

STUDIA prawnicze

PÓŁROCZNIK

2013 NR 1 (12)

ROZPRAWY I MATERIAŁY

STUDIES IN LAW: RESEARCH PAPERS

2013 NO. 1 (12)

Redakcja

Redaktor naczelny – prof. dr hab. Jan Widacki

Redaktor statystyczny – prof. dr hab. Tadeusz Stanisław

Sekretarz redakcji – mgr Anna Szuba-Boroń

Rada naukowa

priv. Dozent Christian Bachhiesl [Graz]

prof. dr Andriy Bojko [Lwów]

prof. dr hab. Janina Czapka [Kraków]

prof. dr Tomas Davulis [Wilno]

prof. dr Aurelijus Gatauskas [Wilno]

prof. dr Pavel Fries [Iwano-Frankiowski]

prof. dr Egidijus Kuris [Wilno]

prof. dr hab. Janusz Szwaja [Kraków]

prof. dr hab. Jan Widacki [Kraków]

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

Copyright© by Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Kraków 2013

ISSN: 1689-8052

Korekta: Margerita Krasnowolska

Na zlecenie: Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
www.ka.edu.pl

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



Wydawca:
Krakowskie Towarzystwo Edukacyjne sp. z o.o.
Oficyna Wydawnicza AFM
Kraków 2013

Sprzedaż prowadzi:
Księgarnia u Frycza
Kampus Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
ul. Gustawa Herlinga-Grudzińskiego 1, 30-705 Kraków
tel./faks: (12) 252 45 93
e-mail: ksiegarnia@kte.pl

Projekt graficzny, DTP: Joanna Sroka

Druk i oprawa:
Krakowskie Towarzystwo Edukacyjne sp. z o.o.

Spis treści

Artykuły i studia

Krzysztof Łazarski (dr, Uczelnia Łazarskiego)

Law, Forms of Government and Liberty in Montesquieu's Thought 3

Dimitar Hanev (Assistant Professor, University of Plovdiv)

Philosophical Origins of the Concept of Subjective Right 19

Jan Widacki (prof. zw. dr hab., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza
Modrzewskiego)

Współczesny zakres nazwy „kryminalistyka” 37

Krzysztof Radwaniak (doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza
Modrzewskiego)

*Informacja pozyskana przez policję w ramach białego wywiadu
a jej wykorzystanie w czynnościach dochodzeniowo-śledczych
i operacyjno-rozpoznawczych* 49

Mariusz Kusion (doktorant, Uniwersytet Jagielloński), Katarzyna Litwin
(doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego)

*Internet i podsłuchy, czyli prowokacja artystyczna i dziennikarska przy
wykorzystaniu nowoczesnych technologii –
aspekty oceny prawnokarnej* 65

Tamara Milenkovic-Kerkovic (PhD, associated professor, University of Niš)

Legal Incentives for the Franchising Investments – Serbian Case 85

Danuta Waniek (prof. nadzw. dr hab., Krakowska Akademia
im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego)

*Kilka uwag na temat prawnego zróżnicowania darowizn kościelnych
w świetle praktyki administracyjno-sądowej* 105

Klaudia Krużolek (doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza
Modrzewskiego)

Prawnofinansowe aspekty zwalczania lichwy bankowej 121

Paweł Klimek (doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego) <i>Prawnofinansowe instrumenty polityki prorodzinnej – postulat zmian inspirowanych brytyjskim systemem Child Trust Fund.....</i>	133
---	-----

Marcin Sala-Szczypiński (dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego) <i>Postępowania kontrolne prowadzone przez inspekcję sanitarną (część pierwsza).....</i>	153
Agnieszka Kubiak-Cyrul (dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego) <i>Alternatywne metody rozstrzygania sporów konsumenckich w projektach prawa UE.....</i>	167
Justyna Węgrzynowicz-Cichońska (doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego) <i>Akcja niema jako odpowiedź na współczesne oczekiwania inwestorów i spółek akcyjnych.....</i>	179

Recenzje, sprawozdania, varia

Martyna Huszcza:

Marcin Gołaszewski, Anna Ibek, Michał Widacki, <i>Współczesne standardy badań poligraficznych</i> , red. M. Gołaszewski, Wydawnictwo Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Warszawa 2013.....	201
---	-----

Martyna Huszcza:

Sprawozdanie z promocji „Dzieł wybranych” Edmunda Krzymuskiego, tom 1: „Szkoła klasyczna w defensywie”, w wyborze i z przedmową Jana Widackiego, [Oficyna Wydawnicza AFM, Kraków 2013], Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, 11 kwietnia 2013 r.	203
--	-----

Martyna Huszcza:

Sprawozdanie z wyjazdu doktorantów Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego do Uniwersytetu w Gruzji – kolebki europejskiej kryminalistyki (13–15 czerwca 2013 r.)	205
--	-----

Contents

Articles and studies

Krzysztof Łazarski (Doctor, Łazarski University)

Law, Forms of Government and Liberty in Montesquieu's Thought 3

Dimitar Hanev (Assistant Professor, University of Plovdiv)

Philosophical Origins of the Concept of Subjective Right 19

Jan Widacki (Professor, Andrzej Frycz Modrzewski Kraków University)

The Contemporary Scope of the Term "Criminology" 37

Krzysztof Radwaniak (doctoral student, Andrzej Frycz Modrzewski Kraków University)

Open-Source Intelligence Information Obtained by the Police and its Use in the Investigation and Intelligence 49

Mariusz Kusion (doctoral student, Jagiellonian University), Katarzyna Litwin (doctoral student, Andrzej Frycz Modrzewski Kraków University)

Internet and Phone Tapping, the Artistic and Journalistic Provocation Using Modern Technology – Selected Aspects of Criminal Law 65

Tamara Milenković-Kerković (PhD, Associated Professor, University of Niš)

Legal Incentives for the Franchising Investments – Serbian Case 85

Danuta Waniek (Professor, Andrzej Frycz Modrzewski Kraków University)

A Handful of Comments on the Legal Differentiation of Church Donations in the Light of Administrative and Court Practice 105

Klaudia Krużolek (doctoral student, Andrzej Frycz Modrzewski Kraków University)

Legal and Financial Aspects of Countering Bank Usury 121

Paweł Klimek (doctoral student, Andrzej Frycz Modrzewski Kraków University)

Legal and Financial Instruments of Family Policy – Postulate of Changes Inspired by the British Child Trust Fund Accounts System 133

Marcin Sala-Szczypiński (Doctor, Andrzej Frycz Modrzewski Kraków University) <i>Control Proceedings of Sanitary Inspections (part I)</i>	153
Agnieszka Kubiak-Cyrul (Doctor, Andrzej Frycz Modrzewski Kraków University) <i>Alternative Methods of Consumer Dispute Resolution in EU Law</i>	167
Justyna Węgrzynowicz-Cichońska (doctoral student, Andrzej Frycz Modrzewski Kraków University), <i>Non-Voting Shares as an Answer to Expectations of Contemporary Investors and Joint-Stock Companies</i>	179

Book reviews, reports, varia

Martyna Huszcza:

Marcin Gołaszewski, Anna Ibek, Michał Widacki, <i>Contemporary Standards of Polygraph Examinations</i> , ed. M. Gołaszewski, Wydawnictwo Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Warszawa 2013	201
--	-----

Martyna Huszcza:

Report from the promotion of <i>Edmund Krzymuski's</i> Selected works, <i>vol. 1:</i> <i>The Classical School in Defensive, selected by and with the introduction by Jan Widacki, [Oficina Wydawnicza AFM, Kraków 2013]</i> Andrzej Frycz Modrzewski Kraków University, 11th April 2013	203
--	-----

Martyna Huszcza:

Report from the visit of Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University doctoral students at the University of Graz – the cradle of European criminology (13th–15th June 2013)	205
--	-----

ARTYKUŁY i studia

Krzysztof Łazarski
Uczelnia Łazarskiego, Warszawa

Law, Forms of Government and Liberty in Montesquieu's Thought

It is difficult to imagine a work more famous and admired by its contemporaries, one which had a more significant impact on the eighteenth century political thought than Montesquieu's *The Spirit of the Laws*. The book, first published in 1748, became instantly a classic, comparable to the greatest works of the ancients, a required reading not only for political thinkers and statesmen, but also for the educated public in general. *The Spirit* seemed as if it had realized one of the basic aims of the Enlightenment: it was to be "the science of government" whose level of certitude equaled that of natural sciences. At last the society and its institutions could be studied with the same exactness as stars. The enlightened circles were thrilled and universally applauded Montesquieu's work. They treated him as a political sage and "an oracle" in political theory and practice. The framers of the American Constitution, who first put into practice his idea on the division of powers, had really terrible time with another tenet of his teaching, namely that republican government is suitable only for small, city-like polities. In the opinion of the Framers Montesquieu could not have been mistaken, and yet the nascent American Union was not a city-state.

Was Montesquieu's fame justified? Did he really elevate political theory to a new, substantially higher stage? What was his real message? In other words, did he really deserve to be put on the pedestal? And what remains of his teaching, now, about 250 years after his death.

Charles-Louis de Montesquieu (1689–1755) was born at La Brède, in the vine-growing region of Bordeaux of southwestern France.¹ His true family name was de Secondat. On his mother side, he descended from the nobility of the robe, i.e., from those who had gained noble status due to the service in state administration. In 1708 he graduated from the University of Bordeaux with the degree in law and, subsequently, he continued his legal education in Paris. He returned to his family estates in 1713 and, soon afterwards (1716), he inherited from his childless uncle the estates and title of Baron de La Brède et de Montesquieu. As of that time he habitually used the name Baron de Montesquieu.

His uncle passed on to him something else in addition to the title and estate – his high office in the *parlement* of Bordeaux (the highest judicial and administrative body in the province). As the closest relative, the younger Montesquieu had the right to purchase the office as the first buyer and for a substantially smaller fee than any other candidate, provided that he was qualified. And Montesquieu was qualified as a lawyer. France was the fatherland of venality of offices, and his case shows well how this worked in practice.

In subsequent years, Montesquieu quietly pursued his legal career in Bordeaux but at the same time he developed scholarly interest in matters ranging from social to natural phenomena. As a member of the Academy of Bordeaux, he wrote papers on a wide variety of topics. A fundamental change in his life came with the publication of his novel, titled *Persian Letters* (1721). The novel became a success while his author a celebrity in the Parisian salons. As a result Montesquieu spent more time in the capital than in Bordeaux, and finally, after selling his office, he moved to Paris altogether. A provincial lawyer turned into a *philosophe* of fame, therefore he had to live as such.

Between 1728 and 1731 he traveled extensively throughout Europe, visiting Austria, Hungary, Italy, Germany, the Netherland, and finally England where he lived for two years and joined Freemasonry. Upon his return to France, he moved back to his estates, because failing eyesight no longer allowed him to shine in Paris. In spite of the disease he continued writing on various topics, the most prominent of which was Roman ancient history. Increasingly however, he was focusing on what would become his *opus magnum*, *The Spirit of the Laws* (*Esprit des Lois*). In time his sight deteriorated so much that Montesquieu was forced to dictate his thoughts rather than

¹ This brief biographical sketch is mainly based on D. W. Carrithers's *Introduction*, [in:] Montesquieu, *The Spirit of Laws*, ed. D. W. Carrithers, Berkeley 1977, p. 3–88; I. Berlin, *Against the Current: Essays in the History of Ideas*, Princeton 2001, p. 132–133; D. Boucher, P. Kelly, *Mysłiciele polityczni. Od Sokratesa do współczesności*, Kraków 2008, p. 290–296.

write them. He completed the book nearly seventeen years later in 1748.² As mentioned, it became an instant success, being on the *Index librorum prohibitorum* (1751), notwithstanding. Montesquieu died in 1755 in Paris, suffering from a sudden attack of fever.

The admiration that *The Spirit of the Laws* (SL) aroused in the past and continues to arouse in the present is somewhat puzzling.³ It is a lengthy work, with over a thousand pages, that hardly anyone is able to digest in its entirety.⁴ Its structure is also not helpful – six parts subdivided into thirty-one books with no apparent guiding principle. This can confuse any reader, as it did Voltaire who had complained about it. Furthermore, the book is filled with inconsistencies and outright contradictions that are typical for any work written over a period of many years.⁵ However, perhaps it was d'Alembert who was right by claiming that obscurity in Montesquieu's work was premeditated: "What would be obscure for vulgar readers is not for those whom the author has had in view [...]. Having to present [...] important truths, the [...] direct statement of which would have been able to injure without advantage, [...] Montesquieu has had the prudence to envelop them; and, by this innocent artifice, has hidden them from those to whom they would be harmful, without their being lost for the wise."⁶

If we are to put d'Alembert suggestion aside, and judge *The Spirit of the Laws* for what they are, we are inclined to think that the book owes initial success to its allegedly scientific nature and to its educational usefulness. For the

² Carrithers states that in fact Montesquieu began his work over *The Spirit of Laws* in 1734, thus he would devote thirteen years, not seventeen, as most of his biographers claim (*Introduction...*, p. 13).

³ For a brief summary of Montesquieu's impact on his contemporaries and the future generation, see: D. L. Williams, *Political Ontology and Institutional Design in Montesquieu and Rousseau*, "American Journal of Political Science" 2010, Vol. 54, No. 2, p. 526. Isaiah Berlin is a little less enthusiastic (*Against the Current...*, p. 130–132).

⁴ A relatively recent article by a Scottish university professor M. P. Masterson opens with a story of a good student paper on Montesquieu that nearly convinced his professor to read *The Spirit of the Laws* (*Montesquieu's Grand Design: The Political Sociology of Esprit des Lois*, "British Journal of Political Science" 1972, Vol. 2, No. 3, p. 283).

⁵ This had been already noticed by Montesquieu's contemporaries. Cf. for example D. Lowenthal, *Book I of Montesquieu's The Spirit of the Laws*, "American Political Science Review" 1959, Vol. 53, No. 2, p. 485–486; or more recent: A. J. Samuel, *The Design of Montesquieu's The Spirit of the Laws: The Triumph of Freedom over Determinism*, "American Political Science Review" 2009, Vol. 103, No. 2, p. 305–306.

⁶ D'Alembert's eulogy of Montesquieu quoted by D. Lowenthal, *Book I of Montesquieu...*, p. 486, 498.

purpose of *The Spirit* was two-fold: first and utmost, scholarly and, second, pedagogical. That second aim is usually overlooked, outshined by the first, yet Montesquieu does not hide that he includes it among his goals. In the Preface he writes: "It is not a matter of indifference, that the minds of the people be enlightened. The prejudices of the magistrate have arisen from national prejudice. In a time of ignorance they have committed even the greatest evils without the least scruple." He then goes on, expressing hope that he succeeds in persuading "those who command, to increase their knowledge," and that he contributes in general to making "mankind recover from their prejudices."⁷ In this he is like other enlightened French thinkers whose first thought was to combat and ridicule the old order, and second to win over the rulers and the elites. One should not lose sight of this when analyzing *The Spirit*. As in many other works of the Enlightenment, behind the detached style and alleged objectivity lie a burning desire to destroy the old and to build a new world.

If pedagogic and propaganda were important for our *philosophe*, his "scientific" purposes figure at the forefront. As John Hallowell, the author of an American classic on history of liberal thought, observed, Montesquieu was "born in an age that was captivated by the success of Newtonian physics."⁸ Mysteries of the universe seemed finally dispelled; heaven is not just a matter in motion, as previous thinkers claimed (Galileo, Descartes, Hobbes), but obeys the law of gravitation. How incomplex and how convincing! Now, if one only discovered a law of politics and society, parallel to that of gravity, how simple and reformable would human world become. And Montesquieu seemed to have achieved it.

Book I presents his teaching on law that extends to every corner of the universe, from natural order to human affairs. "Laws [...] are the necessary relations derived from the nature of things. In this sense all beings have their laws, the Deity has his laws, the material world its laws, the intelligences superior to man have their laws, the beasts their laws, man his laws." On the surface this concept is not far from St. Thomas's eternal, natural and human laws. They also extend from stars to men. The similarity is even more striking if we keep in mind that Montesquieu connects law with reason, not will.⁹ Yet

⁷ Montesquieu, *The Spirit of Laws*, ed. by D. W. Carrithers, Berkeley 1977, Preface, p. 10, 12–13, hereafter referred to as SL. References from the SL include book number (Roman numerals), followed by chapter number and then paragraph number.

⁸ J. H. Hallowell, *Main Currents in Modern Political Thought*, Lanham 1984, p. 141. Cf. *The Oxford Illustrated History of Western Philosophy*, ed. A. Kenny, Oxford 1997, p. 328.

⁹ SL, book i, chap. 1:1 and chap 1:11. Montesquieu links law with human rather than divine reason.

these similarities are deceptive. St. Thomas's law originates in God, resides in His reason and governs all being for their own good, while Montesquieu's law is a "blind fatality" that extends from "the Deity" to all things, even if he denies its fatalist nature.¹⁰ The Deity itself seems under the power of law. It is active but through invariable laws, not miracles. By implication, the first and greatest miracle – creation – could also be a result of blind necessity, dictated by law.¹¹

Laws "are a fixt and invariable relation" continues Montesquieu. In fact, they are so fixed and so constant, that in material nature "each diversity is uniformity, each change is constancy."¹² Natural world acts perfectly according to these laws. Exceptions concern intelligent beings, who although are also under invariable laws, yet they do not "conform to them *so exactly* as the physical world" (italics KL). The reason for it is that we are finite creatures, "liable to error" and endowed with free will.¹³ If we were not partially exempt from invariable laws, then all laws relating humanity would have been the same. In subsequent books he also adds geography, climate, soil, etc to justify differences in human law.

