Personálny manažment a pracovnoprávna diskriminácia

Dodržiavanie zásad rovného zaobchádzania spočíva v zákaze diskriminácie z akéhokoľvek dôvodu. Diskriminácia sa dotýka tak fyzických ako aj právnických osôb.

Problematika diskriminácie má pomerne rozsiahly záber. Anti-diskriminačný zákon zakotvuje dodržiavanie zásady rovného zaobchádzania spočívajúce v zákaze diskriminácie z akéhokoľvek dôvodu v takých oblastiach, ako je sociálne zabezpečenie, zdravotná starostlivosť, poskytovanie tovarov a služieb a vzdelania, v rovnakom zaobchádzaní v pracovnoprávných vzťahoch a obdobných právnych vzťahoch, vymedzuje prípustné rozdielne zaobchádzanie ale aj zakladá právo na právnu ochranu a konanie vo veciach porušenia zásady rovnakého zaobchádzania. Našu pozornosť v súvislosti s manažmentom ľudských zdrojov zameriame na zásady rovného zaobchádzania a pracovnoprávnej diskriminácie. Pritom nezabúdame na dôležitosť všetkých zásad v súhrne.

V súlade so zásadou rovného zaobchádzania sa v pracovnoprávných vzťahoch a právnych vzťahoch s nimi súvisiacich zakazuje diskriminácia osôb z dôvodu pohlavia, náboženského vyznania, rasového pôvodu, národnostného alebo etnického pôvodu, zdravotného postihnutia, veku, alebo sexuálnej orientácie.

V súlade so zásadou rovného zaobchádzania sa zakazuje diskriminácia aj z dôvodu manželského stavu a rodinného stavu, farby pleti, jazyka, politického alebo iného zmýšľania, odborovej činnosti, národného alebo sociálneho pôvodu, majetku, rodu alebo iného postavenia.

Nedodržiavanie zásad zákazu diskriminácie sa v rôznych formách prejavujú v zamestnaneckých vzťahoch, tak súkromnom ako aj štátnom sektore. Zabráneniu, resp. predchádzaniu diskriminácie v oblasti riadenia ľudských zdrojov, tu veľmi veľa záleží od vyspelosti osobností manažérov i zamestnancov v jednotlivých organizáciách a ich postojov k nej. V tejto súvislosti si môžeme položiť otázku, kde by mali byť začiatky eliminácie pracovnej diskriminácie? V prvom rade by sa v jednotlivých funkciách personálneho manažmentu mali presadzovať zásady spravodlivosti, ktoré vychádzajú z politiky rovnosti, nie rovnostárstva. To znamená, dosiahnuť zdravé a produktívne zamestnanecké vzťahy, musíme stanoviť politiku zamestnaneckých vzťahov, ktorá vychádza z politiky organizácie (podniku, firmy). Podstatné

je, aby vyhlasovaná politika zamestnaneckých vzťahov bola v súlade s realizovaným správaním sa v organizácii. Politiku zamestnaneckých vzťahov je potrebné riešiť v kontexte:

- procedurálnej spravodlivosti,
- procesnej stránky, to znamená transparentný a štandardný postup,
- etických rozhodnutí, kedy sa berie v úvahu nielen záujem jedinca, ale aj záujem tých ktorí sú rozhodnutím zasiahnutí.

Priblížme si teraz uvedené aspekty. Procedurálna spravodlivosť dáva priestor k tomu, aby jedinci i skupiny mohli presadzovať svoje záujmy, bez toho, aby to bolo na úkor druhých. Musí byť postavená tak, aby plnila štyri funkcie a to:

- zaistovala spravodlivé zaobchádzanie a jednanie so zamestnancami,
- vytvárala prostredie, v ktorom je nespravodlivé jednanie stíhané,
- pomáha zlepšiť efektívnosť organizácie,
- podporovala a udržiavala zamestnaneckú lojalitu, oddanosť a spolupatričnosť s organizáciou.

Nie menej dôležitým aspektom eliminácie diskriminácie v práci sú etické rozhodnutia. Prebiehajú u jednotlivcov i skupín, medzi tým, čo je správne, čo je a nie je rozumné (hospodárne). Ide o správanie sa vo vnútri organizácie a ako je vnímaná z vonku. U etických rozhodnutí sa ľudia štandardne zameriavajú na následky rozhodnutí – zjednodušene povedané, že pokiaľ nie je niekomu ubližované, tak je to etické.

Život nás často stavia do situácie etickej dilemy, a to vtedy ak je pri rozhodovaní potrebné brať do úvahy užitočnosť konania. Manažéri musia starostlivo uvážiť, aké môže mať dôsledky ich rozhodnutie a byť si stále vedomí všetkých dobrých i zlých následkov svojho rozhodnutia.

Povinnosti, záväzky, princípy predstavujú ďalší krok k vytváraniu etických rozhodnutí. Organizácie majú svoju sociálnu zodpovednosť, svoje záväzky. Za univerzálny princíp možno napríklad považovať česťnosť, slušnosť, poctivosť, právo na súkromie a pod.

Zameranie na bezúhonnosť, čo znamená zameranie sa na charakter osôb, ktorí sa rozhodnutia zúčastnia.

K neetickému jednaniu patrí napríklad: klamanie zamestnancov, ponúkание alebo prijímanie úplatkov, prechválenie organizácie alebo služieb, ale tiež už spomenutá diskriminácia v práci, ktorá má rôznorodý charakter, ako napríklad: diskriminácia pri výberovom konaní, ktorá sa dotýka zamedzovania možnosti prístupu k pracovnému miestu – pozícii z dôvodu pohlavia, veku, rasy, národnosti, etniká, ale tiež diskriminácie podľa stavu, náboženského alebo politického presvedčenia či zdravotného postihnutia. Treba ešte poznamenať, že diskriminácia v práci, ktorá sa dotýka výberových konaní, ak je páchaná pri príležitosti vypísania výberového konania z externého prostredia, tak je často uplatňovaná aj pri výberových konaniach vo vnútri organizácie, teda z interného prostredia. Z pohľadu ostatných personálnych činností ide mnohokrát o neetické jednanie a pracovnú diskrimináciu, ktorá sa dotýka spravodlivého a včasného odmeňovania (nedodržanie výplatných termínov, znižovanie miezd), neobjektívne hodnotenie, zadržiavanie kariérneho postupu, bezpečnosti práce, znižovanie prístupu k informáciám, a pod.

Pre presnejšiu predstavu, aká situácia v tejto oblasti existuje, uvedieme jednu z podôb pracovnej diskriminácie. Ide o jeden z najpoužívanejších spôsobov pracovnej diskriminácie v Slovenskej republike, ktorý sa dotýka trhu práce. Nie je tajomstvom, že SR je v oblasti nezamestnanosti na druhom mieste v štátoch EU. Je to fenomén, ktorý sa nazýva veková diskriminácia. Vo svete je známa ako ageizmus (z gréckeho „age“ – vek). Ide o diskrimináciu zamestnávania mladej a staršej generácie. Už roky trvá diskriminácia ľudí nad 35, resp. 40 rokov. Ľudia starší 45 rokov a viac nemajú mnohokrát šancu získať primerané zamestnanie. Veková segregácia vyčleňuje týchto ľudí na okraj spoločnosti a je výrazne podporovaná ekonomickými a sociálnymi problémami a spoločenskými predsudkami. Na základe čoho sú starší ľudia odsúvaní na okraj spoločnosti. Diskriminácia na základe veku zasahuje všetky skupiny ľudí, bez ohľadu či ide o ľudí so základným, stredným či vysokoškolským vzdelaním. Pokojne možno povedať, že generácia ľudí od 45 do 60 rokov by sa dala nazývať aj „stratenou“. Problematika tohto fenoménu je veľmi široká a možno povedať na dlhú

debatu. Napriek tomu si položíme otázku. Čo stým a ako ďalej? Všimli si to aj vládne inštitúcie a začali sa u nás s pracovnou diskrimináciou vážne zaoberať? Stáva sa z toho aj právny problém, ak niekoho diskriminujú pre jeho vek. Otázky si žiadajú odpovede a riešenia.

Zamestnávateľia ako rozhodujúci faktor, ktorý ponúka rovnaké príležitosti

Ako príklad sme uviedli jeden zo závažných problémov, diskriminácia z hľadiska veku. Zároveň sme si položili otázku ako tento celospoločenský problém budú riešiť kompetentný (vláda, ministerstvá). Myslíme si, že rozhodujúcim subjektom odstraňovania pracovnej diskriminácie sú najmä zamestnávateľia, ktorí môžu v plnej miere ponúkať rovnaké príležitosti, ktoré majú vplyv nielen na imidž organizácie, ale tiež stimulujú zdravé a produktívne prostredie. Existuje odporúčanie, ako sa stať zamestnávateľom ponúkajúcim rovnaké príležitosti? Príkladmo môžeme uviesť:

- naformulovať politiku nových príležitostí, kde je uvedená definícia diskriminácie, zodpovednosť manažérov za politiku rovnakých príležitostí, postup pri zavádzaní tejto politiky, postupy prejednávania sťažností zamestnancov, príklady protiprávneho – nezákonného správania sa, spätné hodnotenie, návrh opatrení k odstráneniu prekážok rovnakých príležitostí v zamestnaní a pod.

- vzdelávať zamestnancov v politike rovnakých príležitostí so zameraním na témy:

- vysvetliť formy pracovnej diskriminácie,
- rozptyľovať mýty o výnimočnosti povolání podľa pohlavia,
- vyvarovať sa predsudkov a na základe nich robiť závery,
- posilňovať osobné hodnoty zamestnancov, ktoré sú v súlade s hodnotami organizácie,
- identifikovať miesta, postupy, procesy v organizácii, ktoré vedú k diskriminácii.

- dôležitý je aj zber informácií o zistených skutočnostiach diskriminácie, ich analýza, monitoring, opatrenia k náprave, dodržiavanie platných zákonov, komunikácia a pod.

Nezanedbateľnou súčasťou, ktorá ovplyvňuje kvalitu zamestnaneckých vzťahov je aj úroveň kultúry organizácie. Prejavuje sa zdieľaním hodnôt organizácie, ktorá má dopad na pracovné konanie zamestnancov. So vznikom nadnárodných spoločností rastie aj význam multikultúrneho prostredia. Ukazuje sa, že v organizáciách, kde sa rešpektujú hodnoty rozmanitosti, nie je miesto pre diskrimináciu zamestnancov. Pravdaže, ani tento stav nie je ideálny. Aj tu sa stretávame z rôznymi formami diskriminácie. Zahraniční zamestnávateľia skúšajú na Slovensku viaceré praktiky, ktoré by v ich domácom prostredí zamestnancami neboli tolerované.

Uplatňovanie zásad rovnakého zaobchádzania a ochrana pred diskrimináciou v pracovnoprávných vzťahoch nevychádza len z pracovnoprávných predpisov, ale je zakotvené aj v základných právnych predpisoch štátu ako takého, ba priam vychádza z medzinárodných noriem.

Samotné legislatívne opatrenia nebudú dostatočné na účinný boj s diskrimináciou v rámci celej spoločnosti, pokiaľ človek k tomu nepriloží svoje Ja. Skúsenosti ukázali a ukazujú, že zákony musia byť podporované aj konkrétnymi skutkami nás všetkých, bez rozdielu, či sme zamestnávateľmi alebo zamestnancami.

K naplneniu svojho cieľa v oblasti rovnakého zaobchádzania Rada EÚ, riadiac sa Európskymi smernicami o rovnosti rás a rovnakom zaobchádzaní v rámci zamestnávania spustila päťročný akčný program, ktorý bol navrhnutý s cieľom zaviesť Európsku antidiskriminačnú politiku do reality. Tento akčný program skončil 31. decembra 2006. V novom programovom období 2007 až 2013 sa rozhodlo ďalej pokračovať vo vytýčených snahách, naviac bol navrhnutý a v novembri 2006 aj prijatý nový integrovaný program, ktorý je známy pod názvom PROGRESS (Program zamestnanosti a sociálnej solidarity). Progress zlučuje štyri predchádzajúce Akčné programy Spoločenstva, a to

vrátane programu týkajúceho sa zákazu diskriminácie. Táto téma je teraz súčasťou jednej z piatich sekcií nového programu. Je to sekcia 4 s názvom „Antidiskriminácia a rôznorodosť“ teda podporuje účinné vykonávanie zásady zákazu diskriminácie a presadzuje jej začlenenie do všetkých politik EÚ.

Odhliadnuc od medzinárodných chárt, Slovenská republika už pri koncipovaní základného zákona štátu, teda v období prípravy Ústavy Slovenskej republiky, v roku 1992 zakomponovala do návrhu dikcie Ústavy inštitúty zákazu diskriminácie.

Aby sme sa v právnej rovine mohli zaoberať diskrimináciou musíme si najsamprv vysvetliť čo je to vlastne diskriminácia, resp. vysvetliť jej formy a to priamu a nepriamu diskrimináciu, hlavne kedy k nej dochádza.

Diskriminácia je priama diskriminácia, nepriama diskriminácia, obťažovanie a neoprávnený postih; diskriminácia je aj pokyn na diskrimináciu a nabádanie na diskrimináciu.

Priama diskriminácia je konanie alebo opomenutie, pri ktorom sa s osobou zaobchádza menej priaznivo, ako sa zaobchádza, zaobchádzalo alebo by sa mohlo zaobchádzať s inou osobou v porovnateľnej situácii.

Nepriama diskriminácia je navonok neutrálny predpis, rozhodnutie, pokyn alebo prax, ktoré znevýhodňujú osobu v porovnaní s inou osobou; nepriama diskriminácia nie je, ak takýto predpis, rozhodnutie, pokyn alebo prax sú objektívne odôvodnené sledovaním oprávneného záujmu a sú primerané a nevyhnutné na dosiahnutie takého záujmu.

Pre úplnosť, aby nedochádzalo k mylným interpretáciám rozoberieme aj obsah pojmov: obťažovanie, pokyn na diskrimináciu, nabádanie na diskrimináciu a neoprávnený postih.

Obťažovanie je také zaobchádzanie s osobou, ktoré táto osoba môže odôvodnene považovať na neprijemné, nevhodné alebo urážlivé, ktorého úmyslom alebo následkom je alebo môže byť zníženie dôstojnosti tejto osoby alebo vytvorenie nepriateľského, ponížujúceho alebo zstrašujúceho prostredia alebo ktorého strpenie môže pokladať za pod-

mienku za rozhodnutie alebo výkon práv a povinnosti vyplývajúcich z právnych vzťahov.

Pokyn na diskrimináciu je konanie, ktoré spočíva v zneužití podriadenosti osoby na účel diskriminácie tretej osoby.

Nabádanie na diskrimináciu je presvedčanie, utvrdzovanie alebo podnecovanie osoby na diskrimináciu tretej osoby.

Neoprávnený postih je konanie alebo opomenutie, ktoré je pre osobu, ktorej sa týka, nepriaznivé a priamo súvisí s domáhaním sa právnej ochrany pred diskrimináciou vo svojom mene alebo v mene inej osoby alebo s podaním svedeckej výpovede, vysvetlenia alebo súvisí s inou účasťou tejto osoby v konaní vo veciach porušenia zásady rovnakého zaobchádzania.

V právnom poriadku má Slovenská republika samostatný zákon č. 365/2004 Z.z. o rovnakom zaobchádzaní v niektorých oblastiach a o ochrane pred diskrimináciou a o zmene a doplnení niektorých zákonov (antidiskriminačný zákon), ktorý má byť v nasledujúcom období úplne skomparovaný s právom EÚ (marec 2007 proces medzirezortného pripomienkovania), má však otázku zákazu diskriminácie v pracovnoprávných vzťahoch rozpracovanú aj v základnom pracovnoprávnom predpise a to v Zákonníku práce (Zák. č. 311/2001 Z.z.).

Zákonník práce na rozdiel od iných právnych predpisov začína desiatimi článkami, ktoré zakotvujú základné zásady pracovného práva.

Článok 1 stanovuje, že fyzické osoby majú právo na prácu a na slobodnú voľbu zamestnania, na spravodlivé a uspokojivé pracovné podmienky a na ochranu proti nezamestnanosti. Tieto práva im patria bez akýchkoľvek obmedzení a priamej diskriminácie alebo nepriamej diskriminácie podľa pohlavia, manželského stavu a rodinného stavu, rasy, farby pleti, jazyka, veku, zdravotného stavu, viery a náboženstva, politického alebo iného zmýšľania, odborovej činnosti, národného alebo sociálneho pôvodu, príslušnosti k národnosti alebo etnickej skupine, majetku, rodu alebo iného postavenia s výnimkou prípadu, ak to ustanovuje zákon alebo, ak je na výkon prác vecný dôvod, ktorý spočíva v predpokladoch alebo požiadavkách a v povahe práce, ktorú

má zamestnanec vykonávať. Tento článok Zákonníka práce v sebe zahŕňa ústavné práva občana a to právo na slobodu povolania, právo na podnikanie, právo na súkromie, právo rešpektovať súkromný a rodinný život, slobodu myslenia, svedomia a náboženstva, ochranu života a telesnej integrity, zakazuje neľudské zaobchádzanie, zakazuje nútené alebo povinné práce, zakotvuje právo na ochranu osobných údajov, právo na spravodlivé a uspokojivé pracovné podmienky.

Článok 2 zakotvuje zásadu zmluvnosti v pracovnoprávných vzťahoch. Rešpektuje osobnú a zmluvnú slobodu, ktoré spočívajú v slobode výberu zmluvného partnera, slobode uzavretia zmluvy, slobode určenia obsahu pracovnej zmluvy, jej rozviazania resp. zrušenia. Sloboda zmluvnej formy však musí vychádzať z pracovnoprávných predpisov.

Článok 3 zakotvuje právo zamestnanca na mzdu za vykonanú prácu, na zaistenie bezpečnosti a ochrany zdravia pri práci, na odpočinok a zotavenie po práci.

Článok 4 zakotvuje právo na poskytovanie informácií o činnosti zamestnávateľa. Táto zásada v sebe zahŕňa aj slobodu združovania sa zamestnancov.

Článok 5 zakladá zamestnancom a zamestnávateľom riadne plniť svoje povinnosti, ktoré vyplývajú z pracovnoprávných vzťahov. Konkrétne práva a povinnosti pre obe strany pracovnoprávneho vzťahu sú následné špecifikované v paragrafovom znení Zákonníka práce.