Montesquieu downplays terms like state of nature and law of nature both so prominent in Hobbes's and Locke's thought. In his copious book he only briefly describes the conditions before the establishment of society. He endows individuals with some sense of primordial justice. They exchange benefits and injuries, in other words, they are kind toward those who are kind and retaliate if attacked.¹⁴ We can deduce that this is a part of our nature belonging to the category of "invariable laws" which we can hardly challenge. Furthermore, before founding civil society, individuals feel weak and timid, and fear each others. Their fear, however, does not lead them to war, as Hobbes wanted, but to peace, because they feel, first of all, inferior, not equal. Living in peace in pre-societal conditions makes, according to Montesquieu, the first law of nature. The need of nourishment is the second natural law, while attraction we feel for each other, in main part derived from sex, is the third law.¹⁵ The three first laws of nature, resulting from sentiment – as stresses an American specialist in Montesquieu's thought David Lowenthal – lead to

¹⁰ Cf. SL i, chap. 1:2 and chap. 1:6. Hallowell reads it as the law of cause and effects that rules in the universe (*Main Currents...*, p. 142). See also: D. Lowenthal, *Montesquieu*, [in:] L. Strauss, J. Cropsey, *History of Political Philosophy*, 3rd ed., Chicago 1987, p. 514.

¹¹ D. Lowenthal, *Book I of Montesquieu...*, p. 487.

¹² SL i, chap. 1:7.

¹³ SL i, chap. 1:10 and 14.

¹⁴ SL i, chap. 1:9.

¹⁵ SL i, chap. 2:2, 3, 7. See also SL i, chap. 1:12.

the forth, resulting from reason. Individuals endowed with reason, however brute and primitive in original state, gradually acquire knowledge, and this animates in them “the desire of living in society.”¹⁶ Yet, as soon as they found society, “they lose the sense of their weakness, the equality ceases, and then commences the state of war.”¹⁷

Montesquieu’s concept of state of nature and its laws beg a few comments. It is first of all an odd vision. Only by implication we can deduce that state of nature provides conditions of liberty and equality. Principles so prominent in other similar concepts, for some reason, are only implied, not stated. Self-preservation is similarly downplayed.¹⁸ The exchange of benefits and injuries seems to serve only as a means to avoid Hobbesian *homo homini lupus* principle, because this would open a state of war and, indirectly, justify arbitrary power. At the same time, benefit-injury exchanges do not lead individuals to kindness and charity towards each other, probably to avoid Locke’s perspective on state of nature. Nourishment is placed in the category of law of nature, while it fits more to “invariable laws,” where he puts benefit-injury exchanges. And, finally, the establishment of society immediately brings state of war, which, in fact implies that war existed even in state of nature. Montesquieu’s inconsistencies are thus truly striking, particularly that they occurred in one of his “foundation” chapters, one which serves him as the cornerstone for his theory.

The state of war that ends the state of nature and coincides with the emergence of society, is not explained but just mentioned. It seems the notion of state of war serves Montesquieu only as a pretext to move to the topic of human law that according to him arises from war. Human law consists of “the law of nations,” laws on political regime and the civil law. The first category, the law of nations, regulates the relations between “a variety of nations” that inhabit “so great planet.”¹⁹ War is a means to conquest which in turn aims at preservation, and the law of nations is to regulate this process. Each nation sets rules relating to it, thus the law of nations seems to differ in each case.²⁰ The second category of law is “a politic law.” It regulates the relations between “the governors and the governed.” Since “no society can subsist without a [...] government,” each must have such a law. Dismissing authority of a few,

¹⁶ SL i, chap. 2:8; D. Lowenthal, *Book I of Montesquieu...*, p. 492.

¹⁷ SL i, chap. 3:1.

¹⁸ SL i, chap. 1:13. „They have not our hopes, but they are without our fears [...]; even most of them are more attentive than we to self-preservation, and do not make so bad a use of their passions.”

¹⁹ SL i, chap. 3:3.

²⁰ SL i, chap. 3:3, 5.

Montesquieu claims flatly that government is either of a rule of one or of many.²¹ Finally, the third category – the civil law – concerns “communication of citizens among themselves.” As individual will is insufficient to enforce its wishes in relations to others, civil law expresses a common will, i.e., “a conjunction of all their wills.”²²

At the end of chapter three of book I Montesquieu finally touches that which has become a mark of his work, the spirit of laws. Four paragraphs earlier he states that law “is human reason, inasmuch as it governs all the inhabitants of the earth.” Strangely overlooking the law of nations, he continues that the political and civil laws of each nation are “only the particular cases in which this human reason is applied.”²³ Their diversity originates in a peculiar “humor and disposition” of each nation, the mode of its government and institutions.²⁴ And then comes a famous paragraph that makes geography, climate, soil, weather as well as the character of human habitat (sedentary or nomadic; engaging in husbandry, hunting or agriculture) responsible for the spirit of laws. That spirit also depends on liberty, religion, commerce, wealth and manners of the people. Only taken together all these features shape “the *Spirit of Laws*” of a particular nation.²⁵

Lord Acton sarcastically suggested that the idea of explaining laws – and by extension, political regime – “by the barometer and the latitude” was to make Montesquieu's praise of England “less injurious to French patriotism.” More seriously, he claimed that it served the thinker as a means to reconcile himself with monarchy in France, however odious it was in his time.²⁶ Lowenthal suggests far more serious motivations. According to him, Montesquieu rejects the quest of ancient and medieval thinkers for the best theoretical as well practical regime. There is no such thing as the best order. All depends on particular conditions. Ultimately, this leads to relativism, even if on the surface this concept opposes subjectivity and appears in a flair of objectivism.²⁷

²¹ SL i, chap. 3:3, 7, 8. Montesquieu seems to disagree with Aristotle by treating a union of several families as a polity, not village. He also has a vague remark about paternal authority that sounds like an echo of Locke's view on this topic (SL i, chap. 3:8).

²² SL i, chap. 3:3, 10.

²³ SL i, chap. 3:11.

²⁴ SL i, chap. 3:12–13; cf. 9.

²⁵ SL i, chap. 3:14–15. In book XIX, chap. 4:1 Montesquieu was briefer but straighter to the point: “Man are influenced by various causes, by the climate, the religion, the laws, the maxims of government; by precedents, morals and customs, from whence is formed a general spirit that takes its rise from these.”

²⁶ J. E. E. D. Acton, *Lectures on the French Revolution*, ed. N. Figgis, R. V. Laurence, London 1910, p. 7.

²⁷ D. Lowenthal, *Montesquieu...*, p. 516.

In subsequent books of *The Spirit* (between II through X), Montesquieu compares various forms of government. Yet, he does not engage himself merely in comparative politics. He attempts to do far more: he searches for the nature and principle of each government, i.e., for hidden springs that move it. Since in parallel, he also analyzes peoples and their natures, he attempts not only at erecting a scientific political philosophy but also political sociology (or sociology of politics) and political psychology.²⁸ Furthermore, in line with Enlightenment's penchant for geometry and pedantry, he claims that his teaching is universal, applicable to any society and any political regime anytime in history. Quite possibly, however, this claim is only to distract "the vulgar reader," not to instruct the wise, for in fact his observations concern mainly France of his time, supplemented by customary Greek and Roman examples, and few others.

According to Montesquieu, "there are three species of government; "republican, monarchical and despotic."²⁹ Let's review each of them, one by one, i.e., without following Montesquieu's confusing order.

Republic

Democracy

Republican government is when the people or part of it is the sovereign. This constitutes its nature. A republic becomes democracy if all people are the sovereign in some respects and the subject in others. Since not all people know how to govern, especially how to prepare legislation and direct foreign affairs, they select a council or senate. The people have no difficulty whom to chose for office because they know each other. However, a customary method of choosing the senators, court members and lower magistrates is not an election – which leads to envy – but a selection by lot. Only military commanders and higher magistrates are elected. Offices and participation in popular assembly are not paid, probably to exclude, or at least make harder for the poor to hold office. Montesquieu points to Rome and Athens as examples of a republican regime, but in fact he copies mainly of Solon's rules on limited democracy.³⁰

²⁸ Cf. *The Oxford Illustrated History...*, p. 328; M. P. Masterson, *Montesquieu's Grand Design...*, p. 283–284; G. H. Sabine, *A History of Political Theory*, 4th ed., Hinsdale 1973, p. 507.

²⁹ SL ii, 1,1.

³⁰ SL ii, chap. 2.

The principle (Montesquieu likens it to the mainspring of a watch) of democracy is virtue, especially love of the republic, equality, frugality, courage and sacrifice of private interest for the public good.³¹ Unlike in monarchy and despotism in which law or force substitute for virtue, democracy cannot survive without virtuous people, especially if they hold office. Without virtue democracy is a short-lived, terrible regime torn by partisanship and corruption. Citizens behave like fugitive slaves, frugality is a vice and pleasure passes for liberty.³² Thus is why education aimed at cultivating virtues is all important in a republican form of government, much more than in any other form of authority. Additionally, the senate is in charge of public mores playing the role of a censor. Paternal and marital authority also ought to be strong to maintain morality.³³

Montesquieu underlines that democracy requires equality but must avoid extreme equality. Extreme equality does not tolerate any authority and distinction, even the most natural such as parental and marital. It is therefore self-destructive and cannot subsist. Although we are born equal in the state of nature, we cannot continue it in society and some inequality seems natural.³⁴

Aristocracy

Aristocracy is also a republican form of government. It arises when sovereign power rests only in some part of the people – the nobility – while the rest of the people is regarded as subjects. If aristocracy is numerous, it forms a noble democracy and needs a senate to prepare others for a decision making process. Aristocracy holds elections, not a selection by lot to chose the government. The best aristocracy is that which only has a small number of people who do not share power. Consequently “the more aristocracy borders on democracy, the near it approaches perfection: and, in proportion as it draw towards monarchy, the more is it imperfect.” In this context Montesquieu also adds the remark that aristocracy in Poland is the most imperfect because it enslaves the peasants.³⁵

The virtue of aristocracy is moderation, for the nobles ought to restrain themselves from oppressing the people and from seeking preeminence among themselves. Still, however moderate, aristocratic government displays a vigor

³¹ SL iii, chap. 3:1; v, chap. 2–6; cf. iii, chap. 5:2. For Montesquieu's use of the term principle, see M. P. Masterson, *Montesquieu's Grand Design...*, p. 286.

³² SL iii, chap. 3. Cf. vii, chap. 2:1.

³³ SL iv, chap. 5; v, chap. 7:10; chap. 19:14–15.

³⁴ SL viii, chap. 2–3, chap. 4:1.

³⁵ SL ii, chap. 2:18 and chap. 3.

unknown to democracy. In a direct contradiction to Aristotle, Montesquieu claims that since equality is removed from aristocracy, virtues are not as common in it as in democracy (he also does not see a distinction between aristocracy and oligarchy). Consequently, laws must substitute for virtues, and enforce moderation. The principal sources of disorder in aristocracy is excessive inequality among the nobles, and between the nobles and the people. While largess is pernicious to democracy, it is beneficial in aristocracy. In the former, wealth makes the people forget virtue (citizenship), in the latter, it gives the people some sense of citizenship.³⁶ Corruption of aristocracy occurs when the power of the nobles are arbitrary, in particular if it is hereditary. To maintain moderation, aristocracy should have law against luxury.³⁷

Republics both democratic and aristocratic are beyond rescue once they fall into corruption and spoil their virtues.³⁸ Republican regime is also appropriate for “a small territory; otherwise it cannot long subsist.” It ends either in loss of liberty or disintegration.³⁹ It was these passages that gave awful headaches to the framers of the American Constitutions. However, his further remarks on confederate republics perhaps served them as an inspiration to move from a confederation to a federation.

Monarchy

The nature of government is monarchical if one person is the sovereign and governs “by fixt and established laws.” Since all power originates in the ruler, there must be “intermediate, subordinate and dependent powers” through which authority acts. The nobility is “the most natural intermediate and subordinate” body, in fact, so natural that there can be no monarch without nobility and no nobility without monarch. As Montesquieu stresses, monarchy would slip into despotism without it. The clergy plays a similar role – a statement striking for a freemason. Montesquieu also puts emphases on the role of “a depositary power” in monarchy. Such a body would promulgate new laws or revive old ones. Although he does not say it openly, he in fact points to the existing institutions in pre-revolutionary France – *parlements* – that played exactly this role, and in doing so, turned into the last line of defense against royal despotism.⁴⁰

³⁶ SL iii, chap.4; v, chap. 8.

³⁷ SL vii, chap. 3; viii, chap. 5; vii, chap. 2:1.

³⁸ SL viii, chap. 12:2.

³⁹ SL viii, chap 16:1; chap. 20.

⁴⁰ SL ii, chap. 2:1–2 and chap. 4. Cf. Lord Acton, *The History of Freedom in Antiquity*, [in:] *Selected Writings of Lord Acton*, ed. J. R. Fears, 3 vols., Indianapolis 1985–1988, p. I:7.

In monarchy the state can subsist independent of virtues; laws substitute for them. Furthermore, the royal court is full of the most corrupted and dishonorable men. Still honor is the virtue of monarchy. Monarchy requires "preeminences, ranks, and [...] noble descent," as well as some luxury because, as said before, without the nobility and other intermediate bodies it would lapse into despotism.⁴¹ Ambition, which is a vice in a republic, serves well in monarchy, because "honor sets all the parts of the body politic in motion." In a statement strikingly resembling Adam Smith's later remark about "the indivisible hand," Montesquieu says that in king's service "each individual advanced the public good, while he only thinks of promoting his own particular interest."⁴²

Monarchy requires good education of the privileged elite. Good manners, politeness and virtues, especially of honor are particularly appreciated. In general, education in monarchy "tend to raise and ennoble the mind," consequently such a mind does not need censorship, as it has "the whole universe for a censor."⁴³

Monarchy has a great advantage over a republic because of its unity of power. But since too hasty decisions could be damaging, laws and legal magistrates should slow the process down. Monarchy enjoys even greater advantages over despotism – the state is more fixed and steady, and avoid excess, and caprice typical for despotic authority.⁴⁴ Monarchy is best suitable for medium sized states.⁴⁵

Despotism

The government has despotic nature if one ruler directs "everything by his own will and caprice." In such a regime ruler's will usually substitute for law – laws are few and can be changed at any moment. Since this makes rulers "lazy, voluptuous, and ignorant" they often appoint a vizier who rule in their names, while they themselves surrender to "the most brutal passions, pursuing, in the middle of a prostituted court, the most capricious extravagancies." Corruption is the "very nature" of that government. Montesquieu illustrates this regime by examples from the Near East and far east Asia.⁴⁶

⁴¹ SL iii, chap. 5:2–3, 8–9; chap. 6, chap. 7:1. Also laws should support the nobility, helping it to become hereditary (SL v, chap. 9:1–3. On luxury cf. vii, chap. 4:2.

⁴² SL iii, chap. 7:3.

⁴³ SL iv, chap. 2; chap. 3:1; v, chap. 19:17.

⁴⁴ SL v, chap. 9; v, chap. 11.

⁴⁵ SL viii, chap. 17; 20.

⁴⁶ SL ii, chap. 2:1–2 and chap. 5; v, chap. 14:1; viii, chap. 10.

Despotism has no virtue as its principle. Honor for example is unknown at all in this order. Republican virtues would be dangerous for the regime. Instead fear is its principle, while tranquility is its end. That tranquility is not peace but silence in face of invading enemy. It is particularly useful among the great, for otherwise they would oppress the masses. Power in despotism depends on ruler's caprice who can raise and destroy even the greatest of his servants. There is, however, one limitation of his power: religion. Although his subjects are ready to "abandon a parent, nay they will kill him if the prince so commands," yet, he cannot order them to drink wine. "The laws of religion are of a superior nature."⁴⁷

Education in this form of government seems superfluous. Learning and knowledge are dangerous. Excessive obedience that is required presupposes ignorance. The people under despotism are thus timid, ignorant and spiritless. Yet, it is a fitting regime for a large empire.⁴⁸

Montesquieu so far has not mentioned a form of government whose principle is liberty. This changes in the celebrated book XI that focuses on political liberty in general and on England in particular.

Political liberty is understood in many ways, Montesquieu reminds us. For some it is the right to depose a tyrannical authority; to others it is the power to elect their ruler; still to others it is the right to bear arms, etc. People usually apply the term freedom to their preferred form of government, to monarchies if they are monarchists, or republics, if they are republicans. In democracy, which more than any other government allows the people to do what they please, liberty is confounded with the power of the people.⁴⁹ His own definition is that liberty does not mean unregulated freedom. In society living under law, liberty is "the power of doing what we ought to will," and of "not being constrained to do what we ought not to will." In the next sentence he does not elaborate on what we ought or not ought to will, i.e., on moral issues. He skips it probably because he takes Judeo-Christian morality for granted, i.e., he treats it as self-evident. Instead he offers a concise but disappointing definition that "liberty is a right of doing whatever the laws permit."⁵⁰

⁴⁷ SL iii, chap. 8–9; v, chap. 14:12.

⁴⁸ SL iv, chap. 3; viii, chap. 20.

⁴⁹ SL xi, chap. 2.

⁵⁰ SL ix, chap. 3. Cf. D. Spitz, *Some Animadversions on Montesquieu's Theory of Freedom*, "Ethics" 1953, Vol. 63, No. 3, part 1, p. 207–213.

Montesquieu's next observation is that republics are not free by nature. Political liberty depends on moderate government rather than its form, thus moderate monarchy can also secure liberty. Further, since "every man invested with power is apt to abuse it," liberty depends on checking one power by another.⁵¹ And finally, listing different ends of government (dominion for Rome, religion for the Jews, war for Sparta, individual freedom for Poland), he points out to one nation in the world who has political liberty as the direct end of its constitution – England.⁵²

On the basis of the English fundamental law, Montesquieu generalizes: "In every government there are three sorts of power: the legislative; the executive in respect to things dependent on the law of nations; and the executive, in regard to things that depend on the civil laws." The then elaborates that legislative authority is the power of making laws, the first executive authority covers foreign affairs and domestic security, while the second executive is in fact judicial because it settles disputes between individuals and punishes crime.⁵³ Finally he adds that "there is no liberty, if the power of judging be not separated from the legislative and executive powers."⁵⁴ In this clumsy way Montesquieu completes his concept of the division of powers, which he mistakenly believed was already in place in England (at that time England had not yet separated the executive from the judicial branch leaving both in king's hands).

Subsequently, Montesquieu specifies that the executive power should belong to the king because the government of one is more efficient than of many. He should enjoy a veto power over the acts of legislature, for otherwise, the latter "might arrogate to itself what[ever] authority it pleased."⁵⁵ Legislative branch cannot meet too rarely, on the other hand, there is no need to debate continuously. As it has no will when is not assembled, it the executive branch which calls it into session. Two chamber legislature is better than one chamber because in the first case two chambers are a check on each other.⁵⁶ The judicial power is an awesome power, therefore it must not be "annexed to any particular state or profession." That is why Montesquieu postulates the trial by jury of peers that judges in "manners prescribed by law."⁵⁷ Finally, the

⁵¹ SL ix, chap. 4.

⁵² SL ix, chap. 5. By the English constitution we naturally understand not one document but a serious of laws and statutes that goes back to the *Magna Carta* and form fundamental law of England. Reference to Poland is negative because he ends he claims individual liberty lead to oppression of the whole by the means of *liberum veto*.

⁵³ SL xi, chap. 6:1–2.

⁵⁴ SL xi, chap. 6:5.

⁵⁵ SL ix, chap. 6:36, 42, 52.

⁵⁶ SL ix, chap. 6: 38–41, 55.

⁵⁷ SL ix, chap. 6:13–15.

three branches must be separated and independent from each other and so equal in power as to be a check on each other.⁵⁸

In the next book Montesquieu focuses on liberty and laws in relations to individuals. He mentions four categories of crimes: against religion, morals, public tranquility and security of subjects. In general, he postulate prudence and mild punishments, and refuses to treat as crimes anything that is said or written. Specifically, religious sacrilege should be left to God to avenge rather than punish by law.⁵⁹ Although he does not use terms such as freedom of speech and publication, he in fact demands it.⁶⁰ His strong condemnation of slavery adds to his liberal credentials.⁶¹

Montesquieu's title to greatness rests not on his alleged elevation of political theory to the level of "science of government," but on his discovery of the division of powers, and the need for balancing one power by another. Although political thinkers knew from antiquity that undivided authority degenerates, the division that they commonly had in mind was that of the ruling principle: either of the rule of one, or of a few or of the many. Since Plato and Aristotle, balanced government meant mixing monarchy, aristocracy and democracy. Montesquieu proposed a different principle of division, i.e., of power itself and that proposition quickly became a canon of liberal politics.

If the idea of division of power became instantly a success in political theory and practice, one cannot ascribe to Montesquieu all the merit for its triumph. First, Locke made the original step on this road by dividing power between the executive (including judicial) and legislative powers. Second, Montesquieu probably thought that England already had the full division of powers and that he merely described it, not uncover a new principle. And third, the American Framers were bold enough to implement his theory in

⁵⁸ In book ix, chapter 6, Montesquieu mentions several times these principles.

⁵⁹ SL xii, chap. 4:2–12; chap. 5; chap. 12.

⁶⁰ SL xii, chap. 12:1–2.

⁶¹ SL x, chap. 3:8; cf. xv, xvi entirely devoted to the issue of slavery. The remaining books of *The Spirit* have scattered remarks on specific issues, which today can be treated as a curiosity rather than anything creative in political thought. For the order's sake, let me list their topics. Book xiii is on taxation; books xiv–xviii are on effect of climate and soil on the nature of government and industry, including that on slavery; book xix is on morals and customs; books xx–xxii includes observations on commerce and money; book xxiii is on population; books xxiv–xxvi are on religion and various laws; books xxvii–xxxi include loose remarks on the history of Roman and feudal laws.

practice. The success of the US Constitution, based not only on the division of powers, but also on federalism and on classical *forma mixta*, contributed to Montesquieu's fame as well.

With Montesquieu's theory of the division and balancing government as well as the demand for freedom of speech and print, coupled by the support for representative government and the opposition to slavery, liberal theory was nearly complete. That is also his ticket to greatness. However, one cannot overlook his odd claims of universality, serious weaknesses of his theory as well as curious structure, and unbearably verbose character of *The Spirit*. Book I on laws is particularly weak. Broad generalizations and the deification of law, perhaps fitting for his epoch, are really strange today. His idea of the state of nature and law of nature is undeveloped and sketchy, if compared to Locke's. Finally, his teaching on forms of government that was to compete and replace Aristotle's classical division is simply not a rival: in this, he is simply not in the same league as Aristotle. Still, this is liberal thought at its best.

Abstrakt

Prawo, formy władzy i wolność w myśli Monteskiusza

O duchu praw Monteskiusza przyniosło autorowi sławę, czyniąc z niego politycznego mędrca okresu oświecenia, nieomal wyrocznię w kwestiach myśli politycznej. Artykuł dokonuje krótkiego przeglądu tego dzieła Monteskiusza, próbując znaleźć inne powody do jego chwały, poza samym trójpodziałem władz. Rezultat tego przeglądu, skupionego zwłaszcza na naturze prawa, formach władzy oraz kwestii wolności, jest w dużej mierze negatywny. Choć Monteskiusz wzbogacił myśl liberalną o nowe idee, daleko mu do klasyków myśli politycznej starożytności.

Literature

Berlin I., *Against the Current: Essays in the History of Ideas*, Princeton University Press, Princeton 2001.

Boucher D., Kelly P., *Myśliciele polityczni. Od Sokratesa do współczesności*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2008.

Hallowell J. H., *Main Currents in Modern Political Thought*, University Press of America, Lanham 1984.

Lowenthal D., *Book I of Montesquieu's The Spirit of the Laws*, "American Political Science Review" 1959, Vol. 53, No. 2.

Montesquieu, *The Spirit of Laws*, ed. D. W. Carrithers, University of California Press, Berkeley 1977.

Montesquieu, [in:] L. Strauss, J. Cropsey, *History of Political Philosophy*, 3rd ed., Chicago University Press, Chicago 1987.

Masterson M. P., *Montesquieu's Grand Design: The Political Sociology of Esprit des Lois*, "British Journal of Political Science" 1972, Vol. 2, No. 3.

Sabine G. H., *A History of Political Theory*, 4th ed., Dryden Press, Hinsdale 1973. Samuel A. J., *The Design of Montesquieu's The Spirit of the Laws: The Triumph of Freedom over Determinism*, "American Political Science Review" 2009, Vol. 103, No. 2.

Spitz D., *Some Animadversions on Montesquieu's Theory of Freedom*, "Ethics" 1953, Vol. 63, No. 3, part 1.

The Oxford Illustrated History of Western Philosophy, ed. A. Kenny, Oxford University Press, Oxford 1997.

Williams D. L., *Political Ontology and Institutional Design in Montesquieu and Rousseau*, "American Journal of Political Science: 2010, Vol. 54, No. 2.

Dimitar Hanev
University of Plovdiv

Philosophical Origins of the Concept of Subjective Right*

Introduction

The concept of subjective right is one of the fundamentals upon which the general doctrine of the legal systems of the civil law family is build. This idea is at least that much (if not in a larger scale) determining for the common law general doctrine as well¹.

* For the work on this paper the author has received financial help from “The Scientific Research Fund” at University of Plovdiv “Paisii Hilendarski”.

¹ I find it necessary for some essential remarks to be made here. I consider them vital in the context of the ambiguities which the great deal of the concepts within this theme are apt to. The difficulties about the exact rendering of the meaning of the relevant conceptions are not only due to the linguistic differences (mainly between the English and the other languages), but also to the different cultural and legal traditions between the common law and the civil law legal systems. Although this major problem could not be discussed within such a presentation I think it's important to point out that it could be possible to make use of the terms *objective right* and *subjective right* as closest notional alternatives to the words *law* and *right*, respectively. However, this is not what my primary aim would be here. Actually, when I use the term *objective right* I will seek to designate not just *the law*, but rather something that is *objectively right*. Such a stipulation should be also made about the usage of the term *subjective right*, by which I'll try not to express the notion of a single legal capacity, but rather the idea about its *rightness* from an objective point of view.

Besides this, in the particular case, as well as further in the text, I mean only the *capacity*, and not the *obligation*, which could be expected if the term *subjective right* had been used in an isolation and in the civil law tradition only. So in spite of the fact that, the whole presentation is conformed basically with the established propositions of the civil law legal doctrine, it could be misleading for one if he or she adopts a view where the whole theme is closed within the framework of the problems concerning the logical nature or the forms of subjective rights. On the contrary – my primary aim here is to present the philosophical basis of the idea that prompts the existence of a personal, an objectively right and a legally valid capacity, which could be related to a particular legal subject. In the civil law tradition this idea is usually expressed by the usage of the term *subjective right* and in the common law tradition – simply by the usage of the term *right* (often used in plural – “rights”).

The next lines are motivated by the desire to reveal the general philosophical genesis of the notion of subjective right as an inviolable personal belonging. In the first section of the text I'll propose a thesis according to which today's concept of subjective right should be conceived of as a result of the process of deposing a certain ancient ideology, which for a long time backed up the idea that law had a monistic and a superhuman character. As a final consequence of this process we now face two separate but equally valuable positions concerning law's philosophical nature. One of them reflects the society's point of view and one – the individual's point of view. In the subsequent sections I'll try to demonstrate and prove this thesis mainly by using chronological and historical approaches. In the course of the presentation I'll refer to the core elements of the Christian ideology and the ideas of the Enlightenment to reach at the end Kant's philosophy, which I consider the real theoretical base of the contemporary concept of subjective right.

The Notions of Objective Right and Subjective Right During the Antiquity and in the Modern Time

One of the main methodological approaches in the continental legal theory refers to the dichotomy between *objective right* and *subjective right*. The definition "objective right" is frequently related to the idea by which the law is conceived of as something that is objectively right and principally valid towards anyone. Alternatively, the construction "subjective right" is presented as an implication of an understanding for a specific capacity that is valid only towards particular subject of right. Although by offering this dichotomy the scholars usually aim to show two different beings of the law, they actually never try to oppose them one against another, because the collision between them would have seen inappropriate. So the efforts like those in most cases seem to be driven by the desire for overcoming the linguistic ambiguities that most of (if not all of) the "continental languages" are apt to and the manifesting the logical bond between the legal norms and particular legal subjects. Presentations like this however, are based predominantly on the idea about the correlative interrelationship and logical consistency between the terms "objective right" and "subjective right". They never take into account the causes that actually lead us to such a view or inflict the necessity to refer to such a dualistic model of reasoning.

Within the common law doctrine this problem does not exist with such pungency, which is at least partly due to the specifications of the English language. In contrast to the languages used primarily in the civil law world the

English has two different words, by which one could define the idea about a correct rule of conduct – *law and right*. The first one is sometimes translated into the “continental languages” as *objective right* and the second one – as *subjective right*². But to be thorough enough I have to point out that the word *law* is actually closer in meaning to the term *positive law* rather to the term *objective right* or even more strange term *objective law*. The word *right* on the other hand except as a noun, meaning a capacity, can equally serve as an adjective were it will mean something that is rightly from an objective point of view.

It is clear now however, that the issues relevant to the problem of legal dualism could be both put in the context of the civil law and the common law legal doctrines. The main reason why this could be the case, may be reduced in turn to a proposition, according to which that in spite of some considerable linguistic specifications, from an ontological as well as from a methodological point of view *the concept of right (either objective or subjective) is equal to the concept of rightness*³. So no matter how we will name our ideas about the correctness of our point of view (law, right, objective or subjective right) they should be in all cases in compliance with the actual criteria by which we could define any behavior as being right or wrong from an objective point of view. These criteria, which I’ll call *criteria of rightness*, are of great importance in terms of our understanding about when an idea, that claims a realization of a certain conduct could be called a right. These criteria namely lay at the base of our understanding about the dualistic character of law and they actually made us qualify it as objective or subjective. But this major division of our days had no importance whatsoever for an ancient person.

Today’s notion in terms of the standards by which a certain conduct of a human being could be qualified as objectively right relates to the concern about the prosperity of the whole society on the one hand and the individual’s well-being on the other. This in turn provokes one general requirement, which demands when a certain conduct is estimated that both points of view – that of the society and that of the particular individual – should be taken into account. In the antiquity however, the second conception was absolutely unacceptable. The foundations of the objectively right conduct (the objective right) was seen as completely monistic, no matter of whether

² For more on this question refer to: E. Pattaro, *The Law and the Right: The Reappraisal of the Reality that Ought to be*, Springer 2007.

³ That is why it is not possible to call something law (objective right) if it is not right from an objective point of view, i.e. it is not objectively right. It is quite another question that for any actual determination of anything as objectively right we will need a clear and specific criterion to refer to.

they were sought in the mythical and the divine (*dike*) or in the harmony of the nature (*ius naturale*). The individual person under those circumstances was not able to claim any kind of subjective right simply because such a thing did not exist at all⁴. In this sense it will be reasonable to be stated that the modern concept of “subjective right” is a product of a “methodological twist” in the course of the evolution of the legal-philosophical ideas regarding the nature of law. This means that the real difference between the Greek *dike* or the Roman *ius* on the one hand and the English *right* or the Continental *subjective right* on the other hand, lies primarily in the different conceptions about what could be regarded as *objectively correct standard for the accomplishing a right conduct*.

Of course I have to point out that, the individuals in the Antiquity were not completely devoid of the possibility to perform a certain conduct that could be qualified as correct or right. On the contrary they too, just like the modern persons, had particular legal capacities to fulfill such a conduct. This for some serves as a sufficient reason for maintaining that those capacities were actually subjective rights⁵. However if we accept such a view, then we'll be compelled to specify that the holders of those “subjective rights” as it seems, conceived of them more like certain predefined means for accomplishing some kind of “external objective right” (law) rather than something that they had on their own disposal. But this is actually the main philosophical difference, as already stated, between the ancient legal capacity and the modern notion of subjective right. I think that this circumstance is not always taken into account when concepts and institutions with a millennial history are automatically transferred to the contemporary legal doctrines.

The Ancient Philosophy of the Natural Law and its Influences on the Roman Legal Doctrine

The influences of the Ancient Greek culture in the evolution of the Roman Empire are unquestionable. They could be found at all levels in social life, but they are in particular perceivable in the realm of philosophy from where they penetrated into the legal doctrine of the Ancient Rome. Absolutely vital role in this regard is committed to the classical philosophies of Plato and Aristotle, through which although not explicitly Cicero's and Seneca's philosophies had been formed too. In each of these philosophies the natural law is

⁴ G. Herbert, *A Philosophical History of Rights*, New Jersey 2003, p. 49.

⁵ F. Miller, *A History of the Philosophy of Law from the Ancient Greeks to the Scholastics*, Springer 2007, p. 158.

the main theme. It was presented as the only possible and objectively right standard for the accomplishing any human behavior.

The natural law discourse is originally introduced in the ancient philosophy by Plato and after that it is taken by Aristotle and his followers so to be eventually carried over into the philosophical thought of the Ancient Rome⁶. Although we could find some considerable divergences in the different philosophical understandings of what the natural law is about, they are not that important in the context of the current presentation. On the contrary, it is actually the opposite stream of thought that I consider useful here because it will lead us to the common core of the natural law discourse and that should be of great importance for us now.

In all of its ancient varieties the natural law was always presented as an ultimate law of the whole universe. This law was relevantly applicable in the physical as well as in the social world and it was always manifested in terms of *ideas about causality and teleology*⁷. Human beings had the ability to choose but this ability was confined to the predetermined virtues of the nature.

By referring to those postulates one should be able to grasp the general ideological framework of the ancient world, where today's difference between the exploration of the physical phenomena and the cognition of the social processes was quite unclear. That is why in all the cases mentioned, the core problems did not lay down in the realm of the political or the legal philosophy as the modern scholar may prefer to say, but rather they were thought of as part of some moral philosophy. In other words not the basic reasons of the political authority was sought to be found in all of these instances, but actually the reasons for the objectively right conduct that human beings needed to refer to. So the question about whether a certain rule of conduct was politically or morally justified didn't have any value. The human person was not perceived as something valuable on its own. It was subjected to the general and superior laws of the universe⁸. Onto this ideological background any discussion about the division between the objective and the subjective right was absolutely superfluous.

The above mentioned understandings of the nature of the law form the basis of the roman legal doctrine too. Romans based their legal propositions

⁶ G. Herbert, *op. cit.*, p. 19.

⁷ S. Turner, *Cause, the Persistence of Teleology, and the Origins of the Philosophy of Social Science*, Oxford 2003, p. 21.

⁸ So for example, in spite of the fact that Aristotle developed a wholesome and a complete political philosophy, based on the natural virtues, he never considered humans as equal beings. In his paradigm the natural virtues were different for the different persons and therefore anyone had to confine to different capacities, respectively – different rights. In such a logical stream, for example, was the idea of slavery reasoned. For more on this see: G. Herbert, *op. cit.*, p. 29.

on their practical philosophy, which they referred to as the *true philosophy* (*philosophia vera*)⁹. On these grounds was also built the primary taxonomy in roman legal doctrine, by which the law was defined with the first order categories like *ius naturale*, *ius gentium* and *ius civile*. None of these definitions however, had any priority against the others. It was actually quite the opposite – all of them were considered equal and all of them were conformed to the general ideas about the existence of inevitable causal determinations about the physical and social being of the human. This is the reason why for example, there could not be anything illogical in the propositions that all people were born equal under the rules of *ius naturale*, but some of them are doomed to be slaves under the rules of *ius gentium*¹⁰.