Článok 6 zakotvuje právo na rovnaké zaobchádzanie mužom a ženám a to pri prístupe k zamestnaniu, v pracovných podmienkach, pri odmeňovaní, pracovných postupoch a odbornom vzdelávaní. Navyiac ženám zabezpečuje pracovné podmienky umožňujúce im účasť na práci s ohľadom na ich fyziologické predpoklady a s ohľadom na ich spoločenskú funkciu v materstve. Následné potom ženám aj mužom vytvára rovnaké predpoklady pre plnenie rodičovských povinností.

Článok 7 zakotvuje právo mladistvým na prípravu na povolanie a zabezpečenie pracovných podmienok umožňujúcich rozvoj ich telesných a duševných schopností. V tomto prípade však môžeme hovoriť o pozitívnej diskriminácii. Zo stavajúcej právnej úpravy vyplýva,

že príprava mladistvých na budúce povolanie sa uskutočňuje mimo pracovnoprávných vzťahov a spoločnosť má záujem na tejto príprave.

Článok 8 ustanovuje, že zamestnávateľia sú povinní robiť opatrenia v záujme ochrany života a zdravia zamestnancov pri práci a zodpovedajú podľa Zákonníka práce za škody spôsobené zamestnancom pracovným úrazom alebo chorobou z povolania. Zamestnanci majú právo na hmotné zabezpečenie pri neschopnosti na prácu, v starobe a v súvislosti s tehotenstvom a rodičovstvom na základe predpisov o sociálnom zabezpečení. Zamestnancom so zmenenou pracovnou schopnosťou zamestnávateľ zabezpečuje pracovné podmienky umožňujúce im uplatniť a rozvíjať ich schopnosti na prácu s ohľadom na ich zdravotný stav. Aj v prípade zmenenej pracovnej schopnosti zamestnanca je realizovaný inštitút pozitívnej diskriminácie, ktorý však vychádza zo záujmov spoločnosti a je upravený v samostatnej právnej úprave, konkrétne v zák. č. 5/2004 Z.z. o službách zamestnanosti a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov. Pracovnoprávne vzťahy sú v čase neschopnosti zamestnancov na prácu z dôvodov choroby, úrazu, tehotenstva alebo materstva a rodičovstva vo zvýšenej miere chránené zákonom.

Článok 9 zakotvuje práva pre zamestnancov a zamestnávateľov, ktorí sú poškodení porušením povinností vyplývajúcich z pracovnoprávných vzťahov, k uplatneniu si práva na súde. Zamestnávateľia nesmú znevýhodňovať a poškodzovať zamestnancov preto, že zamestnanci uplatňujú svoje práva vyplývajúce z pracovnoprávných vzťahov.

Článok 10 zakotvuje právo zamestnancom a zamestnávateľom na kolektívne vyjednávanie; v prípade rozporu ich záujmov dáva zamestnancom majú právo na štrajk a zamestnávateľom právo na výuku. Odborové orgány sa zúčastňujú na pracovnoprávných vzťahoch vrátane kolektívneho vyjednávania. Zamestnanecká rada alebo zamestnanecký dôverník sa zúčastňujú na pracovnoprávných vzťahoch za podmienok ustanovených osobitným zákonom. Zamestnávateľ je povinný umožniť odborovému orgánu, zamestnaneckej rade alebo zamestnaneckému dôverníkovi pôsobiť na pracoviskách.

V súčasnej dobe (marec 2007) je Zákonník práce v novelizácii, v ktorej sa navrhuje rozšíriť základné zásady o ďalšie dva články, ktorých posledný návrh odráža ďalšiu transformáciu práva EÚ do našich pracovnoprávných noriem.

V článku 11 sa navrhuje zakotviť právo zamestnancov na ochranu osobných údajov. Bližšie sa navrhuje vymedziť čo môže, resp. aké informácie môže zamestnávateľ o zamestnancovi zhromažďovať, a že to môžu byť len osobné údaje súvisiace s kvalifikáciou a profesionálnymi skúsenosťami zamestnanca a informácie, ktoré môžu byť významné z hľadiska práce o ktorú sa zamestnanec uchádza alebo ktorú zamestnanec vykonáva alebo vykonával. Navrhuje sa, zakázať zamestnávateľovi, že nesmie bez vážnych dôvodov spočívajúcich v osobitnej povahe činnosti zamestnávateľa narušovať súkromie zamestnanca na pracovisku a v spoločných priestoroch zamestnávateľa tým, že ho otvorene alebo skryto sleduje, odpočúva a zaznamenáva jeho telefonické hovory alebo kontroluje listové zásielky adresované zamestnancovi. Ak je u zamestnávateľa vážny dôvod spočívajúci v osobitnej povahe činnosti zamestnávateľa, ktorý odôvodňuje zavedenie kontrolného mechanizmu, je zamestnávateľ povinný priamo informovať zamestnanca o rozsahu kontroly a spôsoboch jej uskutočňovania.

V navrhovanom článku 12 sa zakotvuje, že v pracovnoprávných vzťahoch možno upraviť podmienky zamestnania zamestnanca výhodnejšie ako upravuje Zákonník práce alebo iný pracovnoprávny predpis, ak to Zákonník práce alebo iný pracovnoprávny predpis výslovne nezakazuje alebo ak z povahy ich ustanovení nevyplýva, že sa od nich nemožno odchýliť.

Nie len Zákonník práce, ale aj ďalšie pracovnoprávne predpisy majú vo svojich dikciách buď priamo zakotvené inštitúty zakazujúce akúkoľvek diskrimináciu alebo odkazujú na ustanovenia Zákonníka práce. Právnym predpisom, ktorý odkazuje na použitie Zákonníka práce je Zákon č. 552/2003 Z.z. o výkone práce vo verejnom záujme v znení neskorších predpisov. Zákon č. 312/2001 Z.z. o štátnej službe v znení neskorších predpisov vo svojom napr. v § 3 zakotvuje rovnaké práva

nielen občanom Slovenskej republiky ale aj občanom iného členského štátu Európskej únie. Otázku zákazu diskriminácie preberá priamo zo zákona č. 365/2004 Z.z. o rovnakom zaobchádzaní v niektorých oblastiach a o ochrane pred diskrimináciou a o zmene a doplnení niektorých zákonov (antidiskriminačný zákon). Aj v právnych predpisoch, ktoré upravujú štátnozamestnanecké vzťahy, ako napr. zákon o štátnej službe profesionálnych vojakov, zákon o štátnej službe príslušníkov policajného zboru, zákon o štátnej službe colníkov je riešená otázka zákazu diskriminácie a to vo všeobecnom zákaze diskriminácie s odkazom na Ústavu Slovenskej republiky a následné na antidiskriminačný zákon.

Záver

Pracovná diskriminácia je nie len zlá, ale môže prísť organizácie veľmi drahó. Aby sa jej vyhli, musia eliminovať nielen náznaky diskriminácie, ale aj akúkoľvek diskrimináciu nielen na pracovisku, ale aj v objektoch a priestoroch, ktoré využívajú na svoju činnosť. Silná a kvalifikovaná pozornosť tejto otázke je venovaná už v koncepte riadenia ľudských zdrojov.

Uplatnenie eliminácie pracovnej diskriminácie a dodržiavanie rovnakých príležitostí je odrazom spoločenskej spravodlivosti a zdravého ekonomického rozvoja. Diskriminácia pramení často z rôznych predstáv a zneužívania moci. Ide o oblasť, ktorá býva veľmi ťažko postihnuteľná a dokázateľná, preto je dôležité akým právnym vedomím manažment a zamestnanci disponujú. Je potrebné ho neustále zdokonaľovať a uplatňovať. Bez poznania práva nemôže byť manažér manažérom.

Bibliografia

J. Bláha, A. Mateiciuc, Z. Kaňáková, *Personalistika pre malé a stredné firmy*, Brno 2005.

J. Hubel, *Pracovná diskriminácia*, SME 2006, č. 35, R. 14.

T. G. Milkovich, *Řízení lidských zdrojů*, Praha 1993.

Zák. č. 311/2001, Z. z. Zákonník práce.

Zák. č. 365/2004, Z.z. o rovnakom zaobchádzaní v niektorých oblastiach a o ochrane pred diskrimináciou a o zmene a doplnení niektorých zákonov (antidiskriminačný zákon).

Summary

Protection of human before work discrimination is in these days very actual legal and ethics aspect. Managers of organizations are these subjects of personal management, which approach observance of law, good work relationship and ethics specifications in labour management relations.