Christianity as a Precursor of a New Paradigm

The ideas that have been described above dominated in Greece and Rome for a considerably long period of time. With the appearance of the Christianity however, they started to face strong resistance. The Christian philosophy offered an absolute independence for the human persons, although so in an intellectual form. The Christians didn't reject the political power of the roman emperor, but they also didn't accept the divine character of his persona¹¹. This new situation delivered strong blow to the view, where the belief about predetermined virtues still dominated.

The spread of the Christianity within the territories of the Roman Empire was one of the main causes which started the fundamental ideological shift in the official doctrine about the nature of law (the objective right). The great reason about that, on its own turn, was of course due to the new philosophical ideology about the independence of the human spirit from the political power in the society. Although this idea never got out of the philosophical framework of the predetermination of man's being, it for the first time marked a clear borderline between the spiritual and the political spheres for the individual's life. This provoked the liberation of the spiritual substance of man, which turned out to be the first condition which would bring in the idea that rights could be claimed as personal belongings. This condition however, would not be the last, because rights would have to be politically recognized too.

⁹ G. Samuel, *The Foundation of Legal Reasoning*, Tilburg 1994, p. 40.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ G. Herbert, *op. cit.*, p. 38.

Although the Christian ideology defended the spiritual liberty it actually didn't tolerate the political independence of man. Even in its most institutionalized form the Christian monotheism never undermined the political system of the Ancient Rome. It rather introduced the change in the belief about the divine as a source of authority and shifted this endowment from the emperor's persona to the power that he exercised. That is why to be acquired for real rights would have to be politically realized and eventually gained by the means of arms. Historically those processes had to pass the stages of the construction of the official doctrine of the Christian church and then its rejection in the name of human reason.

The Scholastic Transformation of the Ancient Idea of the Natural Law

St. Thomas Aquinas is usually held to be the founder of the new Natural law theory (the Christian theory of Natural law). His ideas are now considered to be a part of the evolution of the scholastic legal thought during the late middle ages (XII–XIV centuries). Other major representatives of this school were also Duns Scot and William of Ockham. Sometimes one can hear that this doctrine build up the real base of the rights discourse in western legal philosophy. This is probably due to the fact that the scholastic quests revived and refined the ancient theory of Natural Law to make it suitable to the propositions of the medieval Christianity, which as pointed out, had already changed some core principles of the ancient beliefs about the laws that governed man and nature. However, the Christian philosophy never reached the real idea of subjective rights¹². The main concern of the scholastic scholars was about the integrity of the catholic doctrine, which turned out to be threatened by the spread of the ancient philosophers' writings. In this sense the new natural law thesis was not a thesis about the natural rights (except of Ockham's ideas), but a conception offering a model of the eternal law (*lex aeterna*), which was reasoned by the presence of the divine (*ius divinum*)¹³. This philosophical construction is closer to the ancient model of *ius naturale*, rather to the classical thesis based on the idea about the natural origin of the personal capacities to carry out a correct conduct, which actually grounds

¹² Such a merit is sometimes ascribed to William of Ockham (see: F. Miller, *op. cit.*, p. 160). William of Ockham did indeed reasoned on the thesis of the natural rights (not natural law), but his work was entirely confined by the limits of the canonical law. The concept of subjective right differs from the mere belief of the natural rights by its political nuances. Despite of that Ockham's views were far ahead of his time.

¹³ Ц. Торбов, *История на правната наука*, София 2002, p. 45.

the political (hence, the legal) claims about rights. It seems to me clear now that one could not maintain the allegation that the dichotomy between the objective and the subjective right had been taken into account by the representatives of the scholastic legal thought. The importance of this dichotomy had not been realized until Grotius' thesis had been proposed and developed by his followers.

From the Notion of Natural Law to the Concept of Natural Rights

Hugo Grotius first among others proposed the notion of a personal right as something that didn't need a superior reliance. He deduced this idea from the concept of a human consciousness, which was able on its own to recognize the correct from the incorrect. According to Grotius the whole natural law was encoded into the consciousness of man and so the standard of a right conduct could be reached by means of logical operations. This kind of reasoning was sometimes compared to the mathematical reasoning, by which this school received its distinctive appellation – *mos geometricus* (geometrical method)¹⁴.

The theory of Hugo Grotius reflects the crucial evolution of the European civilization that developed from the XVI century onwards. The Reformation provoked by the crisis of the confidence in the canonical Catholicism opened the gates for a new social model, where the absolute authority of *ius divinum* would be put into question. From a social-political point of view this process would lead to the decline of the long established political balance, which in turn will give start to the "chain reaction" of the European bourgeois-democratic revolutions that shaped the new social order.

The sabotage of the monistic view about the origins of the objective right (the law) had become possible because the idea about the autonomy of the human person was imposed as a sufficient condition in terms of the possibility of following an objectively right and truly correct rule of conduct. The right of the person was not anymore conceived of as something derivative but as something basic and primary on its own. The personal claims didn't anymore face the necessity to be justified with whatever sort of external and superior source, needed for securing the objectivity and the truth of the legal norms. The spiritual liberation of man was now combined with his physical and hence – his political liberation.

¹⁴ G. Samuel, *op. cit.*, p. 52.

Although that some of those propositions may seem somehow unclear, they actually lead us to quite opposite models of reasoning about rights. In the first place this new idea imposed the view that if someone has the rational ability to understand the natural law principles (which any person must have) he or she would be able to acquire both rights and duties (subsequently the question about their relationship would become of great importance). In the second place, the idea about possessing rights leads to the possibility for their holders to dispose of them. If we use the terminology of the Roman legal doctrine we could say that this new conception had coincided the categories *ius* and *dominium*¹⁵ (lit., virtue and disposition).

This kind of reasoning could bring to us the idea that rights can be ascribed to someone else or need to be restored if someone else violated them. In a political sense such an affiliation would justify claims against any political authority which tends to infringe any rights. This thesis mainly was grounded in the French “Declaration for the rights of man and citizen” and is now developed in the modern constitutions and all the universal and regional acts relevant to the human rights law¹⁶.

Although those ideas built up the bases of the intellectual changes in the time of modernism, most of the issues would yet to begin the initiation of a serious talk. It is however unquestionable now that his new attitude towards status of man was a major turnover in the course of the social and political development in Europe. From a philosophical-theoretical point of view this conclusions led to extraordinary complications of the discussions of the general conceptions about law. The disintegration of the ideological model of the canonical society provoked a severe need for completely new criteria in terms of objectivity and truth. They in all cases had to be deprived of the mythical nature of *ius divinum* and the only possible solution under these circumstances was seen in its natural antipode – *human rationality*. So the rational examination of reality turned out to be the major priority for the modern science during the centuries that followed.

The Dilemmas of the Enlightenment and the New Social Model

The epoch of Enlightenment is now referred to as a period of total transformation in the “civilized world”. That transformation ran at all levels of man’s being but two were the major spheres by which the new model of society was

¹⁵ *Ibidem*, p. 54.

¹⁶ *Ibidem*, p. 55.

actually recognized. Those were the spheres of the politics and knowledge. The first one demanded a solution in terms of division and exercise of political power and through the second one such a solution had to be proposed.

Under those circumstances the new political theory faced the great challenge to substitute the core of the long-established postulates of the canonical doctrine and to justify the substantial parameters of a new law which had to serve both as a rational standard for a particular rule of conduct and as a valid program ensuring the right development of the whole society. The ancient and the medieval philosophy had never confronted with such a dilemma. The defenders of that philosophy extracted the notion of law (the objective right) from a specific idea, according to which a predetermined and a superior will existed and stood as external both towards the “biological” and the “social” man. By rejecting the predeterminism however, the criteria about what was objectively right (i.e. what was the objective right) became controversial. Then the new political science fell into a situation, in which it had to propose an answer to an insurmountable question: *What could be regarded as an objectively right both for the society and for man?* The endeavors to satisfy the answer to this question actually led to the formation of two separate dimensions about the idea of objective right – the objective right towards society and the objective right towards man¹⁷. The aspiration for unifying those two dimensions is in the core base of the political and legal order of the contemporary world.

From the knowledge perspective the free man of the enlightenment was confronted with another dilemma. The formalism of the scholastic doctrine was replaced by a practical empiricism and the unquestioned confidence in

¹⁷ Because in most of the European languages the meanings of those separate dimensions collided in the word right (consider for example these instances: French – *droit*; German – *recht*; Russian and Bulgarian – *право*), a specific explanation had to be added. That is why the terms *objective* and *subjective* had to be imposed in the legal-theoretical language in the next few centuries, so the great demands of the new legal theory were satisfied. And as it now well known probably the pick of this discourse could be found in the European theory of nineteenth and early twentieth century when the meanings of those conceptions were explored in great depth. Those discourses however never got out of the monistic paradigm about law, which I think is still predominant in the continental (probably not that much in the Anglo-Saxon) doctrinal beliefs. According to those beliefs the objective right and subjective rights are different but interrelated and correlative components of one and the same thing. In English, however those ambiguities are not that sharp as in the other European languages. Probably this is one of the reasons why that kind of legal dualism is not considered that important in the common law legal doctrine. The term *law* there comes from the old English and means *something that is laid down* (see E. Pattaro, *op cit.*). This meaning is closer to the term *positive law*, rather than the term *objective law*. So that is why in the common law tradition we could find a *rights discourse* but not a *subjective – objective right* discourse.

the providence by an unlimited rationalism¹⁸. This imposed an understanding that anything observable could be examined and hence explained in its real, natural and ultimate state. This idea gave birth to a new scientific paradigm according to which the objective world manifested itself as a mechanical system, which was subject to investigation, description and realization by means of practical observation and rational criticism¹⁹. Within the social knowledge framework this conception created the idea for the *natural state of society*, by understanding of which one would be able to reveal the true objective right (what is right from an objective point of view).

The Enlightenment dilemmas created the real rights discourse, but although that it provoked an intellectual debate in all the European societies their historical as well as institutional specifications modified it to produced relatively different consequences. The Continental Europe took the course of a political radicalism and an ultimate rationalism. By contrast British philosophy developed a practical utilitarianism, liberalism and moderate empiricism. All this created considerable differences within the political and legal theories which in turn, reflected on the legal doctrine of the modern legal systems.

The Rights Foundations in the Idea of the Social Contract

The paradigm of the natural state of society in its own turn created the whole new discourse in the framework of the political philosophy – the *social contract discourse*. This theme was thoroughly investigated both in the Anglo-Saxon as well as in the Continental political thought. The first proponents of the social contract theories in England were Thomas Hobbes and John Locke and their successor and modifier at the continent was mainly Jean-Jacques Rousseau followed by Immanuel Kant. In all of their instances the social contract theories strived to reveal the true and initial state of man and the origins of his necessity to live in a society.

Both for Hobbes and Locke the social contract had to confine the unlimited and egoistic aspirations of biological man. So they conceive of rights as negative freedoms which any person had on his disposal after the social contract had been validated. This conception of rights is absolutely vital in the common law tradition. It was later embraced by Thomas Pain under whose

¹⁸ In the legal-philosophical discourse this dichotomy later gave birth to the debate between legal positivism and the new theory of natural law.

¹⁹ This paradigm is now frequently seen as produced by Descartes', Galileo's and Newton's theories. See: F. Beiser, *The Enlightenment and Idealism*, [in:] *Cambridge Companion to German Idealism*, Cambridge 2006, p. 19.

influence it had been taken into USA and built in into the American Constitution²⁰. In a certain sense the *negative freedoms* idea is the true alternative to the continental concept of subjective right.

Unlike his English antecedents Rousseau didn't see man in an egoistic light. Rather he was convinced of the idea of the *virtuous man*. He thought that the natural state of man is a state of "love towards oneself" and "charity [towards others]"²¹. According to him the social contract didn't have to be validated for the limitation of man's aspirations. On the contrary – it had to create the practical possibility man's virtues to be materialized. Under this kind of reasoning rights were seen as possibilities or means for accomplishing certain ends within the social prosperity. Later on in the context of codification and within the process of the "official reception" of the roman private law Savigny and Iering would bring up the problem about the reasons of such possibilities. This is how the debate between the *will theory and the interest theory* would come into being.

From a formal perspective both the English and the Continental theories of social contract adopted similar approaches in terms of rights reasoning. When it comes to their functions however, large differences are revealing to us. The practicability of the English philosophical thought and the strong connection of the common law with the English traditions restrained the heavy wave of the total changes which blasted the Continental Europe during the Enlightenment. The Common Law didn't need a new perspective for its future. It was living enough so to continue with the regulation of the social relations such as they were. On the contrary – the strong influence of *ius canonici* in the continental legal systems raised a radicalism, which led to the necessity of overall renovation of the existing legal model. Those divergences in the Common Law and in the Civil Law discourse resulted in different doctrinal conceptions about rights. In the Common Law doctrine the idea of a right is still relevant to the idea of not-intervention in the legal subject's personal sphere, by which the boundaries of its freedom are marked. In the civil law doctrine on the other hand, the concept of a right refers to the concepts such as possibility or power, which give the legal subject a capacity for accomplishing a certain future goal by upholding a certain affiliated interest.

²⁰ T. Campbell, *op. cit.*, p. 7.

²¹ С. Йотов, *Въведение във философия на правото*, София 1995, p. 58.

Kant's Ideas as a Philosophical Base of the Theoretical Concept of Subjective Right

Kant's philosophy is often presented as a "last resort" for the failing scientific project of the Enlightenment. But to make it such so, Kant had to reject everything that his antecedents accomplished in their works and to start literary from the very beginning. From a political-theoretical perspective this means that Kant had to find completely new standards about man's natural state so to be able to propose a satisfying explanation of his social being. The previous attempts on this always failed because their outcome definitions faced the criticism in terms of the validity standards about their propositions. Aware of that danger Kant created a strategy, by which he wanted to prevent his proposals from the inevitable skepticism of the modern science. In the very core of this strategy Kant put the idea about a *constant of the human mind*, which had to guide him when building his moral and political philosophy.

In this way the concepts of the *pure reason* and the *practical reason* were invented. By the first one Kant defined the initial and the primary ability of human mind to percept and perceive and by the second one – the initial and the primary ability of human mind to follow a certain rule of conduct. The real constant was the pure reason upon which a perfect and a complete philosophical system had been constructed. The idea of the practical reason however, Kant put in the core of his moral philosophy, which in turn gave the origins of his political philosophy.

By exploring the idea of the practical reason Kant invented another basic conception of his system, which he called a *categorical imperative*. The categorical imperative represents itself as a universal moral principle governing the behavior of every rational being, having a capacity to percept and perceive. This behavioral standard never referred to any metaphysical ideas like virtue or justice. It was simply a formal criterion by which Kant proposed an explanation of the necessity that pushed man into his social being. The explanation for Kant was simple – for to be able to live in a society man had to confine his free will (which was unlimited in his natural state) with others' free wills. The categorical imperative gave an answer to the question why this free wills confinement was inevitable. It was inevitable not because man was egoistic or virtuous (as Hobbes or Rousseau believed) but because a practical necessity imposed a primary duty towards others. Such a duty according to Kant formed the core base in every single society.

I think it is clear now that in the very base of his moral, hence political philosophy Kant grounded the concept of a duty. This concept actually

made it possible any other substantive relations between men to be further reasoned. This is especially of great importance when it comes to the idea about rights.

As probably already noticed Kant gave a great weight in his philosophy to the idea of *free will*. The limitation of the free will is actually what made man a social being. The state of the unlimited will however, also had a certain definition and this definition was *freedom*.

The idea of freedom similarly to the free will idea had a great importance in Kant's philosophical system. It actually had two relatively different discourses there. The first one qualified it as an opposite of the limited will of the presocial man and the other one – as a certain and an affiliated capacity within the political union that had been already constructed my means of the categorical imperative²². That second dimension of freedom is however essential in the context of the rights discourse. Just like most of the other ideas in Kant's philosophy the idea of freedom had a formal nature too. Kant defined it as *a limitation of the possibility to be bound by someone else's choice*²³. This simple definition is probably the best representation of an idea that gave birth to a whole set of theories striving to explain the substantial character of man's political – hence legal freedom. That understanding became an elegant theoretical base for the modern concept of subjective right.

Concluding Remarks

The concept of subjective right still takes a considerable part in present day legal philosophy. This unfading interest had been mainly modified by Immanuel Kant's philosophy. But although his elegant ideas refined most of the findings of his antecedents they never got out from the conceptual framework of rationalism which main focus had always been on the reasoning of the external world through the idea of the natural state of the mind. By following this fascinating idea the political theories of the Enlightenment created the natural rights movement, which main proponents put all of their efforts to impose an understanding of the law (the objective right) as a human creation. In that great endeavor they unquestionably succeeded. The rationalism of the Enlightenment liberated man from the idea of the predeterminism. By that however it never satisfied the problem of the practical standards to allow an objective but external estimation of a human behavior. So the rational project

²² F. Rauscher, *Social and Political Philosophy*, [in:] *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, www.plato.stanford.edu/entries/kant-social-political.

²³ *Ibidem*.

of the enlightenment failed to satisfy the practical requirements of a possible political model. This is the main reason why the positivism succeeded in the next stage of the evolution of the European social and political ideas.

Abstrakt

Filozoficzne źródła koncepcji prawa podmiotowego

Pojęcie prawa podmiotowego jest jednym z fundamentów, na których powstała ogólna nauka o systemach prawnych prawa cywilnego. Na początku postawiono tezę, że dzisiejsza koncepcja prawa podmiotowego powinna być pojmowana jako wynik procesu. W końcowym etapie tego procesu należy porównać dwie koncepcje filozoficznej natury prawniczej. Pierwsza odzwierciedla punkt widzenia społeczeństwa, a druga – indywidualny. W rozważaniach wzięto pod uwagę podstawowe elementy ideologii chrześcijańskiej, idee oświecenia oraz koncepcję I. Kanta, które uznano za prawdziwą podstawę współczesnej koncepcji prawa podmiotowego.

Literature

Beiser F., *The Enlightenment and Idealism*, [in:] *Cambridge Companion to German Idealism*, ed. K. Ameriks, Cambridge 2006.

Bjarup J., *Continental Perspectives on Natural Law Theory and Legal Positivism*, [in:] *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, ed. W. Edmundson, M. Golding, Oxford 2005.

Campbell T., *Rights: A Critical Introduction*, London 2006.

Dworkin R., *Taking Rights Seriously*, Harvard 1977.

Herbert G., *A Philosophical History of Rights*, New Jersey 2003.

Inwood M. J., *Enlightenment*, [in:] *Oxford Companion to Philosophy*, ed. T. Honderich, Oxford 1995.

Йотов С., *Въведение във философия на правото*, София 1994.

Miller F., *A History of the Philosophy of Law from the Ancient Greeks to the Scholastics*, vol. 6, Springer 2007.

Miller J., *Hugo Grotius*, [in:] *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, www.plato.stanford.edu/entries/grotius.

Pattaro E., *The Law and the Right: The Reappraisal of the Reality that Ought to be*, vol. 1, Springer 2007.

Peczenik A., *Sientia juris*, vol. 4, Springer 2005.

Rauscher F., *Kant's Social and Political Philosophy*, [in:] *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, www.plato.stanford.edu/entries/kant-social-political.

Samuel G., *Common Law*, [in:] *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, ed. J. M. Smits, Cheltenham 2006.

Samuel G., *The Foundation of Legal Reasoning*, Tilburg 1994.

Sartor G., *Legal Reasoning*, vol. 5, Springer 2005.

Ташев Р., *Новите източници на българското право*, София 1996.

Tellegen-Couperus O., *A Short History of Roman Law*, London 1993.

Terner S., *Cause, the Persistence of Teleology, and the Origins of the Philosophy of Social Science*, [in:] *The Blackwell Guide to the Philosophy of the Social Sciences*, ed. B. D. Joseph, R. D. Janda, Oxford 2003.

Торбов Ц., *История на правната наука*, София 2002.

Jan Widacki

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Współczesny zakres nazwy „kryminalistyka”

Słowo „kryminalistyka” funkcjonowało już w XIX-wiecznej polszczyźnie na określenie ogółu spraw kryminalnych, czyli przestępnych. W tym znaczeniu słowa tego użył Henryk Emanuel Glucksberg (1802–1870), który pod pseudonimem E. Feliks Górski w roku 1849 w Warszawie opublikował *Czarną księgę – zbiór najciekawszych procesów kryminalnych dawniejszych i nowszych czasów* (Górski 1959). W zbiorze tym znalazł się kazus 3 złodziei, którzy zaplanowawszy w karczmie kradzież, złożyli sobie przyrzeczenie, że o oznaczonej godzinie stawią się w oznaczonym miejscu dla wykonania tego planu.

Zaczynając opis tego przypadku Górski zastrzega się, że „nie zwraca on wprawdzie szczególnej uwagi pod względem kryminalistyki, ale zasługuje na nią pod względem psychologicznym”. Z kontekstu wynika, że autor uważał sprawę na tle innych przez niego opisywanych za banalną, niegodną opisu i umieszczenia wśród innych, jednak ciekawą z innych względów – mianowicie psychologicznych. Sam czyn i sposób jego dokonania był banalny, jednak na uwagę, zdaniem autora, zasługiwały późniejsze wynurzenia jednego ze sprawców. Zatem aspektem „kryminalistycznym” dla Górskiego był rodzaj czynu, sposób jego dokonania.

Nazwa „kryminalistyka” nabrała innego znaczenia, gdy stała się nazwą dyscypliny naukowej i nazwą uniwersyteckiej katedry. Jak wiadomo, stało się to na przełomie XIX i XX wieku. W roku 1893 Hans Gross (1847–1915) wydał swój słynny podręcznik dla sędziów śledczych pod tytułem *Handbuch für Untersuchungsrichter Polizeibeamte, Gendarmen u.s.w* (Gross 1893). W jednym z kolejnych wydań tego podręcznika, do tytułu Gross dodał *als System der Kryminalistik*. Na marginesie warto odnotować, że angielskie wydanie podręcznika Grossa z 1907 roku miało tytuł: *Criminal Investigations, Textbo-*

ok for Magistrates, Police Officers, czyli „Dochodzenia (śledztwa) kryminalne. Podręcznik dla sędziów (urzędników sądowych), funkcjonariuszy policji”.

Rok 1901 przyniósł kolejną ważną publikację Grossa: *Enzyklopadie der Kriminalistik* (Gross 1901). Natomiast od roku 1898 Gross wraz z F.C. W. Voglem z Lipska, zaczął wydawać czasopismo „Archiv fur Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik”, ukazujące się do dziś pod tytułem „Archiv fur Kriminologie”. W roku 1912 prof. Hans Gross, od 1905 roku zwyczajny profesor prawa karnego na Uniwersytecie Karola Franciszka w Grazu, utworzył na tym uniwersytecie c.k. Instytut Kryminalistyki (K.u.K. Kriminalistischen Institutes an der Universitat Graz). Była to pierwsza w świecie akademicka placówka tego typu i o tej nazwie (Bachhiesl 2012; Kocher 2012). Od tegoż roku 1912, czyli od ponad 100 lat, istnieje zatem akademicka kryminalistyka.

Jak Gross pojmował kryminalistykę? Zdarzało się, że nazwy „kryminalistyka” i „kryminologia” traktował zamiennie. (Nawiasem mówiąc, czynią to do dziś jego następcy. Tak np. dyrektor Hans Gross Kriminalmuseum Uniwersytetu w Grazu, prof. Christian Bachhiesl, w publikacji w języku angielskim muzeum nazwał Museum of Criminology, a uprawianą przez Grossa dyscyplinę „criminology”; Bachhiesl 2007.) Dla Grossa kryminologia była odpowiednikiem *Strafrechtswissenschaft*, którą to nazwę wprowadził Franz von Liszt, a rozumiał przez nią empiryczne czy też przyrodnicze nauki penalne, będące dopełnieniem dogmatycznych nauk penalnych (Widacki 2013: 1423). W tak szeroko rozumianej kryminologii, kryminalistyka była jednym z jej składników.

Dodać trzeba, że Hans Gross, niewątpliwy twórca kryminalistyki, zaliczany jest równocześnie do pionierów kryminologii – na równi z Lombrosą, Garofalo, Ferrim, Goringiem, Tardem czy Bongerem (Grassberger 1960). Kryminolodzy grossowską kryminalistykę traktowali jako naukowe podejście do przestępstwa, dotyczące fenomenologii kryminalnej (Grassberger 1960). Przy takim podejściu kryminalistyka była pewnym wariantem kryminologii, która – jak cała kryminologia – opisywała i badała przestępcę i przestępstwo (fenomenologia, symptomatologia kryminalna), czyniła to jednak w szczególnym aspekcie: koncentrowała się na śladach, jakie przestępca pozostawia. Czyniła to dla celu praktycznego, jakim było wykrycie sprawcy przestępstwa i udowodnienie mu winy.

Gdy się przeanalizuje zawartość *Podręcznika dla sędziów śledczych* (Gross 1894), to można się łatwo przekonać, że to, co Gross nazwał kryminalistyką, obejmuje te elementy kryminologii, które mogą być sędziemu śledczemu czy policjantowi przydatne, a więc przede wszystkim informacje z symptomatologii przestępstw: informacje o zachowaniach, zwyczajach i praktykach prze-

stępców, o ich języku, przesądach, opisy sposobu działania przestępców przy poszczególnych rodzajach przestępstw itp.

Kolejną grupą tematyczną, dającą się wyraźnie wyróżnić w treści podręcznika, są czynności śledcze, które wykonać musi prawnik: przesłuchanie, przeprowadzenie oględzin, zabezpieczanie śladów, wykonywanie szkiców. Są też ogólne uwagi na temat metodyki pracy sędziego śledczego. Trzecią grupą tematyczną, dającą się wyraźnie wyodrębnić, jest udział biegłych w śledztwie i w ogóle w procesie. Gross wymienił tu medyków sądowych, chemików, fizyków, mineralogów, botaników, grafologów, specjalistów od balistyki.

Nie ulega jednak wątpliwości, że dziedzin tych Gross nie zalicza do kryminalistyki. Są to odrębne dziedziny wiedzy, niektóre z nich są dalece wyspecjalizowane w sprawach sądowych, jak np. medycyna sądowa, której katedry akademickie w czasach Grossa istniały już od ponad stu lat. Do kryminalistyki, wedle Grossa, należała tylko metodyka wykorzystania biegłych z tych dziedzin, ich wiedzy i pracy. Nawet więc to, co dziś zalicza się zwykle do „techniki kryminalistycznej”, do kryminalistyki w jego ujęciu nie należało.

Z metodologicznego punktu widzenia kryminalistyka w ujęciu Grossa była zbiorem praktycznych, opartych na doświadczeniu i aktualnym stanie wiedzy (w tym kryminologicznej) zasad postępowania sędziego śledczego i urzędników śledczych, bardziej uporządkowaną praktyką, opisem jej przypadków niż nauką w dzisiejszym rozumieniu, a w każdym razie nauką uprawianą w zupełnie innym paradygmacie. Warto przypomnieć, że w medycynie sądowej, będącej od końca XVIII wieku nauką akademicką, metoda kazuistyczna do końca XIX wieku była w zasadzie jedyną, dopiero z końcem XIX wieku pojawiły się pierwsze prace eksperymentalne (np. Hofmanna czy Wachholza) (Widacki 2012), przy czym paradygmat uprawiania tej nauki dopuszczał metodę kazuistyczną na równi z eksperymentalną jeszcze co najmniej do połowy XX wieku (Jaegermann, Widacki 1986). Nic więc dziwnego, że kryminalistyka w początkach swego istnienia zbyt zaawansowana metodologicznie nie była, opierała się głównie na opisie doświadczeń praktycznych.

Przez wiele lat nazwa „kryminalistyka” nie miała w języku angielskim swego odpowiednika. Nazwę tę tłumaczono na *criminal investigation* – gdy chciano zwrócić akcentować bardziej praktyczny sens tego słowa, lub *criminology* – gdy akcentowano stronę naukową, np. mówiono o placówkach naukowych z tego zakresu, naukowcach uprawiających tę dyscyplinę itp.

Nazwa *criminalistics* pojawiła się znacznie później i jest używana bardzo rzadko. Nie zna tej nazwy większość słowników języka angielskiego (na przykład *The American Heritage Dictionary* 1982 roku, ale także *Oxford Advanced Learner's Dictionary* z 2010 roku). Nazwa ta też również na gruncie języka

angielskiego bywa rozumiana rozmaicie. Dla O'Hary i Osterburga, *criminalistics* to „zastosowanie nauk przyrodniczych do wykrywania przestępstw” (O'Hara, Osterburg 1972). Dla Meloana i współautorów to „wprowadzenie do nauk sądowych” (Meloan, James, Saferstein 1990). Są też inne ujęcia. Charakterystyczne jest jednak to, że w terminologii amerykańskiej *criminalistics* obejmuje akurat to, czego Gross do kryminalistyki nie zaliczał, nie obejmuje zaś tego, co dla Grossa było kryminalistyką (np. problematyka przesłuchania, sztuka przeszukania itd.).

W języku potocznym nazwy „kryminalistyka” i „kryminologia” nadal bywają używane zamiennie. Ale jak się okazuje, nie tylko w języku potocznym. O czym za chwilę.

Jednak w literaturze, zarówno polskiej, jak i europejskiej, nie tylko zakresy nazw „kryminologia” i „kryminalistyka” nie są precyzyjnie rozdzielone, ale – jak widać – dodatkowo jeszcze krzyżują się z nimi zakresy nazw „medycyna sądowa” i „nauki sądowe”. Być może powodem tego było to, że w końcówce XIX wieku i pierwszych dekadach wieku XX te same osoby z powodzeniem uprawiały równocześnie wszystkie te, dziś już wyraźnie rozdzielone, dyscypliny. Tak np. Leon Wachholz słusznie jest zaliczany zarazem do wybitnych medyków sądowych, pionierów kryminalistyki, jak i kryminologii (Widacki 2008).

W okresie międzywojennym działało w Polsce, powstałe z inicjatywy medyka sądowego, profesora Wiktora Grzywo-Dąbrowskiego, Towarzystwo Kryminologiczne. Zrzeszało ono głównie lekarzy, medyków sądowych i prawników. Zajmowało się propagowaniem medycyny sądowej, ale z kryminologią tak, jest ona dzisiaj pojmowana, nie miało nic wspólnego (Marek, Widacki 1973).

Latem 1937 roku, we Lwowie, w czasie obrad XV Zjazdu Przyrodników i Lekarzy Polskich zrodził się postulat utworzenia odrębnego stowarzyszenia medyków sądowych. Efektem tego postulatu było powołanie w roku 1938 Polskiego Towarzystwa Medycyny Sądowej i Kryminologii. Towarzystwo grupowało przede wszystkim medyków sądowych, oni też zajęli większość stanowisk we władzach Towarzystwa. Prezesem został kierownik warszawskiego Zakładu Medycyny Sądowej, prof. Wiktor Grzywo-Dąbrowski. Wśród członków Towarzystwa byli też pojedynczy sędziowie, prokuratorzy, eksperci policyjni, a nauki prawne reprezentował profesor procesu karnego Stefan Glaser. W Towarzystwie nie było żadnego karnisty kryminologa (Marek, Widacki 1973).

Towarzystwo rozpoczęło wydawanie do dziś ukazującego się czasopisma „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii”. W czasopiśmie tym publi-

kowane są prace z medycyny sądowej, biologii sądowej, toksykologii sądowej, bardzo rzadko prace z klasycznej kryminalistyki, a już zupełnie nie są publikowane prace z kryminologii w jej dzisiejszym rozumieniu. W redakcji również nie ma żadnego kryminologa.

Nie jest to jednak polska osobliwość. Wspomniane wyżej, założone w roku 1898 przez Grossa czasopismo „Archiv fur Kriminal-Anthropologie und Kryminalistik, ukazuje się do dziś jako „Archiv fur Kriminologie”, jego redaktorem naczelnym jest profesor medycyny sądowej z Freiburga, Stefan Pollak, a w podtytule czasopisma można przeczytać, że jest ono poświęcone sądowej fizyce, chemii i medycynie.

Jeszcze w okresie międzywojennym, gdy kryminalistyka w ujęciu Grossa, była raczej opisem dobrej praktyki niemal wszystko, co było w niej naukowe, łącznie z metodologią określającą dochodzenie do twierdzeń naukowych (w medycynie sądowej od końca XIX wieku budowanie twierdzeń opierało się na eksperymencie na równi z opisem doświadczeń praktyki), mieściło się w medycynie sądowej.

Medycy sądowi zajmowali się między innymi udowadnianiem indywidualności wzorów daktyloskopijnych (V. Balthazard), identyfikacją broni palnej (np. A. Lacassange), badaniem pisma ręcznego (Wachholz, Olbrycht), oceną *modus operandi* (Blumenstock), nie mówiąc już o metodyce zabezpieczania śladów. Nic też dziwnego, że dla medyków sądowych naukowa kryminalistyka (nie praktyka) to była po prostu medycyna sądowa.

Wachholz w *Błędnych i trafnych drogach kryminalistyki* (Wachholz 1937), pisał o medycynie sądowej, o jej „trafnych i błędnych drogach”. Jeszcze w latach 60. XX wieku, Jan Olbrycht, pisząc *Medycynę a kryminalistykę*, miał na myśli relacje medycyny sądowej i klinicznej (Olbrycht 1966).

W Polsce pierwsze katedry kryminalistyki zaczęły powstawać w połowie lat 50. XX wieku. Od tego czasu kryminalistyka stała się też w Polsce dyscypliną akademicką. Jest wykładana studentom prawa. Katedry (zakłady, instytuty) powstały też w ZSRR i krajach Europy Wschodniej, należących do bloku państw socjalistycznych. Z zasady katedry takie nie powstawały na wydziałach prawa uniwersytetów zachodnioeuropejskich ani amerykańskich, zaś katedra w Grazu przestała istnieć (dziś na Uniwersytecie w Grazu swoistym śladem po pierwszej katedrze kryminalistyki jest Hans Gross Kriminalmuseum).

Każdy ukazujący się w Polsce podręcznik kryminalistyki podaje własną definicję tej dyscypliny. Co więcej, zawartość treściowa tych podręczników jest różna. Jedne zawierają metodykę ścigania poszczególnych kategorii przestępstw (np. Hołyst 1973; 1996), inne nie. Niektóre zawierają dział dotyczą-

cy profilaktyki (Hołyst 1973; 1996), inne nie. W niektórych są rozdziały na temat czynności operacyjno-rozpoznawczych (Widacki 2012 a; Gruza, Goc 2008), w innych tego rodzaju materii nie ma. Wszystkie jednak szczegółowo opisują niektóre metody identyfikacji (np. daktyloskopijnej, mechanoskopijnej, pisma ręcznego, śladów biologicznych itd.), czego w podręczniku Grossa nie było.

W wieku XX powstało natomiast wiele nowych dyscyplin, które w nazwie mają przymiotnik *forensic* (*forensische*), co na język polski tłumaczy się niezbyt ściśle jako „sądowy”. Źródłostów nazwy *forensic* wywodzi się z łacińskiego „forum”, „publiczny”. To, co nazywa się w Polsce „naukami sądowymi”, w innych językach jest zatem zastosowaniem nauk przyrodniczych dla celów publicznych, państwowych.