Jaroslav Nekoranec, Miroslav Hrášok

Právny aspekt etického kódexu zamestnanca v štátnej službe

Úvod

Morálne a etické otázky boli zastúpené v živote človeka odjakživa. Nemohli sa preto nepremietnuť do oblastí, ktoré človeka ovplyvňovali a boli do značnej miery determinantom jeho existencie. Tak, ako v minulosti, aj v súčasnom období je s otázkou etického správania, jednania i konania v spoločnosti konfrontovaný nielen samotný jedinec, ale aj sféry ekonomické, politické, právne, kultúrne, spoločenské, medicínske, vojenské, športové a iné, v ktorých ľudia vykonávajú rôzne činnosti. Možno povedať, že sme denne, teda v reálnom živote, ale tiež prostredníctvom médií konfrontovaní, vystavovaní a oboznamovaní s porušovaním a nedodržiavaním etických či morálnych zásad jednotlivcov i organizácií. Porušovanie etických zásad si uvedomujeme až v okamihu, keď sa nás priamo dotýkajú a začnú citelne a konkrétne ovplyvňovať náš osobný, ale aj pracovný život. Napriek tomu, že

oba naznačené aspekty života človeka sú navzájom prepojené a úzko spolu súvisia, upriamime našu pozornosť na organizačnú a pracovnú problematiku. Konkrétne, ide nám v tejto súvislosti o zovšeobecnený pohľad na dodržiavanie etických zásad organizáciami rôzneho charakteru (štátneho i neštátneho), ale tiež pohľad na tie subjekty, ktoré významným spôsobom pôsobia na dodržiavanie etických zásad, ide o manažmenty, manažérov, zamestnancov.

Nazeranie na morálku a etiku vychádza najmä z filozofického ponímania, dosah je však interdisciplinárny. Morálka a etika je súčasťou aj iných vied, ako napríklad pedagogiky, sociológie, histórie, manažmentu, personálneho manažmentu, práva, teológie a pod. Aspekty morálky a etiky sa stávajú neoddeliteľnou súčasťou právneho systému. Etické aspekty a zásady sú presadzované v mnohých organizáciách v podobe etických kódexov. Ich dodržiavanie je považované za prejav lojality a oddanosti k organizácii a je tiež predpokladom a podkladom profesijnej cti. Nie inak by to malo byť u zamestnancov v štátnej službe.

V nasledujúcich myšlienkach nášho článku sa zameriame na dve základné oblasti, ktoré spolu neoddeliteľne súvisia. Prvá sa dotýka stručnej charakteristiky pozadia a presadzovania etických aspektov v organizáciách, ktoré pôsobia v stále sa meniacom ekonomickom prostredí. Poukážeme na úlohy manažmentov a manažérov pri presadzovaní etických zásad v organizácii i mimo nej. V druhej oblasti, poukážeme na právne aspekty presadzovania etického kódexu zamestnancov v štátnej službe, ktorú považujeme za jadro nášho príspevku k danej problematike.

Východiská etických postojov

Súčasná doba je mnohokrát charakterizovaná hlavne nedodržiavaním a porušovaním morálnych a etických zásad či princípov v rôznych oblastiach spoločnosti. Pretože podstatná časť života človeka je spojená s pracovnou činnosťou v rôznych organizáciách, poukážeme na

niektoré aspekty etiky v ekonomickom prostredí, ktoré sa dotýkajú všetkých inštitúcií, organizácií, podnikov, firiem, a to bez rozdielu či majú verejný alebo súkromný štatút. Všade v týchto subjektoch pôsobia majitelia, manažéri a zamestnanci. Domnievame sa, že je potrebné objasniť základné východiská a procesy, ktoré sprevádzajú etické jednanie, konanie a správanie sa organizácií i zamestnancov, ktorí v nich pôsobia. V prvom rade ide o myšlienky dotýkajúce sa etiky, ktorá je základným východiskovým predmetom k celej problematike.

Etika býva označovaná za náuku o morálke. Niektorí autori chápu etiku, ako teóriu mravnosti, ktorej predmetom je skúmanie zákonitostí mravného správania sa jednotlivcov i spoločnosti. Z toho vyvodzujú, že etika je nadradená morálke. Slovo etika je odvodené od starogréckeho slova *éthos* a má niekoľko významov – jazyk, mrav, životný spôsob, charakter, mravnosť, morálka a pod.

Morálka sa odvodzuje od latinského slova *mos*, ktoré prekladáme ako mrav, predpis, správanie sa resp. *moralis*, čo znamená mravný. Pre vlastné porozumenie etiky má bezprostredný význam pochopenie etosu, ako mravnosti, zmyšľania, postojov.

Rôzne teoretické východiská definovania etiky a morálky by neboli dostatočné, ak by sme sa aspoň z časti nezmienili o ich súčastiach. Ide o *morálne normy*, *hodnoty* a *hodnotovú orientáciu*. Jednotlivec ich každodenne konfrontuje so svojimi morálnymi normami, hodnotami, a orientáciou, ale tiež so spoločenskými normami a hodnotami. Z hľadiska pôsobnosti jednotlivca v organizácii v ktorej pracuje, ich potom porovnáva aj s kultúrou organizácie, ktorej súčasťou sú jej hodnoty, normy, presvedčenia. *Morálna norma* je chápaná ako pravidlo, odporúčenie, ktoré usmerňuje jednanie človeka v sociálnej skupine, ktorej je členom. Čo sa týka hodnoty, táto je odvodená od vzťahu medzi našou potrebou a tým, čo ju uspokojuje. Niektorí autori zaraďujú hodnoty medzi motívy, t.z. medzi vnútorné pohnútky, ktoré podnecujú jednanie človeka. Pojem *hodnotová orientácia* nesúvisí s jednou určitou hodnotou, ale predstavuje určitý komplex hodnôt, ktoré jednotlivec zaraďuje do svojho hodnotového systému.

Zdrojom etického myslenia a jednaní sú v neposlednom rade aj vyhlásenia a dokumenty, často označované ako deklarácia alebo charta. Sú to práva zdôrazňujúce ľudskú dôstojnosť, slobodu, rovnosť a solidaritu, ktoré formulujú základné etické normy a hodnoty. Dúfame, že nie posledným dokumentom, na ktorý je potrebné upozorniť je Charta základných práv EÚ, ktorá bola prijatá v r. 2000 členskými štátmi EÚ na jej zasadnutí vo Francúzsku.

Presadzovanie etických zásad

Presadzovanie etických zásad v organizáciách je neodmysliteľne spojené s podnikateľským prostredím ako takým. Vplyv globalizácie je taký, že sa nemožno spoľahnúť na „neviditeľnú ruku trhu“, ktorá je považovaná za nedostatočný regulátor jednaní. Nutným doplnením sú preto hodnoty morálnej povahy. Táto skutočnosť je popísaná v dokumente *Principles for Business* (Princípy podnikania), v ktorom sú uvedené etické nároky na manažérov z hľadiska medzinárodného obchodu. Tento dokument bol v r. 1986 navrhnutý a spracovaný vedúcimi predstaviteľmi obchodu Európy, Japonska a USA. Len pre ilustráciu uvedieme niektoré zo zásad etického jednaní v podnikaní, ktoré dokument obsahuje.

- ide o zodpovednosť podnikateľa voči zainteresovaným subjektom, ako sú napríklad: zamestnanci, zákazníci, klienti, akcionári, vlastníci, dodávatelia, konkurencia, spoločenstvá a pod,
- rešpektovanie pravidiel – predpisov a práva v jednotlivých krajinách,
- ochrana životného prostredia,
- podnikateľské správanie – od litery zákona k vzájomnej dôvere,
- vystríhanie sa nezákonných operácií – korupcia, pranie špinavých peňazí, podpora terorizmu a organizovanému zločinu a pod.

Podstatnú časť uvedených etických zásad je možné aplikovať aj v štátnej správe. Aby boli zásady etického správania v súlade s cieľmi,

stratégiou, politikou a kultúrou organizácie, sú zväčša vo väčších organizáciách zriadené funkcie pre etiku, a to do vnútra i navonok organizácie. Napriek tomu najväčšia ťarcha dodržiavania etických zásad ostáva na *manažéroch* jednotlivých stupňov riadenia. Oni by mali byť hybnou silou, ktorá sa usiluje o dodržiavanie etických princípov a zásad, regulujúc správanie sa zamestnancov i celej organizácie. Významnú rolu tu zohrávajú ich *individuálne hodnotové systémy*. Možno povedať, že rozhodnutia manažérov v oblasti dodržiavania etických zásad sa dotýkajú prakticky všetkých, ktorí sú v určitom vzťahu k organizácii – zamestnanci, zákazníci, klienti, vládne inštitúcie, široká verejnosť a pod.

Nie náhodou sa manažérska etika opiera o také kategórie ako sú *svedomie*, *čestnosť*, *dôstojnosť* či *osobnosť*. V tejto súvislosti je potrebné zdôrazniť, že kvalita presadzovania etických zásad manažérmi závisí od prostredia v ktorom manažéri operujú. Mnohokrát sa manažéri právom domáhajú nových zákonov, ktoré by jednoznačne rešpektovali etické princípy a zásady. Organizácie využívajú rozdielne prístupy k posudzovaniu správania sa svojich zamestnancov. Mnohé sa spoliehajú na neformálne prístupy, iné vytvárajú *etické kódexy*, ktoré majú podobu písaného dokumentu. Etické kódexy nie sú záležitosťou posledných rokov. Za prvý etický kódex v histórii sa označuje *Hippokratova prisaha*. Etické kódexy sa dnes už vyskytujú takmer vo všetkých oblastiach spoločenského, politického, ekonomického, kultúrneho života.

Organizácie a profesijné združenia si vytvárajú svoje etické kódexy, ktoré sú záväzne pre zamestnancov, na druhej strane pre klientov, zákazníkov, organizácie a pod, sú podkladom pre možné čitateľné očakávania činnosti zamestnancov riadiacich sa etickými kódexmi. Základom tvorby etických kódexov sú predovšetkým hodnoty organizácie, ktoré špecifikujú požadované jednanie všetkých zamestnancov organizácie.