Dziś wyodrębnionych nauk „sądowych” wymienia się co najmniej kilkanaście. Część z nich wyłoniła się z medycyny sądowej, część powstała z zastosowania innych samodzielnych dyscyplin do celów sądowych lub przekształcania się w samodzielne dyscypliny z innych dyscyplin podstawowych. Do tych pierwszych zaliczyć można patologię sądową (*forensic pathology*), toksykologię sądową (*forensic toxicology*), serologię sądową (*forensic serology*), genetykę sądową (*forensic genethic*), psychiatrię sądową (*forensic psychiatry*). Do pozostałych: chemię sądową (*forensic chemistry*), antropologię sądową (*forensic anthropology*), psychologię sądową (*forensic psychology*), entomologię sądową (*forensic entomology*), grafologię sądową (*forensic graphology*), balistykę sądową (*forensic ballistic*) i cały szereg innych. Do nauk sądowych zalicza się też dyscypliny, którym do nazwy nie dodaje się przymiotnika „sądowy” (*forensic*), nie mają bowiem z zasady zastosowań innych niż prawo i śledztwo (np. daktyloskopia).

Nauki sądowe (*forensic sciences*) są definiowane najczęściej jako „zastosowanie nauk przyrodniczych (*natural sciences*) do potrzeb stosowania prawa” lub „zastosowanie naukowej wiedzy i metodologii do problemów prawnych i śledczych”. Nauki sądowe są też określane jako suma metod naukowych i technik śledczych (James, Nordby 2003). Jaka jest relacja nazwy „nauki sądowe” i „kryminalistyka”? A jakie są relacje nazw „nauki sądowe” i „nauki policyjne”?

Zacząć należy od tych pierwszych. Możliwe są tu, i co więcej są reprezentowane, rozmaite stanowiska. Stanowisko pierwsze: kryminalistyka to ogół nauk sądowych wraz z pewną wspólną nadbudową teoretyczną oraz praktyczną, zalecającą jak z tych nauk w procesie korzystać (tzw. taktyka kryminalistyczna), a także naukowe podstawy tych czynności dowodowych, które wykonuje osobiście organ procesowy, czyli w praktyce prawnik. A więc prze-

słuchania, okazania, oględzin etc. To najszersze rozumienie kryminalistyki. Obejmuje bowiem kryminalistyka to, co Gross do niej zaliczył oraz to, co jest sumą nauk sądowych – konglomeratem kilkunastu samodzielnych dyscyplin naukowych, połączonych nie metodą, nie przedmiotem, a jedynie celem.

Stanowisko drugie – kryminalistyka obejmuje wszystko to, co nie wyodrębniło się w oddzielne nauki sądowe. Czyli zostaje jej taktyka kryminalistyczna (bardzo różnie zresztą określana) oraz te działy techniki kryminalistycznej, inaczej mówiąc, te metody identyfikacji, które nie rozbudowały się w samodzielne nauki sądowe. Tak, choć nie do końca konsekwentnie, określa zakres kryminalistyki zawartość większości współczesnych polskich podręczników kryminalistyki. Niekonsekwentnie, bo większość z nich, przynajmniej na poziomie popularnym, przedstawia też informacje z wyspecjalizowanych nauk sądowych, na przykład genetyki sądowej (badania DNA).

Stanowisko trzecie: kryminalistyka to suma nauk sądowych (tak O'Hara i Osterburg). To, co stanowiło u Grossa trzon kryminalistyki, czynności wykonywane w śledztwie przez prawnika (przesłuchanie, okazanie etc.) w ogóle do kryminalistyki nie należą, należą natomiast do nauk policyjnych (Koniczny 2012; Shaler 2012).

Stanowisko czwarte: kryminalistyka to metanauka w stosunku do wszystkich nauk sądowych, lub co najmniej dyscyplina integrująca na wyższym, bardziej ogólnym poziomie wszystkie dyscypliny sądowe, podczas gdy eksperci są nimi tylko w wybranych dyscyplinach (np. w medycynie, chemii, genetyce czy balistyce). Tak kryminalistykę określają np. California Association of Criminalistics czy American Academy of Forensic Sciences (Inman, Rudin 2001: 11).

Stanowisko piąte: kryminalistyka to wstęp do nauk sądowych (tak np. Meloan i in.). Wydaje się, że przy dzisiejszym stanie nauki, w szczególności przy dzisiejszym zaawansowaniu poszczególnych nauk sądowych, gdyby kryminalistykę traktować zgodnie ze stanowiskami od pierwszego do trzeciego włącznie, to trzeba przyjąć, że nie jest to jedna dyscyplina naukowa, ale dział nauki, cały zespół nauk empirycznych, stosowanych, służących organom ścigania i wymiaru sprawiedliwości do wykrywania, zabezpieczania, przetwarzania i badania identyfikacyjnego śladów, pozwalającym wykorzystać je jako dowody w procesie. Byłby to dział szeroki, podobnie jak szerokim działem są np. nauki społeczne. Nauki społeczne nie są wykładane jako takie – wykładane są poszczególne przedmioty wchodzące w ich skład. Podobnie doktoratów czy habilitacji nie robi się z całych nauk społecznych, ale z poszczególnych dyscyplin zaliczanych do nauk społecznych. To samo dotyczyć by musiało tak szeroko ujętej kryminalistyki.

Przyznać trzeba, że podejmowane w Polsce próby uprawiania, w dodatku przez prawników, tak pojętej kryminalistyki zdecydowanie się nie udają. Wszyscy autorzy podręczników, nawet jeśli są wybitnymi specjalistami w jakiejś wąskiej dziedzinie (choć najczęściej bywają w niej samoukami), równocześnie są ignorantami w pozostałych i zaledwie potrafią je wyłożyć na popularnonaukowym, ale przecież nie akademickim poziomie. Dobrze, jeśli przy tej okazji nie popełnią błędów rzeczowych, nie przekażą informacji ewidentnie sprzecznych z aktualnym stanem wiedzy, które bez trudu wskazać można w każdym niemal wydanym w Polsce podręczniku kryminalistyki.

Świadomość tych faktów, a może, na razie, tylko podświadomość powoduje, że większość katedr kryminalistyki w Polsce w ostatnich latach uzupełniła swe nazwy. Są zatem już nie „katedry kryminalistyki”, ale „katedry kryminalistyki i bezpieczeństwa powszechnego”, „kryminalistyki i prawa dowodowego”, „katedra kryminalistyki, kryminologii i nauki o policji”. Fakt, że likwidowane są katedry kryminalistyki na wydziałach prawa uniwersytetów, czyli tam, gdzie do tej pory istniały, od tej najstarszej w Grazu począwszy – również o czymś świadczy i trudno to przecież uznać za działania irracjonalne.

Gdyby przyjąć stanowisko czwarte, przedmiotem badań kryminalistyki powinny stać się zasady opiniowania w procesie, logiczne schematy śledztwa, metodologiczna analiza wartości diagnostycznej poszczególnych metod identyfikacyjnych, analiza rozumowań biegłych, logiczne zasady dowodzenia etc. (Widacki 2013: 1430).

Z kolei przyjęcie stanowiska piątego neguje wprawdzie naukowość kryminalistyki, ale nadaje jej sens dydaktyczny w programach nauczania na wydziałach prawa.

Te rozważania teoretyczne mają istotne znaczenie praktyczne. Bez zamknięcia ich jakąś konkluzją, nie można odpowiedzieć na kilka istotnych pytań praktycznych: co ma być treścią akademickiego wykładu z kryminalistyki? Czy można być na akademickim (nie popularno-naukowym) poziomie specjalistą z całej (jak szeroko pojętej?) kryminalistyki? Czy z kryminalistyki (jako całości) można robić stopnie naukowe? Czy raczej te stopnie należy robić z poszczególnych nauk sądowych w ramach ich dyscyplin macierzystych (chemii, fizyki, medycyny, mechaniki, psychologii, genetyki etc., a może procesu karnego)? Kto jest w stanie wykładać na akademickim poziomie całą kryminalistykę? Kto jest w stanie kompetentnie sam napisać podręcznik do tego przedmiotu?

Jeśli kryminalistykę pojmować jedynie jako metanaukę w stosunku do nauk sądowych, to czy będzie ona samodzielną dyscypliną, czy stanie się

jedynie częścią nowocześnie uprawianej nauki procesu karnego, swoistym dopełnieniem tej jej części, którą jest „prawo dowodowe”? A jeśli kryminalistykę potraktować jako „wstęp do nauk sądowych” i jako taką, wykładać (co z dydaktycznego punktu widzenia wydaje się chyba najsensowniejsze), to nie ulega wątpliwości, że nie będzie to także oddzielna dyscyplina naukowa, godna oddzielnych uniwersyteckich katedr. Czy bez samego już choćby narażenia się na śmieszność, można być kierownikiem katedry „wstępu do nauk sądowych”, profesorem wstępu do nauk sądowych, doktoryzować się ze wstępu do nauk sądowych? Kto powinien wykładać „wstęp do nauk sądowych”? Równoważne możliwości są dwie: procesualista lub przedstawiciel którejś z poszczególnych nauk sądowych. W pierwszym przypadku będzie on musiał przyswoić sobie co najmniej metodologię nauk empirycznych, którą posługują się nauki sądowe. W drugim przypadku – przedstawiciel jednej z nauk sądowych, który przyswoił sobie podstawy procesu karnego. Taki przedmiot bezwzględnie jest potrzebny tym wszystkim prawnikom, którzy chcą być sędziami, prokuratorami, adwokatami.

Natomiast kryminalistyka z naukowego, metodologicznego punktu widzenia, powinna być traktowana zbiorczo, jako zespół dyscyplin wyspecjalizowanych w badaniach identyfikacyjnych na rzecz procesu karnego, zwanych naukami sądowymi. Ich częścią wspólną, teoretyczną, powinna być kryminalistyka teoretyczna, czyli metanauka w stosunku do wszystkich wchodzących w jej skład nauk sądowych i zarazem płaszczyzna naukowej współpracy wszystkich przedstawicieli nauk sądowych.

Abstract

The Contemporary Scope of the Term “Criminology”

Denotation of the Polish word *kryminalistyka* (German: *der Kriminalistik*) now is different than in last years of 19th century, when Hans Gross published his *Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik*. An English word “criminalistics” it is not simply translation of German *der Kriminalistik* (Polish *kryminalistyka*). “Criminalistics” that means the sum of the “forensic sciences”. For Hans Gross *der Kriminalistik* included methodics of the work of the examining magistrate, practical criminology, and competence for cooperation with experts in forensic sciences. Forensic sciences was out of the *der Kriminalistik* in Gross meaning. So, from practical point of view, *der Kriminalistik* it is “criminal investigation”.

In Poland and in other countries of the East Europe *der Kriminalistik* it is a separate science. It include “criminal investigation” as well as forensic sciences. In school of laws, in East Europe there are departments or institutes of *der Kriminalistik*. Is the *Kriminalistik* really a separate science? What is the subject of the science? Or, maybe it is a complex

of separate sciences with the different subjects, different methods but with the same goal? A complex of sciences as for example “social sciences” or “natural sciences”? Who is specialist in “criminalistics” (*der Kriminalistik*)? Is it possible to be specialist in *kryminalistyka* and not to be a specialist in one of the forensic sciences? According to the author, in educational level, *kryminalistyka* it is introduction to forensic sciences. In the scientific level it is the complex of separate forensic sciences.

Literatura

- Bachhiesl Ch., *Hans Gross und die Anfänge einer naturwissenschaftlich ausgerichteten Kriminologie*, „Archiv für Kriminologie” 2007, Vol. 219, No. 1–2, s. 46–53.
- Bachhiesl Ch., *Die Grazer Schule der Kriminologie. Eine wissenschaftsgeschichtliche Skizze*, „Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform” 2008, Vol. 91, No. 1, s. 87–111.
- Bachhiesl Ch., *Berichte und Mitteilungen. 100 Jahre akademische Kriminalwissenschaft – Notizen zur Gründung des Instituts für Kriminologie an der Karl-Franzens Universität Graz im Jahre 1912*, „Archiv für Kriminologie” 2012, Vol. 230, No. 5–6, s. 204–208.
- Grassberger R., *Hans Gross 1847–1915*, [w:] *Pioneers in Criminology*, red. H. Mannheim, Stevens & Sons, London 1960.
- Gross H., *Handbuch für Untersuchungsrichter Polizeibeamte, Gendarmen u.s.w.*, Zweite Vermehrte Auflage, Verlag von Leuschner & Lubensky, Graz 1894.
- Gross H., *Enzyklopedia der Kriminalistik*, Graz 1901.
- Gruza E., Goc M., Moszczyński J., *Kryminalistyka, czyli rzecz o metodach śledczych*, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, Warszawa 2008.
- Hołyst B., *Kryminalistyka*, PWN, Warszawa 1973, 1996.
- Horoszowski P., *Kryminalistyka*, Wydawnictwa Prawnicze, Warszawa 1958.
- Inman K., Rudin N., *Principles and Practice of Criminalistics. The Profession on Forensic Sciences*, CRC Press, Boca Raton, London–New York–Washington D.C. 2001.
- Jaegermann K., Widacki J., *Zmiany paradygmatu medycyny sądowej i kryminalistyki*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 1986, Vol. 36, No. 2, s. 85–90.
- Kocher G., *Das k.k. Kriminalistische Universitätsinstitut in Graz*, [w:] *Kongress 100 Jahre Kriminologie in Graz – kriminologische interdisziplinär betrachtet*, Graz 2012.
- Konieczny J., *Kryzys czy zmiana paradygmatu kryminalistyki*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 1.
- Marek Z., Widacki J., *XXXV Polskiego Towarzystwa Medycyny Sądowej i Kryminologii*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 1973, nr 23, s. 203–206.
- Meloan C., James R., Saferstein R., *Criminalistics. An Introduction to Forensic Sciences*, Prentice Hall, Englewood Cliffs New Jersey 1990.
- O’Hara Ch., Osterburg J.W., *An Introduction to Criminalistics. The Application of the Physical Sciences to Detection of Crime*, Indiana University Press, Bloomington–London 1972.
- Olbrycht J., *Medycyna a kryminalistyka*, PAN Oddz. w Krakowie, Kraków 1966.
- Shaler R.C., *Crime Scene Forensics. A Scientific Method Approach*, CRC Press, Boca Raton 2012.

Wachholz L., *Błędne i trafne drogi kryminalistyki*, „Przegląd Policyjny” 1937, nr 3.

Widacki J., *Leon Wachholz jako kryminolog*, [w:] *Leona Wachholza rozważania o przyczynach zbrodni*, Oficyna AFM, Kraków 2008.

Widacki J., *Anfänge der polnischen Kriminalistik und Gerichtsmedizin in ihrer Verflechtung mit der österreichischen Wissenschaft*, „Archiv für Kriminologie” 2012, Vol. 230, No. 5–6, s. 190–203.

Widacki J., *Kryminalistyka*, C.H. Beck, Warszawa 2012.

Widacki J., *Początek i koniec kryminalistyki*, [w:] *Abiit non obitiit, Księga poświęcona pamięci księdza profesora Antoniego Kościa SVD*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2013.

Krzysztof Radwaniak

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Informacja pozyskana przez policję w ramach białego wywiadu a jej wykorzystanie w czynnościach dochodzeniowo-śledczych i operacyjno-rozpoznawczych

We współczesnym świecie, funkcjonującym dzięki informacjom, ich wykorzystywanie do celów założonych przez określone firmy czy instytucje, wydaje się naturalne. Analiza informacji staje się pojęciem powszechnym, a różnorodne jej formy i metody znajdują zastosowanie w prawie, gospodarce, biznesie, polityce itp.

Służby policyjne i specjalne, przytaczając za Jerzym Koniecznym¹, jako legitymizowane przez państwo, powołane do zapobiegania i zwalczania przestępczości oraz rozpoznawania zagrożeń bezpieczeństwa państwa, wykształciły indywidualne podejście do analizy informacji. W rozważaniach na temat zarządzania uzyskaną wiadomością w tychże formacjach, spośród wielu źródeł nie sposób pominąć zagadnienia otwartych źródeł i ich znaczenia w procesie pozyskiwania i wykorzystania informacji do realizacji celów przyjętych przez wspomniane formacje. Metody postępowania z informacjami jawno-źródłowymi funkcjonują we wspomnianych służbach w postaci umownie określanego „białego wywiadu”. W Europie Zachodniej wywiad jawno-źródłowy (*Open Source Intelligence*) jest przedmiotem wielu poważnych debat w kręgach rządowych, administracyjnych i wywiadowczych, w Polsce natomiast jest traktowany nieco marginalnie. Taka sytuacja nie sprzyja rozwojowi tej dyscypliny, a tym samym nie służy implementowaniu sprawdzonych i wartościowych praktyk przez służby policyjne i specjalne. Rozważania nad umiejscowieniem białego wywiadu w systemie karno-procesowym, a także inne aspekty wykorzystywania informacji jawno-źródłowej w szeroko pojętym procesie wykrywczym, mogą przyczynić

¹ *Analiza informacji w służbach policyjnych i specjalnych*, red. J. Konieczny, Warszawa 2012, s. 4.

się do szerszego zainteresowania metodą i stanowić cenną pomoc w praktycznym jej wykorzystaniu.

Analizując źródła informacji o przestępstwie, można je podzielić na kilka kategorii:

1. zawiadomienia o przestępstwie,
2. materiały ewidencyjno-archiwalne,
3. własne informacje organów ścigania,
4. inne źródła informacji o przestępstwie.

Podział taki nie jest jednak zamknięty – w zależności od przyjętej metodologii, można dokonywać dalszego podziału lub zawężenia, np. do zawiadomienia o przestępstwie i innych źródeł informacji.

Mając na uwadze powyższy podział, informacje pozyskane w oparciu o biały wywiad należałoby zaklasyfikować jako pochodzące z innych źródeł. Wiesław Mądrzejowski wymienia następujące źródła białego wywiadu:

1. doniesienia prasowe,
2. doniesienia telewizyjne,
3. monitoring Internetu,
4. wydawnictwa książkowe, szczególnie naukowe, biografie, wspomnienia, ale również powieści kryminalne,
5. ogólnodostępne rejestry,
6. powszechnie dostępna dokumentacja podmiotów gospodarczych,
7. wydawnictwa marketingowe – reklamy, foldery, biuletyny informacyjne,
8. inne otwarte źródła nietypowe wykorzystywane przez służby policyjne i specjalne².

Podobnie Bolesław Traczyk – wśród innych źródeł informacji wymienia, między innymi, informacje pochodzące z technicznych nośników (prasa, radio, telewizja) oraz złożone skargi, przesłane listy i anonimy, odbyte rozmowy z jawnymi i niejawnymi osobowymi źródłami informacji (rozmowy dzielnicowego, informacje pochodzące z „agentury”)³. Niezależnie od źródła, pozyskane informacje mogą zawierać opisy uprawdopodobniające w mniejszym lub większym stopniu popełnienie przestępstwa. Często służby policyjne i specjalne stoją przed dylematem, jaką przyjąć formę prowadzenia postępowania lub czynności, które byłyby najbardziej skuteczne, a zarazem zgodne z obowiązującym prawem, w tym z zachowaniem naczelných zasad prowadzenia procesu karnego, określonego w kodeksie postępowania karnego (zwanym dalej kpk).

² W. Mądrzejowski, „Biały wywiad” w *policii*, [w:] W. Filipowski, W. Mądrzejowski, *Biały wywiad. Otwarte źródła informacji – wokół teorii i praktyki*, Warszawa 2012, s. 119–122.

³ B. Traczyk, *Źródła informacji i przestępstwach i przestępcach*, Warszawa 1973, s. 18–19.

Polski proces karny został oparty na dwóch zasadach: legalizmu i oportunistu. Zasada legalizmu wynika bezpośrednio z Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r., gdzie art. 7 stanowi, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa i określonym zakresie kompetencyjnym. Takie wyjaśnienie zasady legalizmu przyjął Sąd Najwyższy w postanowieniu z 18 stycznia 2005 r.⁴ W literaturze podnosi się, że zasada legalizmu to dyrektywa postępowania nakazująca organowi procesowemu bezwzględne wszczęcie i kontynuowanie ścigania karnego, jeśli ściganie z urzędu jest prawnie dopuszczalne i faktycznie uzasadnione.

Zasada oportunistu natomiast sprowadza się do dyrektywy uprawniającej, w myśl której organ procesowy może zaniechać ścigania, mimo że ściganie z urzędu jest dopuszczalne i faktycznie zasadne⁵. Marian Cieślak wyróżnia dwie postacie oportunistu procesowego:

1. oportunistu właściwy, charakteryzujący się odstępowaniem od ścigania przestępstw z uwagi na interes społeczny bez względu na kategorię przestępstwa. W ramach tejże zasady odstępuje się od ścigania, między innymi, w przypadku immunitetów należących do przedstawicieli dyplomatycznych (art. 578 kpk).
2. oportunistu niewłaściwy, obejmuje sytuacje odstąpienia od ścigania karnego ze względu na małą wagę przestępstwa. Przemawiają za tym względy ekonomiki procesowej⁶.

Zasada legalizmu została zawarta w unormowaniach procesu w polskim prawie karnym. Przepis art. 10 § 1 kpk stanowi, że organ powołany do ścigania przestępstw jest zobowiązany do wszczęcia i przeprowadzenia postępowania przygotowawczego o czyn ścigany z urzędu⁷. Problematyka dotycząca podstawy wszczęcia śledztwa (dochodzenia) jest dość złożona, co zauważył ustawodawca wprowadzając w art. 307 kpk konstrukcję czynności sprawdzających, dającą możliwość zbadania sprawy rodzącej wątpliwości co do zaistnienia czynu przestępczego⁸.

W polskim procesie karnym, zgodnie z zasadą legalizmu, proces karny wszczyna się i prowadzi tylko [podkreśl. moje – KR] wówczas, gdy społeczna szkodliwość czynu nie jest znikoma⁹. Poza wypadkami określonymi

⁴ Postanowienie 7 sędziów SN z 18 stycznia 2005 r., sygn. WK 22/04.

⁵ *Prawo karne procesowe – część ogólna*, red. J. Grajewski, Warszawa 2011, s. 95.

⁶ *Ibidem*, s. 98.

⁷ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1997 r. Nr 89 poz. 555 z późn. zm.).

⁸ S. Stachowiak, *Źródła informacji o popełnionym przestępstwie w polskim postępowaniu karnym*, „Prawo i Prokuratura” 2005, nr 2, s. 28.

⁹ S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2008, s. 295.

w prawie¹⁰, nikt nie może być zwolniony z odpowiedzialności za popełnione przestępstwo. Zgodnie z zasadą legalizmu należy wszcząć proces karny zawsze, gdy istnieje uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa, a nie zachodzi jedna z przesłanek zawartych w art. 17 kpk, a w świetle wspomnianej zasady oportunistu, w szczególności art. 17 § 1 ust. 3, tj. „gdy społeczna szkodliwość czynu jest znikoma”. Nie wszczyna się wtedy postępowania, a w przypadku już toczącego się, należy je umorzyć. Na prokuraturze i policji¹¹, zgodnie z art. 303 kpk, ciąży obowiązek wydania z urzędu lub na skutek zawiadomienia o przestępstwie postanowienia o wszczęciu śledztwa.

W sytuacji, gdy istnieją wątpliwości w zakresie podejrzenia popełnienia przestępstwa, wspomniane organy na podstawie art. 307 kpk przeprowadzają postępowanie sprawdzające pod kątem potwierdzenia podejrzenia popełnienia przestępstwa. Pomimo, że to trwające maksymalnie 30 dni postępowanie ma na celu ustalenie, czy istnieje przesłanka wszczęcia śledztwa, zdaniem Stanisława Waltosia¹², należy je traktować jako etap postępowania przygotowawczego. Istnieją również poglądy wskazujące, że postępowanie sprawdzające nie jest etapem postępowania przygotowawczego, a jedynie ten etap poprzedza. Stanowisko takie reprezentuje m.in. Grażyna Artyniak podnosząc, że postępowanie sprawdzające poprzedza wszczęcie postępowania karnego i nie powinno być zaliczane do części procesu¹³.

Niezależnie od tego, który pogląd się podziela, warto zauważyć, że postępowanie sprawdzające ma na celu uprawdopodobnienie zaistnienia przestępstwa, a tym samym ułatwienie prowadzącemu podjęcia decyzji co do wszczęcia postępowania lub odmowy, a tym samym zastosowania zasady legalizmu lub oportunistu, zgodnie z powyższymi rozważaniami.

Przywołując Stanisława Waltosia, a odnosząc się do postawionego problemu należy przyjąć, że jeżeli informacja o przestępstwie wskazuje na uzasadnione podejrzenie jego popełnienia, należy wszcząć śledztwo. Jeżeli posiadana informacja zawiera informacje mogące wskazywać na popełnienie przestępstwa lecz organ, który ją otrzymał nie ma pewności co do jego uzasadnionego podejrzenia popełnienia, należy przeprowadzić postępowanie sprawdzające. Pozyskanie informacji o przestępstwie i jej wstępna wiarygodność w dużej mierze zależy od źródła pochodzenia informacji. Informacje o przestępstwie wynikające z zawiadomienia protokolarnego poprzedzonego uprzedzeniem o odpowiedzialności karnej z art. 233, 234 i 238 kodeksu karnego, trakto-

¹⁰ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego..., art. 10 § 2.

¹¹ W niniejszych rozważaniach uwaga skupiona jest głównie na roli procesowej policji, a ujmowanie innych organów procesowych będzie stosowane, gdy wymaga tego określony kontekst.

¹² S. Waltoś, *op. cit.*, s. 487.

¹³ G. Artyniak, M. Rogalski, Z. Sobolewski, *Proces karny – część szczególna*, Warszawa 2007, s. 26.

wane są jako bardziej wiarygodne i łatwiejsze do weryfikacji od – przykładowo – zawiadomienia anonimowego lub pochodzącego z otwartych źródeł informacji.

Katarzyna Dudka¹⁴ w swoim artykule dotyczącym anonimu jako podstawy do wszczęcia postępowania karnego zauważyła, że tego rodzaju doniesienie, podobnie jak i inne informacje własne organów ścigania, choć nie spełniają wymogów formalnych zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa, w ujęciu materialnym mogą wyczerpywać definicję zawiadomienia w sensie materialnym. Autorka przedstawiła również pogląd, z którym można się zgodzić, że zawiadomienia anonimowe pod względem konsekwencji procesowych zrównuje konsekwencje procesowe z informacjami własnymi policji. Jeżeli zatem dane zawarte w zawiadomieniu dostatecznie uprawdopodobniają fakt popełnienia przestępstwa, powinno ono skutkować wszczęciem postępowania przygotowawczego, a w przeciwnym przypadku należy poprzestać na czynnościach sprawdzających¹⁵.

Ustawodawca zauważając ten problem, zgodnie z art. 307 kpk rozdzielił postępowanie sprawdzające w zależności od źródeł informacji. W art. 307 § 1 kpk został określony ogólny tryb postępowania sprawdzającego, z jednoczesnym określeniem terminu wykonania czynności do 30 dni od otrzymania zawiadomienia o przestępstwie. Należy uznać, że termin ten odnosi się do wszystkich czynności sprawdzających, również zawartych w art. 307 § 5 kpk. Istotą postępowania jest fakt uzyskania informacji o przestępstwie i nadania jej biegu w trybie Ustawy kodeks postępowania karnego. Brak wyraźnego wskazania terminu zakończenia czynności sprawdzających wymienionych w art. 307 § 5 kpk nie zwalnia organów prowadzących postępowanie od niezwłocznego ich przeprowadzenia i zakończenia. Przemawiać za tym powinna zasada ekonomiki postępowania.

Charakter terminu postępowania sprawdzającego jednak budzi w doktrynie rozbieżności. Kazimierz Marszał¹⁶ uznaje go za termin instrukcyjny, jego przekroczenie wiąże organy procesowe, a niewykonanie czynności procesowej w terminie nie powoduje jej bezskuteczności. Uzyskanie informacji, o których mowa w art. 307 § 5 kpk może nastąpić również i być rozpatrywane w trybie art. 14 ust. 1 i art. 19–21 Ustawy z 6 kwietnia 1990 r. o Policji.

Własne informacje – w rozumieniu art. 307 § 5 kpk – mogą pochodzić ze źródeł oficjalnych, ale również ze źródeł poufnych organów ścigania, zarówno policji, jak i prokuratury, np. czynności operacyjno-rozpoznawczych,

¹⁴ K. Dudka, *Anonim a wszczęcie postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 4.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ K. Marszał, *Proces karny*, Katowice 1998, s. 334–337.

prowadzonych postępowań dyscyplinarnych, wniosków pokontrolnych czy doniesień prasowych. Przepis art. 307 k.p.k. przewiduje trzy formy postępowania sprawdzającego:

1. żądanie uzupełnienia w wyznaczonym terminie danych zawartych w zawiadomieniu o przestępstwie,
2. uzupełnienie danych zawartych w zawiadomieniu o przestępstwie przez przesłuchanie w charakterze świadka osoby składającej zawiadomienie (niekoniecznie pokrzywdzonego),
3. dokonanie sprawdzenia faktów przez sam organ, z reguły w drodze czynności operacyjno-rozpoznawczych.

Analizując bardziej szczegółowe, nawiązujące do kpk przepisy policyjne, a przede wszystkim Wytyczne nr 3 Komendanta Głównego Policji z 15 lutego 2012 r. w sprawie wykonywania czynności dochodzeniowo-śledczych przez policjantów, odpowiedź na interesujący temat znaleźć można w § 6 pkt 3:

W razie potrzeby weryfikowania informacji o przestępstwie uzyskanej z innego źródła niż zawiadomienie o przestępstwie, np. własnych informacji Policji, nasuwających przypuszczenie popełnienia przestępstwa, sprawdzeń dokonuje się przede wszystkim poprzez wykonanie odpowiednich czynności operacyjno-rozpoznawczych, w terminach określonych w przepisach regulujących formy i metody wykonywania tych czynności. Należy przy tym dochować terminu określonego w art. 307 § 1 kpk. Termin ustalony w art. 307 § 1 kpk ma charakter instrukcyjny, co oznacza, że wszczęcie dochodzenia po upływie trzydziestu dni od przyjęcia zawiadomienia o przestępstwie będzie skuteczne. Wskazane jest jednak podejmowanie decyzji o wszczęciu lub odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego przed upływem tego terminu, bowiem jeśli zawiadamiający o przestępstwie lub pokrzywdzony ujawniony w trakcie postępowania wyjaśniającego nie otrzymają informacji o decyzji co do wszczęcia postępowania przygotowawczego w ciągu sześciu tygodni od złożenia zawiadomienia – mogą wystąpić z zażaleniem na opieszałość organu ścigania¹⁷.

W postępowaniu karnym czynności operacyjno-rozpoznawcze są bardzo ważnym źródłem informacji o przestępstwie. Są one wykorzystywane w ramach czynności sprawdzających (art. 307 kpk) przy podejmowaniu decyzji o wszczęciu lub odmowie wszczęcia postępowania, a także mogą toczyć się równolegle do postępowania przygotowawczego i na tym etapie mają na celu

¹⁷ Wytyczne nr 3 Komendanta Głównego Policji z 15 lutego 2012 r. w sprawie wykonywania czynności dochodzeniowo-śledczych przez policjantów, rozdz. 7, § 41, ust. 2.

zebranie dodatkowych dowodów potwierdzających zaistnienie przestępstwa lub ustalenie jego sprawcy. Postępowanie sprawdzające powinno się zakończyć jedną z decyzji procesowych, tj. wszczęciem lub odmową wszczęcia postępowania przygotowawczego. Może zdarzyć się jednak, że nawet po podjęciu jednej z tych decyzji w dalszym ciągu jest wiele niejasności. Wówczas należy prowadzić dalsze czynności operacyjno-rozpoznawcze.

Posiłkując się uwagami Stanisława Biczyski i Henryka Nowickiego¹⁸, podjętymi przez Adama Tarachę¹⁹, można wskazać różnice pomiędzy czynnościami sprawdzającymi a czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi. Są one następujące:

1. Impulsem do dokonania czynności sprawdzających są oficjalne zawiadomienia o przestępstwie lub informacje anonimowe, albo też informacje własne policji. Impulsem zaś do dokonania czynności operacyjno-rozpoznawczych mogą być wszelkie źródła informacji oficjalnych i nieoficjalnych.
2. Czynności sprawdzające zawsze są działaniem poprzedzającym wszczęcie lub odmowę wszczęcia postępowania przygotowawczego, natomiast czynności operacyjno-rozpoznawcze mogą być prowadzone na każdym etapie postępowania przygotowawczego lub przed jego wszczęciem.
3. Czynności sprawdzające polegają na dokonaniu oficjalnych lub nieoficjalnych czynności zmierzających do sprawdzenia określonych faktów, natomiast czynności operacyjno-rozpoznawcze polegają na dokonaniu wielu zazwyczaj niejawnych działań operacyjnych przy wykorzystaniu metod i form pracy operacyjnej.
4. Efektem czynności sprawdzających jest decyzja o wszczęciu lub odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego, natomiast czynności operacyjno-rozpoznawcze w razie negatywnego wyniku mogą kończyć się zaniechaniem dalszego ich prowadzenia.
5. Czynności sprawdzające powinny zakończyć się w terminie 30 dni od uzyskania informacji, natomiast czynności operacyjno-rozpoznawcze prowadzone są na zasadach i w terminach zawartych w niejawnych przepisach je regulujących.

Zestawienie publikacji wymienionych na wstępie akapitu autorów pozwala na stwierdzenie, że pomimo upływu czasu i ewolucji prawa w zakresie czynności sprawdzających i czynności operacyjno-rozpoznawczych, tezy postawione przez Stanisława Biczyskę i Henryka Nowickiego zasadniczo nie straciły na aktualności i znajdują obecnie w piśmiennictwie rozwinięcie.

¹⁸ S. Biczysko, H. Nowicki, *Praca operacyjna służby kryminalnej MO*, Warszawa 1976.

¹⁹ A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze – aspekty kryminalistyczne i prawno-dowodowe*, Lublin 2006, s. 129.

Kontynuując rozważania, czy informacja pozyskana z otwartych źródeł może stanowić informację inicjującą procedurę karną, można przyjąć, że taka informacja pozyskana przez policję stanowi (w szerokim znaczeniu) jej informację własną, a tym samym podlega czynnościom sprawdzającym w oparciu o art. 307 kpk. Opierając się na przytoczonych przepisach można zauważyć, że gdy mowa jest o wszczęciu właściwej formy postępowania przygotowawczego, ustawodawca odwołuje się do pisemnego zawiadomienia o przestępstwie lub protokolarnej formy zawiadomienia ustnego. Nie są to więc „własne informacje policji”, lecz informacje od innych osób przekazane policji z intencją zainicjowania właściwej procedury karnej.