Položme si otázky. Aký význam má vôbec zaoberanie sa s etickými zásadami organizácie? Aký majú etické kódexy prínos a kлады?

Manye, popísali svoje skúsenosti z tvorby etických kódexov pre organizácie. Vychádzal z konzultácií asi so 400 manažérmi a dospel k záveru, že ich prínosom a kladom je napríklad:

- zdieľanie spoločných hodnôt organizácie manažérmi a zamestnancami,
- upevnenie vhodného jednania,
- eliminácia nevhodných činností,
- pomoc dlhodobej stratégii,
- napomáhanie ku kontrole vzťahov a komunikácii s vnútorným a externým prostredím,
- znižujú počet súdnych sporov,
- zvyšujú pracovnú morálku, hrdosť, lojalitu zamestnancov,
- napomáhajú integrácii kultúr organizácií a pod.

Etické kódexy sa prelínajú aj do takých oblastí ako je:

- prehlásenie o politike manažmentu,
- ochrana osobných údajov,
- bezpečnosť práce,
- environmentálna zodpovednosť,
- ochrana informácií,
- konflikt záujmov,
- vzťah ku konkurencii,
- drogy, AIDS a pod.

Ako je vidieť, výpočet jednotlivých oblastí, ktoré etický kódex ovplyvňuje je rozsiahlejší. Rôznorodosť obsahu etického kódexu je stanovená zväčša podľa vlastného uváženia a potrieb manažérov a organizácií. V tejto súvislosti je dôležité odpovedať na otázku, aká je vlastne účinnosť etických kódexov a ako ju zvyšovať? Pretože prieskumov nie je veľa, možno povedať, že zvyšovanie účinnosti v organizácii je možné najmä: etickým výcvikom, vzdelávaním, oboznamovaním nových uchádzačov o zamestnanie v priebehu výberového pohovoru prípadne počas adaptačného procesu, marketingom. a pod.

Všetky doteraz naznačené myšlienky presadzovania etických zásad v organizáciách budú mať význam vtedy, ak sa najmä manažéri budú zasadzovať o vytváranie atmosféry založenej na dobrých vzťahoch medzi zamestnancami a organizáciou, ale tiež medzi organizáciami a ostatným externým prostredím. Neoddeliteľnou súčasťou externého prostredia je aj štátny sektor v ktorom pôsobia zamestnanci v štátnej službe, s ktorých prácou a činnosťou sa väčšina z nás skoro každodenne stretáva. Aj od nich sa vyžaduje aby jednali, konali, správali sa podľa etických zásad.

Etický kódex môžeme charakterizovať ako komplex rôznych etických princípov a hodnôt, ktorých dodržiavanie sa vyžaduje a očakáva.

Vzhľadom na to, že etické kódexy sú zväčša odrazom politického chápania etických hodnôt, ktorých aplikáciu spoločnosť očakáva vo verejných inštitúciách, môžu zároveň plniť úlohu podporného faktora pre rast transparentnosti fungovania verejných úradov.

Na etický kódex môžu priamo nadväzovať kódexy správania sa, ktoré jasne definujú a špecifikujú úlohy štátneho zamestnanca, jeho zodpovednosť a kompetencie, práva a povinnosti – vrátane definovania kľúčových etických princípov. Tieto princípy môžu byť rozpracované do rozdielnej hĺbky a zamerané na rôzne odborno-profesionálne skupiny zamestnancov.

Zo všeobecného hľadiska je možné konštatovať, že majú vytvárať rámec, na základe ktorého je posudzované akceptovateľné správanie sa zamestnanca zo strany nadriadených v príslušnom úrade, a s ktorým môže samotný zamestnanec porovnávať a hodnotiť vlastné etické zásady. Zvyčajne kódex tvoria ustanovenia, súvisiace s nasledovnými oblasťami:

- definovanie cieľovej skupiny – adresátov, t.j. skupiny zamestnancov alebo verejných činiteľov, ktorým je kódex určený,
- zasadenie do právneho rámca, vytvoreného základnými právnymi normami,
- povinnosťami voči verejnosti v konfrontácii so súkromnými záujmami,

- deklarácia majetkových, peňažných alebo iných vlastníckych pomerov,
- vyhlásenie o zamedzení vzniku konfliktu záujmov,
- oblasť zneužívania svojho postavenia, služobných informácií a dôvery nadriadeného,
- využívanie verejných prostriedkov na osobný prospech,
- definovanie správania, resp. konania zamestnanca predstavujúce porušenie kódexu,
- sankcie v prípade porušenia ustanovení kódexu,
- akceptované správanie a konanie po skončení pracovného pomeru a reštrikcie vo vzťahu k ďalšiemu zamestnaniu.

Etika štátnej správy formuluje základné zásady poskytovania svojich služieb a princípy žiaduceho, a zo strany verejnosti očakávaného správania sa zamestnancov štátnej služby. Etický kódex predstavuje jeden z dôležitých nástrojov na zosúladenie konania štátnych zamestnancov so všeobecne platnými a uznávanými etickými štandardami správania sa, a prostredníctvom efektívneho, nestranného a transparentného poskytovania verejných služieb a rozhodovania posilňuje pozitívne väzby a interakcie medzi štátnymi zamestnancami a verejnosťou.

Skúsenosti ukázali, že zakotvenie etických princípov v určitej formalizovanej a inštitucionalizovanej podobe a zabezpečenie ich rešpektovania a uplatňovania v praxi, sa dosiahne skôr prostredníctvom pozitívne formulovaných zásad a vnútorného stotožnenia sa, identifikáciou štátnych zamestnancov s týmito hodnotami tak, aby sa stali integrálnou súčasťou ich činnosti.

Za súčasného stavu sa ukazuje nevyhnutnosťou mať vytvorený súbor etických pravidiel v určitej normatívnej podobe s priamym zakomponovaním následkov, resp. sankcií v prípade ich porušenia zadaných ako porušenie služobnej disciplíny s vyvedením disciplinárneho postihu, pokiaľ nepôjde o kvalifikované porušenie, predstavujúce rozpor s trestnoprávnymi normami.

Východiskom pre vypracovanie návrhu Etického kódexu štátneho zamestnanca je rámec základných práv a povinností štátneho zamest-

nanca stanovený v jednotlivých právnych normách. V Slovenskej republike je to napr. zákone číslo 312/2001 Z. z. o štátnej službe v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o štátnej službe“).

Predmetom zákona o štátnej službe je úprava právnych vzťahov pri výkone štátnej služby, z nášho pohľadu predovšetkým vo vzťahu k právam a povinnostiam štátneho zamestnanca. Štátna služba je verejnoprávnym vzťahom štátneho zamestnanca a štátu, ktorého obsahom je plnenie úloh štátnej správy alebo výkon štátnych záležitostí podľa osobitných predpisov v rámci služobného úradu. Z uvedeného vyplýva, že právny vzťah štátneho zamestnanca je konštituovaný priamo k štátu, čo sa odráža na úprave samotného vzniku štátnozamestnaneckého pomeru, ktorý vzniká vymenovaním, nie pracovnou zmluvou ako dvojstranným právnym úkonom medzi zamestnancom a zamestnávateľom, a v úprave práv a povinností štátneho zamestnanca, predovšetkým vo vzťahu k dodržiavaniu služobnej disciplíny.

Princípy, na ktorých je budovaný výkon štátnej služby sú zakotvené hneď v úvodnom ustanovení zákona o štátnej službe, pričom popri princípe profesionality, politickej nezávislosti, efektivity, pružnosti, nestrannosti je jedným zo základných princípov i princíp etiky.

Medzi základné povinnosti štátneho zamestnanca, vyplývajúce zo zákona o štátnej službe patrí:

- dodržiavať Ústavu Slovenskej republiky, ústavné zákony, zákony a iné všeobecne záväzné právne predpisy, ktoré sa vzťahujú na vykonávanie štátnej služby, etický kódex a služobné predpisy pri vykonávaní štátnej služby,
- plniť služobné úlohy osobne, zodpovedne, riadne a včas,
- zachovávať mlčanlivosť o skutočnostiach, o ktorých sa dozvedel v súvislosti s vykonávaním štátnej služby, ak nie je tejto povinnosti zbavený vedúcim úradu, ak osobitný predpis neustanovuje inak; táto povinnosť platí aj po skončení štátnozamestnaneckého pomeru,
- vykonávať štátnu službu nestranne a politicky neutrálne,
- prehlbovať si kvalifikáciu,

- neprijímať dary alebo iné výhody v súvislosti s vykonávaním štátnej služby okrem darov alebo iných výhod poskytovaných služobným úradom,
- zdržať sa konania, ktoré by mohlo viesť ku konfliktu verejného záujmu s osobnými záujmami, najmä nezneužívať informácie nadobudnuté pri vykonávaní štátnej služby na vlastný prospech alebo na prospech iného; táto povinnosť platí aj po skončení štátnozamestnaneckého pomeru,
- upozorniť služobný úrad na akýkoľvek skutočný alebo možný konflikt záujmov,
- zdržať sa pri vykonávaní štátnej služby a mimo nej všetkého, čo by mohlo narušiť vážnosť štátnej služby alebo ohroziť dôveru v jej nestrannosť, prípadne nestrannosť rozhodovania,
- ochraňovať majetok štátu, ktorý mu bol zverený pred poškodením, stratou, zničením a zneužitím,
- správať sa slušne k predstaveným, k ostatným štátnym zamestnancom a zamestnancom služobného úradu a v služobnom styku s fyzickými osobami a právnickými osobami,
- nezneužívať žiadnym spôsobom svoje postavenie voči podriadeným a ďalším spolupracovníkom.

Tieto základné povinnosti vytvárajú základný rámec pre ustanovenia Etického kódexu štátneho zamestnanca. Etický kódex, ktorý má byť vyjadrením spoločensky všeobecne uznávaných a uplatňovaných morálnych pravidiel a hodnôt spoločenského styku a upravovať zásady správania sa štátneho zamestnanca, ktoré je povinný dodržiavať z hľadiska etiky spoločenského styku s občanmi a právnickými osobami, ako aj s inými štátnymi zamestnancami a predstavenými. Základným cieľom kódexu je napomôcť k riadnemu a zodpovednému výkonu štátnej služby a minimalizovať akúkoľvek možnosť negatívneho ovplyvňovania štátneho zamestnanca. Možno ho charakterizovať ako dokument, upravujúci základné princípy správania sa štátneho zamestnanca pri výkone služobných povinností i mimo nich.

Úlohou kódexu je stanovovať základné pravidlá správania sa zamestnancov a podporiť dôveru verejnosti v čestnosť a spravodlivosť ich práce.

Piliere na ktorých má byť koncipovaný Etický kódex štátneho zamestnanca:

- štátny zamestnanec nezneužije svoje postavenie vo vlastný prospech,
- štátny zamestnanec bude konať nezávisle a objektívne a nebude uprednostňovať žiadnu organizáciu alebo osobu,
- štátny zamestnanec sa musí vyvarovať konania, ktoré by viedlo k podozreniu, že porušuje zákon, alebo stanovený etický štandard.

Štruktúra Etického kódexu štátneho zamestnanca:

Etická zodpovednosť – vykonáva svoju prácu svedomite, čestne a dodržiava a riadi sa najvyššími etickými princípmi.

Zodpovednosť voči verejnosti – je zodpovedný za svoje konanie a rozhodnutia verejnosti a je pripravený podrobiť sa kontrole verejnosťou, ktorá sa týka jeho práce.

Rozhodovací proces – pri vykonávaní svojich služobných povinností, vykonáva všetky rozhodnutia vo verejnom záujme a s ohľadom na objektívnu podstatu každého prípadu.

Verejný záujem je nadriadený súkromnému záujmu – štátny zamestnanec sa neriadi súkromnými záujmami, pokiaľ to nie je výslovne povolené Kódexom, ktoré môžu priamo ovplyvniť jeho prácu.

Dary a výhody – neuchádza sa a neprijíma žiadne ekonomické výhody alebo zvýhodnenia.

Vnútorne informácie – nevyužije vedome výhodu alebo zisk z informácie, ktorú získal v rámci svojich služobných povinností a zodpovednosti, a ktorá nie je všeobecne prístupná verejnosti.

Štátne vlastníctvo – priamo alebo nepriamo, nepoužije a nedovolí použiť štátne vlastníctvo akéhokoľvek druhu na iné než na schválené účely.

Princípy práce štátneho zamestnanca:

Objektívnosť – vykonáva svoju prácu objektívne, na základe skutočnej podstaty veci a nie podľa subjektívneho uváženia.

Integrita – nesmie prijať žiadne finančné alebo iné záväzky, ktoré by ho zaväzovali uprednostniť osoby alebo organizácie pri výkone svojej práce.

Čestnosť – má povinnosť verejne prezentovať akékoľvek súkromné záujmy, ktoré sa môžu týkať výkonu jeho práce, a zabrániť tak akémukoľvek konfliktu záujmov tak, aby chránil verejný záujem.

Otvorenosť – musí byť pri prijímaní svojich rozhodnutí ako aj vo svojom konaní maximálne otvorený. Musí uvádzať dôvody, ktoré ho viedli k tomu ktorému rozhodnutiu a neuvádzať len tie informácie, ktorých utajenie si vyžaduje verejný záujem.

Zodpovednosť – je zodpovedný za svoje konanie. Musí byť pripravený podrobiť sa akémukoľvek vyšetrovaniu, ktoré sa týka jeho práce.

Záver

Úlohou zamestnancov štátnej správy je, že pri rozhodovaní dávajú do súladu protichodné hodnoty. Musia zvažovať nielen svoje vlastné prania, ale aj prania občanov, zamestnancov, organizácií a spoločnosti. Je potrebné si uvedomiť, že zamestnanci štátnej správy ovplyvňujú život ľudí, ich životnú úroveň, určujú rozdeľovanie disponibilných zdrojov a predstavujú implementovanie a importovanie pravidiel činnosti štátu. Dodržiavanie etických a morálnych zásad pretavených do etických kódexov zamestnancov štátnej správy je proces zložitý a dlhodobý, napriek tomu dodržiavanie zákonov by malo byť prvoradým aspektom práce štátneho zamestnanca.

Bibliografia

J. Bláha, A. Mateiciuc, Z. Kaňáková, *Personalistika pre malé a stredné firmy*, Brno 2005.

J. Hubel, *Pracovná diskriminácia*, SME 2006, č. 35, R. 14.

T. G. Milkovich, *Řízení lidských zdrojů*, Praha 1993.

Zák. č. 311/2001, Z. Z. Zákonník práce.

Zák. č. 365/2004, Z.z. o rovnakom zaobchádzaní v niektorých oblastiach a o ochrane pred diskrimináciou a o zmene a doplnení niektorých zákonov (antidiskriminačný zákon).

Summary

Ethics and morality has very important place in human life. It is inseparable component in organization of private and public sector. In these sectors are set out as ethics code.

Assert the right in ethic code of staff in public sector is main role, because they approach eminent way in world – wide happening.

Jowita Natalia Grochowska

Alimentacja osób niepełnosprawnych i w podeszłym wieku

Stosunek alimentacyjny jest stosunkiem prawnorodzinnym, należącym do kategorii stosunków cywilnoprawnych. W doktrynie przyjmuje się, iż obowiązek alimentacyjny¹ ma w znacznym stopniu charakter niemajątkowy, ponieważ służy on nie zaspokojeniu interesu majątkowego osoby uprawnionej, lecz jest środkiem do spełnienia obowiązku moralnego wynikającego z węzła rodzinnego. Tym samym spełnia doniosłe funkcje społeczne, umacnia bowiem więzi rodzinne i wzajemną odpowiedzialność za członków rodziny. Pojęcie wzajemnego wspierania się osób połączonych więzią biologiczną obejmuje różnorakie formy i sposoby pomocy, stosownie do sytuacji życiowej osoby, do której pomoc jest skierowana. Najogólniej przyjmując, może ona przybrać postać: pomocy materialnej, psychicznego i moralnego wsparcia w cierpieniu, chorobie lub kalectwie, pomocy intelektualnej przy podejmowaniu ważnych decyzji lub załatwianiu trudnych spraw życio-

¹ T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2005, s. 257.

wych, pomocy fizycznej przy wykonywaniu rozmaitych czynności². Główną rolę w zakresie zapewnienia rodzinie niezbędnych środków utrzymania spełniają instytucje prawne zawarte w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym. Regulują one obowiązek alimentacyjny między krewnymi i powinowatymi (art. 128–144 kro) oraz obowiązek przyczyniania się do zaspokajania potrzeb rodziny jako całości.

Niniejsze rozważania dotyczyć będą alimentacji osób w podeszłym wieku oraz osób niepełnosprawnych, których całkowita bądź częściowa niezdolność do podjęcia pracy zarobkowej powstała po osiągnięciu przez nich pełnoletności.

Podstawą prawną roszczeń alimentacyjnych objętych tematyką niniejszego opracowania jest art. 128 kro i art. 133 § 2 kro. Obowiązek alimentacyjny jest instytucją prawną, która ma zapewnić środki utrzymania, a niejednokrotnie wychowania tym spośród członków rodziny, którzy nie są w stanie własnymi siłami zaspokoić swoich usprawiedliwionych potrzeb. Pojęcie „usprawiedliwione potrzeby” oraz „możliwości zarobkowe i majątkowe” nie jest zdefiniowane kodeksowo. Problematyka stosowania przez sądy przepisów o obowiązku alimentacyjnym znalazła szerokie odzwierciedlenie w doktrynie³ i orzecznictwie Sądu Najwyższego. Swoiste kompendium wytycznych dotyczących obowiązku alimentacyjnego to uchwała Sądu Najwyższego z 16 grudnia 1987 r.⁴, która ujednoliciła orzecznictwo. W świetle uchwały „Pojęcia usprawiedliwionych potrzeb nie można jednoznacznie zdefiniować, ponieważ nie ma jednego stałego kryterium odniesienia. Rodzaj i rozmiar tych potrzeb jest uzależniony od cech osoby uprawnionej oraz od splotu okoliczności natury społecznej i gospodarczej, w których osoba uprawniona nie znajduje. Nie jest możliwe ustalenie katalogu usprawiedliwionych potrzeb podlegających zaspokojeniu

² *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, red. K. Piasecki, Warszawa 2001, s. 539.

³ Zob.: J. Strzebińczyk, *Prawo rodzinne*, Kraków 2003, s. 379; T. Smoczyński, *op. cit.*, Warszawa 2005, s. 270.

⁴ Uchwałą pełnego składu Izby Cywilnej i Administracyjnej z 16 grudnia 1987 r., III CZP 91/86, OSNCP 1988, nr 4, poz. 42.

w ramach obowiązku alimentacyjnego i odróżnienie ich od tych, które jako przejaw zbytku lub z innych przyczyn nie powinny być uwzględnione. W każdym razie zakres obowiązku alimentacyjnego wyznaczać będą poszczególne sytuacje uprawnionego i zobowiązanego, konkretne warunki społeczno-ekonomiczne oraz cele i funkcje obowiązku alimentacyjnego. Dopiero na tym tle będzie można określić potrzeby życiowe – materialne i intelektualne uprawnionego”. Bez wątplenia do usprawiedliwionych potrzeb osoby starszej i niepełnosprawnej są koszty utrzymania mieszkania, wyżywienia, ubrania, dojazdów, leków, leczenia i ewentualnej rehabilitacji, itd., zależnie od konkretnego przypadku.

Natomiast „przez ustawowe określenie «możliwości zarobkowe i majątkowe» rozumieć należy nie tylko zarobki i dochody rzeczywiście uzyskiwane ze swojego majątku, lecz te zarobki i dochody, które osoba zobowiązana może i powinna uzyskiwać przy dołożeniu należytej staranności i przestrzeganiu zasad prawidłowej gospodarki oraz stosownie do swoich sił umysłowych i fizycznych. Możliwości zarobkowe zobowiązanego nie mogą być zawsze utożsamiane z faktycznie osiąganymi zarobkami. W przypadkach uzasadnionych obejmują one także wysokość zarobków, które zobowiązany jest w stanie uzyskać, lecz nie osiąga ich z przyczyn niezasługujących na usprawiedliwienie. Chodzi tu o przypadki, w których osoba zobowiązana nie wykonuje wyuczonego i dobrze wynagradzanego zawodu, pracuje w niepełnym wymiarze godzin, bądź też pracuje dorywczo. Podstawą oceny możliwości zarobkowych w odniesieniu do pracownika będzie zarówno jego stałe wynagrodzenie obejmujące wynagrodzenie zasadnicze, premie i dodatki, jak i świadczenia w naturze stanowiące uzupełnienie wynagrodzenia (deputaty) oraz świadczenia i wypłaty przypadające pracownikowi lub członkom jego rodziny z różnych tytułów w związku z zatrudnieniem. Są to np. nagrody, świadczenia z funduszu socjalnego, wynagrodzenia za projekty wynalazcze itp.”

Obowiązek alimentacyjny obciąża krewnych w linii prostej i rodzeństwo. Krewnymi w linii prostej są zstępni i wstępni, zaś do rodzeń-

stwa zalicza się osoby, które mają choćby jednego wspólnego przodka, dotyczy to rodzeństwa naturalnego i przyrodniego.

Przesłanką powstania obowiązku alimentacyjnego osób w podszłym wieku i niepełnosprawnych, którzy ten status uzyskali po osiągnięciu pełnoletności jest pozostawanie w niedostatku. Pojęcie niedostatku również nie zostało przez ustawodawcę zdefiniowane. Sąd Najwyższy w orzeczeniu⁵ z 29 września 1958 r. przyjął stanowisko, że pojęcie niedostatku jest względne. „Nie odnosi się ono bowiem tylko do takiego stanu, gdy uprawniony do alimentacji nie posiada żadnych środków utrzymania, lecz określa taką sytuację materialną osoby uprawnionej, gdy nie może ona w pełni zaspokoić swoich usprawiedliwionych potrzeb”. Tożsamy pogląd wyraził Sąd Najwyższy w przytaczanej uchwale z 16 grudnia 1987 r. przyjmując, iż „niedostatek występuje wtedy, gdy uprawniony nie może w pełni własnymi siłami, z własnych środków, zaspokoić swych usprawiedliwionych potrzeb”. Czyniąc dalsze rozważania nad pojęciem niedostatku, Sąd Najwyższy stwierdził, iż do kategorii usprawiedliwionych potrzeb zaliczyć należy zarówno te materialne, jak i niematerialne, bowiem „...tylko ich łączne zaspokojenie zapewnia godziwą egzystencję. W takim kontekście można mówić o zaspokojeniu potrzeb usprawiedliwionych, które każdy uprawniony powinien mieć zapewnione. Są one uzależnione od indywidualnych cech uprawnionego, tj. od wieku, stanu zdrowia, zawodu, pozycji społecznej i dotychczasowej stopy życiowej. Zaspokojenie potrzeb każdego człowieka powinno nastąpić przede wszystkim z jego własnych środków. Dotyczy to dochodów z pracy, z majątku, ze świadczeń ubezpieczenia lub zabezpieczenia społecznego. Do środków takich zalicza się także renty przyznane na podstawie art. 444, 446 § 2, art. 903–907 kc oraz z umowy ożywocie (art. 908 kc). Za znajdujące się w niedostatku zatem należy uważać osoby, które nie mogą własnymi siłami zaspokoić usprawiedliwionych potrzeb, nie posiadają własnych środków w postaci wynagrodzenia za pracę, emerytury czy renty, ani też dochodów z własnego majątku. Do środków własnych

⁵ Orzeczenie Sadu Najwyższego z 29 września 1958 r., 2 Cr 817/57, OSPiKA 1959, nr 11, poz. 294 z glosą S. Garlickiego, s. 627.

jednak nie można zaliczyć tych środków, które zostały uprawnionemu do żądania alimentów dostarczone przez inne osoby bez obowiązku prawnego, czy w wykonaniu obowiązku alimentacyjnego, lecz poza jego obowiązkowym zakresem”.

Próbę zdefiniowania pojęcia niedostatku podjęli również przedstawiciele doktryny, skłaniając się w zasadzie to tożsamego z judykaturą stanowiska – np. według J. Gwiazdomorskiego „w niedostatku znajduje się osoba, która nie jest w stanie uzyskiwać środków swego utrzymania, tzn. środków zaspokojenia swoich potrzeb samodzielnie czy własnymi siłami”⁶

Wątpliwości nie budzi również kwestia wysokości roszczeń alimentacyjnych osób dorosłych przebywających w domach pomocy społecznej, albowiem określają je reguły ogólne. Jednakże wysokość tych świadczeń najczęściej zależy od wysokości opłaty za pobyt w domu pomocy społecznej.

Omawiając przesłanki obowiązku alimentacyjnego, wskazać należy, iż prawo osób w podeszłym wieku i niepełnosprawnych do zaspokojenia ich usprawiedliwionych potrzeb, nie jest, jak w przypadku niesamodzielných dzieci, małżonków, a nawet byłych małżonków w zakresie, o jakim mowa w art. 60 § 2 kro, dodatkowo wzmocnione zasadą równej stopy życiowej z zobowiązanym, czyli dostarczania uprawnionemu środków utrzymania w takiej wysokości, by miał on podobny standard życia do tego, jaki jest udziałem zobowiązanego⁷.

W związku z zaawansowanymi pracami nad projektem⁸ zmian Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, również w zakresie instytucji alimentacji osób w podeszłym wieku i niepełnosprawnych, nie można pominąć omówienia proponowanych modyfikacji aktualnie obowiązujących przepisów.

⁶ J. Gwiazdomorski, [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. J. Piątkowski, Wrocław 1985, s. 1015.

⁷ T. Smoczyński, *op. cit.*, s. 270.

⁸ Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, Projekt ustawy o zmianie ustaw Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Kodeks postępowania cywilnego i Prawo o aktach stanu cywilnego, <http://www.sejm.gov.pl> (druk nr 1166).

Swoistym *novum* jest nadanie § 2 art. 135 kro nowego brzmienia: „wykonanie obowiązku alimentacyjnego względem dziecka, które nie jest jeszcze w stanie utrzymać się samodzielnie albo wobec osoby niepełnosprawnej może polegać w całości lub w części na osobistych staraniach o utrzymanie lub o wychowanie uprawnionego; w takim wypadku świadczenie alimentacyjne pozostałych zobowiązanych polega na pokrywaniu w całości lub w części kosztów utrzymania lub wychowania uprawnionego”. Aktualnie świadczenie alimentacyjne polegające na osobistych staraniach o utrzymanie i wychowanie uprawnionego odnosi się jedynie do dziecka, które nie jest w stanie utrzymać się samodzielnie.

Bez wątplenia proponowana zmiana jest słuszna i konieczna. Uwzględniając⁹ bowiem sytuację finansową i rodzinną niektórych osób zobowiązanych do alimentacji pożądane jest, by postać osobistych starań o utrzymanie uprawnionego odnieść do wszystkich osób niepełnosprawnych. Dopuszczalna jest zatem każda forma świadczeń alimentacyjnych, a jej wybór podlega ocenie celu, jakiemu ten obowiązek służy, zarówno w zakresie potrzeb uprawnionego, jak i możliwości finansowych zobowiązanego. Częste są bowiem sytuacje, gdy zobowiązany ma niewielkie dochody, natomiast może swoją pracą i osobistymi staraniami przyczyniać się do zapewnienia należytych warunków bytowych osoby niepełnosprawnej. Tym samym dziecko bądź rodzeństwo, które przyjęło trud osobistej opieki nad niepełnosprawnym rodzicem bądź rodzeństwem, może być zwolnione ze świadczenia pieniężnego, które obciążą pozostałych członków rodziny. Ma to doniosłe znaczenie, gdyż niejednokrotnie osobiste starania dla osoby niepełnosprawnej, wymagającej opieki osoby trzeciej, mają większe znaczenie niż świadczenie pieniężne.

W projekcie przewiduje się również dodanie do art. 135 kro § 3 w brzmieniu: „świadczenia z funduszy pomocy społecznej podlega-

⁹ Komentarz Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego do projektu ustawy o zmianie ustaw Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Kodeks postępowania cywilnego i Prawo o aktach stanu cywilnego, „Rodzina i Prawo” 2006, nr 2, s. 91–92.

jące zwrotowi przez zobowiązanego do alimentacji oraz świadczenia dla rodziny zastępczej nie wpływają na zakres obowiązku alimentacyjnego”. Jak słusznie zauważają autorzy projektu¹⁰, wpływ świadczeń socjalnych na istnienie i zakres obowiązku alimentacyjnego wzbudzał wątpliwości, bowiem pojęcie świadczeń socjalnych nie jest jednolite. Świadczenia z ubezpieczenia społecznego (emerytura, renta inwalidzka, renta rodzinna i inne związane ze stosunkiem prawnym ubezpieczenia pracowniczego lub z tytułu pracy na własny rachunek) wspierają własne siły uprawnionego i mają charakter roszczeniowy. Analogicznie należy potraktować świadczenia z powszechnego zaopatrzenia społecznego, jak np. zasiłek z tytułu urodzenia dziecka czy zasiłek rodzinny. Natomiast świadczenia pomocy społecznej mają charakter subsydiarny i nie zmniejszają obowiązku alimentacyjnego, który wyprzedza pomoc społeczną. Organ udzielający takiej pomocy ma roszczenie zwrotne do zobowiązanych członków rodziny, bądź żąda od nich stosownej odpłatności, np. za pobyt w zakładzie opiekuńczym. Zgodnie z art. 34 ust. 1 ustawy z 29 listopada 1990 r. (z późn. zm.) o pomocy społecznej, obowiązek zwrotu wydatków ze świadczenia z pomocy społecznej spoczywa w kolejności na świadczeniobiorcy, spadkobiercy, małżonku, zstępnych, a w ostatniej kolejności wstępnych.

Reasumując, aktualnie obowiązujące przepisy prawa rodzinnego dają osobom niepełnosprawnym i w podeszłym wieku pozostającym w niedostatku, pełną gwarancję skutecznego dochodzenia swoich praw w zakresie zaspokojenia usprawiedliwionych potrzeb przy udziale członków najbliższej rodziny. Jednakże, mimo istnienia instrumentów prawnych, mimo doniosłości funkcji alimentacji i przy niewątpliwych potrzebach materialnych osób w podeszłym wieku i niepełnosprawnych, z praktyki orzeczniczej Sądów Rejonowych Wydziałów Rodzinnych wynika, iż powództwa o alimenty tej kategorii osób przeciwko ich dorosłym dzieciom bądź rodzeństwu stanowią minimalny odsetek rozpoznawanych spraw, wręcz należą do rzadkości. Doszukując się przyczyn tego zjawiska, zaryzykować można twierdzenie, że wiąże się

¹⁰ *Ibidem*.

to z jednej strony z rozpowszechnieniem nowoczesnych państwowych zabezpieczeń realizowanych w ramach pomocy społecznej, z drugiej ugruntowanego w społeczeństwie poglądu o zasadności alimentowania dzieci przez rodziców a niealimentowaniu ludzi starszych przez ich dorosłe dzieci. Na plan pierwszy w przypadku niedostatku osób w podeszłym wieku i niepełnosprawnych wysuwa się więc pomoc społeczna, mimo że aktywność państwa winna mieć jedynie charakter subsydiarny. W rozwiązaniu powyższej sytuacji pomoc może nie tyle udoskonalenie przepisów prawa rodzinnego, ile wspólna praca prawników, socjologów, psychologów i mediów w celu dotarcia chociażby poprzez kampanię społeczną do świadomości prawnej i społecznej obywateli i uświadomienie, że prawo do alimentacji obejmuje nie tylko małoletnie i niesamodzielne dzieci, ale także chorych i starszych członków rodziny na zasadzie wzajemności.

Mając na uwadze dość powszechną aktualnie sytuację niewywiązywania się rodziców z obowiązku alimentacyjnego względem ich małoletnich dzieci, w niedalekiej przyszłości może dojść do sytuacji, że dorosłe dzieci będą zobowiązane do alimentacji znajdującego się w niedostatku rodzica, który nigdy nie łożył na ich utrzymanie, ani też nie wypełniał obowiązku alimentacyjnego osobistymi staraniami. Problem będzie niewątpliwy, albowiem osoby nierealizujące świadczeń względem małoletnich to zwykle osoby bezrobotne bądź pracujące nieoficjalnie, które tym samym niewypracowując stażu pracy i okresów ubezpieczenia, będą w wieku emerytalnym pozbawione świadczeń z ubezpieczenia społecznego i tym samym pozostaną w niedostatku. Sytuacje takie będą prowadzić do swoistej dysharmonii norm prawnych, zwłaszcza jeśli się weźmie pod uwagę fakt, że roszczenia alimentacyjne oparte są na zasadzie solidarności rodzinnej i wzajemności. Judykatura stanie przed dylematem oceny zasadności tego typu roszczeń, do których niewątpliwie należało będzie odnosić klauzule generalne w postaci zasad współżycia społecznego.

Noty o autorach

Marek Balicki – adwokat, radca prawny Krakowskiej Szkoły Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Katarzyna Banasik – dr, Krakowska Szkoła Wyższa im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego

Jakub Biernat – dr, Krakowska Szkoła Wyższa im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Cywilnego

Tadeusz Biernat – dr hab., profesor Krakowskiej Szkoły Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Wydział Prawa i Administracji

Irena Czaja-Hliniak – dr hab., profesor Krakowskiej Szkoły Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Finansowego

Zyta Dymińska – dr, Krakowska Szkoła Wyższa im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Postępowania Karnego

Piotr Feczko – mgr, Krakowska Szkoła Wyższa im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Administracyjnego i Nauk o Administracji Publicznej

Wojciech Fill – mgr, Krakowska Szkoła Wyższa im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Katedra Prawa Finansowego; Wyższa Szkoła Administracji w Bielsku Białej

Anna Folgier – radca prawny, asystent, Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy, Instytut Prawa Administracji i Zarządzania

Bogusława Gnela – dr hab., profesor Krakowskiej Szkoły Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Cywilnego; Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie, Wydział Finansów, Katedra Prawa

Jowita Natalia Grochowska – adwokat, doktorantka Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku

Marcin Halkiewicz – Akademia im. Jana Długosza w Częstochowie, Wydział Filologiczno-Historyczny, Instytut Administracji

PhD. JUDr. Miroslav Hrášok – Akadémia ozbrojených síl generála Milana Rastislava Štefánika, Liptovský Mikuláš, Slovensko, Katedra manažmentu

Paweł Jan Juszczyk – pracownik Krakowskiej Szkoły Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Wyższej Szkoły Biznesu National-Louis University w Nowym Sączu; doktorant Wydziału Studiów Międzynarodowych i Politycznych Uniwersytetu Jagiellońskiego

Marek Klink – mgr, Krakowska Szkoła Wyższa im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Finansowego

Apoloniusz Kostecki – prof. dr hab., Uniwersytet Jagielloński, Katedra Prawa Finansowego; Krakowska Szkoła Wyższa im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Katedra Prawa Finansowego

Samanta Kowalska – dr, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Wydział Pedagogiczno-Artystyczny w Kaliszu, Zakład Informacji Naukowej

Henryk Lewandowski – prof. zw. Krakowskiej Szkoły Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego i Uniwersytetu Łódzkiego

Marek J. Lubelski – dr hab., prof. Krakowskiej Szkoły Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Wydział Prawa i Administracji

PhDr. Jaroslav Nekoranec – Akadémia ozbrojených síl generála Milana Rastislava Štefánika, Liptovský Mikuláš, Slovensko, Katedra manažmentu

Jerzy Malec – prof. dr hab., rektor Krakowskiej Szkoły Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Tamara Milenkovic Kerkovic – Assistant Professor of Business and Commercial Law Faculty of Economics, University of Nish, Serbia

Jerzy Paśnik – prof. nadzw. dr hab., Akademia Podlaska w Siedlcach

Magdalena Pelikan-Krupińska – mgr, Krakowska Szkoła Wyższa im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego w Krakowie, Wydział Ekonomii i Zarządzania, Katedra Ekonomii

Diane Ryland – Senior Lecturer in Law, University of Lincoln, United Kingdom

Marcin Sala-Szczypiński – dr, Krakowska Szkoła Wyższa im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Instytut Prawa Prywatnego, Katedra Prawa Cywilnego

Robert Wolański – dr, Uniwersytet Warszawski, Wydział Zarządzania

Agnieszka Zemke-Górecka – dr, adwokat, Uniwersytet w Białymstoku; Wyższa Szkoła Administracji Publicznej w Białymstoku