Według Zbigniewa Młynarczyka²⁰, decyzja o odmowie wszczęcia postępowania musi mieć postać postanowienia, gdy okoliczności niedające podstaw do jego wszczęcia zawarte są w zawiadomieniu *sensu stricto*. Jeżeli źródłem informacji o przestępstwie są informacje własne, wystarczy sporządzenie notatki urzędowej. Jeśli jednak (zdaniem tegoż autora) w trakcie postępowania sprawdzającego ujawniono pokrzywdzonego i organ dotarł do niego, to wydanie postanowienia wydaje się w pełni zasadne. Istotne jest, że ujawniona osoba pokrzywdzona poznała swoją sytuację prawną i wie, że organ ścigania traktuje ją jako potencjalnego pokrzywdzonego. Mając jednak na uwadze fakt, że postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania nie uzyskuje cech prawomocności, może ono w każdym czasie zostać uchylone przez prokuratora, który je wydał lub zatwierdził, jeśli zaistnieją podstawy do wszczęcia postępowania. Podstawą zmiany decyzji przez prokuratora może być zarówno ujawnienie nowych istotnych faktów i dowodów, jak i autokorekta decyzji spowodowana zmianą oceny dotychczasowych materiałów i uznaniem, że decyzja o odmowie wszczęcia była przedwczesna²¹. Podsumowując rozważania Zbigniewa Młynarczyka, można uznać, że w opisywanym przypadku brak jest przeszkody procesowej do wydania postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania, a następnie jego uchylecia, brak jest również przeszkód w zakresie objęcia takim postanowieniem czynności przewidzianych w art. 307 § 5 kpk. Przyjęcie takiego algorytmu postępowania daje możliwość właściwej i obiektywnej oceny materiałów postępowania sprawdzającego przez prokuratora, który jest gospodarzem postępowania przygotowawczego i to on ocenia, czy zgromadzony materiał dowodowy (nie tylko procesowy) daje podstawy do wniesienia aktu oskarżenia. Za takim poglądem przemawia również art. 2 ustawy o prokuraturze²², nakładając obowiązek sprawowania nadzoru przez

²⁰ Z. Młynarczyk, *Czynności sprawdzające i odmowa wszczęcia postępowania*, „Prokuratura i Prawo” 1995, nr 5, s. 112; F. Prusak, *Postępowanie przygotowawcze*, Warszawa 1979, s. 113.

²¹ *Ibidem*, s. 113.

²² Ustawa z 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze (Dz.U. z 1994 r. Nr 19 poz. 70 z późn. zm.).

prokuratora jako przejaw przestrzegania zadania strzeżenia praworządności oraz czuwania nad ściganiem przestępstw²³.

Informacje uzyskane z białego wywiadu mogą odnosić się do zaistniałych przestępstw, dlatego naturalnie wskazane jest zainicjowanie procedury karnej, a najwłaściwszą i zgodną z prawem formą prowadzenia postępowania, wydają się czynności sprawdzające.

Przy uzyskaniu informacji z białego wywiadu należy ją traktować jako pochodzącą „z innego źródła” niż zawiadomienie o przestępstwie, dlatego wskazane jest przeprowadzenie czynności sprawdzających, w ramach których ustaleń powinno dokonywać się przede wszystkim przez wykonanie odpowiednich czynności dochodzeniowo-śledczych, operacyjno-rozpoznawczych lub administracyjno-porządkowych. Jeśli takie informacje dają możliwość zidentyfikowania osoby posiadającej informacje dotyczące przestępstwa, nie ma przeszkód do przyjęcia w takiej sprawie zawiadomienia o przestępstwie lub zebrania wystarczających danych o przestępstwie przez zgromadzenie dokumentów. Warto zaznaczyć, że na podstawie § 6 pkt 8 wspomnianych Wytycznych, w przypadku zakończenia negatywnym rezultatem czynności sprawdzających zainicjowanych w oparciu o „informacje własne” policji, podobnie jak w przypadku informacji jawno-źródłowych, nie jest wymagane wydanie postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego, a jedynie sporządzenie notatki urzędowej zawierającej uzasadnienie odstąpienia od wszczęcia postępowania przygotowawczego.

Badając rolę białego wywiadu w prowadzeniu czynności dochodzeniowo-śledczych oraz operacyjno-rozpoznawczych²⁴, już w toku czynności procesowych wart głębszej analizy jest rozdział 7 wspomnianych Wytycznych, „Gromadzenie danych o podejrzanym”, gdzie znaleźć można wskazówkę odnoszącą się do realizacji obowiązku zawartego w art 213 § 1 kpk. Ustawodawca nakazuje ustalenie danych oskarżonego, takich jak „tożsamość, zawód i źródła dochodu oraz dane o jego karalności”. Zapis § 41 ust. 1 i 2 odnosi się do wspomnianego obowiązku, nakazując zbieranie danych o podejrzanym niezwłocznie po sporządzeniu postanowienia o przedstawieniu zarzutów lub przesłuchaniu osoby w charakterze podejrzanego, wskazując, że „informacje należy uzyskiwać od podejrzanego, występować do prokuratora o pomoc w ustaleniach lub korzystać z innych dostępnych dla policji źródeł informacji”²⁵. Niewątpliwie otwarte źródła mogą stanowić cenną przestrzeń czerpania informacji, przykładowo, o rodzaju i wielkości majątku podejrzanego, które

²³ B. Szyprowski, *Postępowanie sprawdzające w procesie karnym*, „Prawo i Prokuratura” 2007, nr 7–8, s. 165.

²⁴ Zob. szerzej: *Analiza informacji w służbach policyjnych...*, s. 144–145.

²⁵ Wytyczne nr 3 Komendanta Głównego Policji...

często można odnaleźć w ogólnie dostępnych rejestrach oraz dokumentach, jakie przedsiębiorstwa muszą udostępnić w świetle obowiązującego prawa lub po prostu w Internecie. Pamiętając, że wiedza policyjna budowana ma być w oparciu o wszelkie informacje, bez względu na ich źródło²⁶, można pokusić się o wniosek, że twórcy policyjnych aktów prawnych, zdając sobie sprawę z szerokich możliwości pozyskiwania danych, m.in. ze źródeł otwartych, stosują celowo zapisy dające funkcjonariuszom możliwość prowadzenia białego wywiadu.

Nie każda informacja musi z urzędu być traktowana jako informacja – za wiadomienie o przestępstwie. Do organów ścigania mogą docierać informacje (w tym z białego wywiadu), które nie inicjują czynności procesowych, ale nie powinny być lekceważone czy zapomniane, gdyż użyte w odpowiednim kontekście lub w połączeniu z innymi informacjami, mogą wpłynąć na budowanie policyjnej wiedzy na temat przestępstw, przestępcy bądź przestępczości. Zgodnie z Ustawą o Policji, jednym z jej zadań jest „gromadzenie, przetwarzanie i przekazywanie informacji kryminalnych”²⁷. Zgodnie z art. 20 ust. 2a:

Policja może pobierać, uzyskiwać, gromadzić, przetwarzać i wykorzystywać w celu realizacji zadań ustawowych informacje, w tym dane osobowe, o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego, nieletnich dopuszczających się czynów zabronionych przez ustawę jako przestępstwa ścigane z oskarżenia publicznego, osobach o nieustalonej tożsamości lub usiłujących ukryć swoją tożsamość oraz o osobach poszukiwanych, także bez ich wiedzy i zgody.

Na potrzeby gromadzenia i przetwarzania informacji zostały stworzone policyjne i pozapolicyjne bazy danych²⁸.

Odrębnego potraktowania wymaga sposób postępowania z informacją uzyskaną w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych. Powyższa problematyka przysparza badaczom wiele trudności definicyjnych. W literaturze różnie definiuje się te czynności. Brunon Hołyst uznaje je za taktyczno-rozpoznawcze czynności nieprocesowe, ukształtowane przez praktykę jako czynności uzupełniające do czynności procesowych i zadań postępowania karne-

²⁶ Wytoczne nr 1/09 Dyrektora Biura Wywiadu Kryminalnego KGP z 29 lipca 2009 r. w sprawie szczegółowego sposobu wykonywania przez funkcjonariuszy i pracowników jednostek oraz komórek organizacyjnych Policji, czynności służbowych związanych z przetwarzaniem informacji w Systemie Informacji Operacyjnych.

²⁷ Ustawa z 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz.U. z 1990 Nr 30 poz. 179 z późn. zm., art. 1 ust. 2 pkt 8).

²⁸ Ustawa z 6 lipca 2001 r. o gromadzeniu, przetwarzaniu i przekazywaniu informacji kryminalnych (Dz.U. z 2006 Nr 216 poz. 1585).

go służących ujawnianiu nieznanych przestępstw lub uzupełnieniu wiedzy o przestępstwach już znanych²⁹.

Podobny pogląd reprezentuje Leon Schaff. Zauważa on jednak, że nie stanowią one czynności postępowania karnego, ale umożliwiają podjęcie lub realizację czynności procesowych³⁰.

Stanisław Waltoś z kolei, ze względu na wiele niewiadomych tkwiących określeniu „czynność operacyjna”, nie podjął ryzyka zdefiniowania tej niejawnej formy prowadzenia działań przez służby policyjne i specjalne³¹.

Jan Widacki czynnościami operacyjnymi określa ogół tajnych lub poufnych pozaprocesowych działań organów ścigania zmierzających bądź do zdobycia informacji dla procesu karnego, bądź uniemożliwienia popełnienia przygotowanego przestępstwa³².

Jedną ze służb, do których najczęściej docierają informacje dotyczące przestępstw i przestępców jest policja. Każdy funkcjonariusz obowiązany jest do prowadzenia co najmniej prostych form pracy operacyjnej. Informacje uzyskiwane są z wszelkich dostępnych źródeł, w tym ze źródeł otwartych. Czynności operacyjno-rozpoznawcze dokumentowane są najczęściej w formie notatki służbowej, a informacje w meldunku informacyjnym (MI). Informacje te są gromadzone i przeznaczone do dalszego wykorzystywania. Jedną z metod postępowania z informacją operacyjną jest wywiad kryminalny, który będąc narzędziem pomocniczym w realizacji przez policjantów określonych czynności służbowych, zawiera w sobie wiele cech nowoczesnego postępowania z informacją kryminalną i wpisuje się w filozofię wywiadu jawno-źródłowego³³.

Bazą policyjną, w której gromadzone są informacje operacyjne jest System Informacji Operacyjnych (SIO). Funkcjonowanie SIO określone jest w Wytycznych nr 1/09 Dyrektora Biura Wywiadu Kryminalnego KGP z 29 lipca 2009 r. w sprawie szczegółowego sposobu wykonywania przez funkcjonariuszy i pracowników jednostek oraz komórek organizacyjnych policji, czynności służbowych związanych z przetwarzaniem informacji w Systemie Informacji Operacyjnych. W paragrafie 3 pkt 1 ppkt 5 tychże wytycznych znaleźć można wyraźne wskazówki dotyczące wykorzystania informacji z otwartych źródeł.

W bazie SIO są przetwarzane wszelkie informacje uzyskane przez funkcjonariusza w trakcie wykonywania czynności służbowych, jak i tych, które

²⁹ B. Hołyst, *Kryminalistyka*, Warszawa 2004, s. 46.

³⁰ L. Schaff, *O niektórych problemach dotyczących zakresu postępowania przygotowawczego*, „Nowe Prawo” 1957, nr 12, s. 42–44.

³¹ A. Taracha, *op. cit.*, s. 18.

³² *Ibidem*, s. 19.

³³ Na temat wywiadu kryminalnego zob.: P. Chlebowicz, *Kilka uwag dotyczących pojęcia wywiadu kryminalnego*, „Przegląd Policyjny” 2012, nr 1.

funkcjonariusz posiadał poza służbą, o ile są istotne z punktu widzenia zapobiegania, rozpoznawania i wykrywania przestępstw oraz ich sprawców, a także sposobów i metod działań przestępczych, a w szczególności [...] pochodzące ze środków masowego przekazu (w tym Internetu), o ile nie dotyczą osób, miejsc, rzeczy czy zjawisk o których środki przekazu dowiedziały się ze źródeł policyjnych lub na nie się powołują.

Wszelkie pozyskane informacje, w tym pochodzące ze źródeł otwartych, wprowadzane są do baz danych przy użyciu Systemu Meldunku Informacyjnego (SMI), za pomocą wystandaryzowanego formularza. Paragraf 7 pkt 2 wytycznych określa, że

[...] meldunek informacyjny (MI) jest podstawowym dokumentem źródłowym, zawierającym informacje mające przydatność wykrywczą, dowodową lub identyfikacyjną, o dowolnym stopniu wiarygodności bez względu na źródło informacji,

co daje pełne możliwości wprowadzania do systemu informacji pochodzących właśnie z białego wywiadu. Weryfikacja informacji zawartej w MI następuje poprzez subiektywną ocenę przez policjanta zarówno źródła informacji, oceny samej informacji pod kątem jej wiarygodności, klauzuli tajności, jak i ewentualnej ochrony dostępu do informacji. Należy przy tym podkreślić, że informacje wprowadzane do SIO nie spełniają samoistnie przesłanek do wszczęcia postępowania przygotowawczego, czy choćby czynności sprawdzających, ale pomimo tego powinny w dalszym ciągu pozostać w zainteresowaniu organów ścigania.

Kolejnym ważnym narzędziem wywiadu kryminalnego jest analiza kryminalna. Daje ona możliwość szerszego wykorzystania informacji poprzez ich zestawianie, analizę, wnioskowanie i prezentację wyników. Tym samym informacje pozyskane z białego wywiadu nie powinny być zlekceważone, gdyż odpowiednio zweryfikowane i wykorzystane, mogą mieć dużą wartość wykrywcą³⁴.

Z powyższych rozważań nasuwają się następujące wnioski *de lege ferenda*: istniejący stan prawny powoduje dowolność interpretacyjną czynności sprawdzających prowadzonych na podstawie „informacji własnych” uzyskanych przez organ ścigania. Należy precyzyjnie określić, że czynności prowadzone na podstawie art. 307 § 5 kpk podlegają rygorom art. 305 kpk i art. 307 § 1 kpk. Zatem jasno powinno być określone, że w przypadku prowadzenia

³⁴ K. Radwaniak, P. J. Wrzosek, *Biały wywiad w policji – pozyskiwanie i analiza informacji ze źródeł otwartych*, [w:] *Analiza informacji w służbach policyjnych...*, s. 140–144.

czynności na podstawie art. 307 kpk, istnieje konieczność zakończenia ich postanowieniem o wszczęciu śledztwa lub odmowie wszczęcia śledztwa. Jasne dookreślenie art. 307 kpk pozwoli na właściwe postępowanie przez organy ścigania w przypadku uzyskania własnych informacji oraz ich sprawdzania do postępowania przygotowawczego. Zarówno regulamin prokuratury, jak i wytyczne Komendanta Głównego Policji próbują spójnie interpretować art. 307 kpk, jednak jest to interpretacja nie w pełni dopuszczalna, brak jest delegacji ustawowej w tym zakresie, a interpretacja rozszerzona lub zawężona jest prawnie niedopuszczalna.

Niezbędne wydaje się również oddzielenie czynności „procesowych” na podstawie kodeksu postępowania karnego oraz czynności operacyjnych na podstawie ustaw kompetencyjnych dla poszczególnych służb. Niemniej, pomijając pewną niespójność przepisów i wskazane luki w prawie można przyjąć, że informacja pozyskana w ramach białego wywiadu powinna inicjować procedurę karną w ramach czynności sprawdzających lub być wykorzystaną w systemie pracy operacyjnej, w tym w analizie kryminalnej. Brak jednolitości prowadzenia postępowania sprawdzającego rodzi konieczność doprecyzowania przepisów w tym zakresie. Sytuacja taka sprawia, że organy ścigania są zmuszone do własnej interpretacji przepisów, co nie zawsze może odpowiadać społecznym oczekiwaniom, a nawet naruszać zasadę legalizmu. Ponadto powstaje zagrożenie, że organy procesowe mogą nadużywać stosowania zasady oportunistu. Przyjmując, że pokrzywdzony lub zawiadamiający powinien posiadać wystarczającą wiedzę w zakresie swoich uprawnień może zdarzyć się przedwczesne zakończenie postępowania (np. odmowy jego wszczęcia). Oczekiwanie na ustosunkowanie się do decyzji procesowej może wynikać z oczekiwania organu na brak zażalenia się zawiadamiającego, a tym samym zakończenie postępowania, pomimo niewyczerpania możliwości jego pozytywnego przebiegu (co jest oczywiście praktyką naganną).

Wszczęcie procedury karnej w oparciu o informację uzyskaną ze źródeł otwartych rodzi pewne wątpliwości natury materialnej. Ponadto często występują trudności z dotarciem do źródła osobowego, co dałoby możliwość przyjęcia uwiarygodnionego, protokolarnego zawiadomienia o przestępstwie, a tym samym uzyskać podstawę do wszczęcia właściwego postępowania. Tego rodzaju przeszkody formalne stanowią dla organów ścigania znaczne utrudnienie w realizacji czynności służbowych. Dlatego właśnie może dochodzić do sytuacji, że informacje jawno-źródłowe będą pomijane lub marginalizowane. Niedocenianie potencjału informacyjnego tkwiącego w otwartych źródłach, a także brak umiejętności postępowania z tego rodzaju informacjami, powoduje, że są one przez organy ścigania rzadko wykorzystywane w czynnościach

okołoprocesowych. Popularyzacja białego wywiadu wraz z jego możliwościami weryfikacji informacji, ich analizy oraz wnioskowania, a także jasne reguły postępowania w ramach czynności dochodzeniowo-śledczych i operacyjno-rozpoznawczych, mogłyby sprawić, że metoda zostałaby doceniona przez służby policyjne i specjalne. Aby tak się jednak stało, konieczne wydaje się ujednolicenie zasad postępowania z informacją jawno-źródłową w procesie karnym i innych czynnościach im towarzyszących, co niewątpliwie wymaga szerszych zmian natury legislacyjnej i kultury pracy.

Abstract

Open-Source Intelligence Information Obtained by the Police and its Use in the Investigation and Intelligence

The paper presents the considerations about the police use of information obtained from open sources. Thoughts are based on studies on police intelligence and investigation, also on the literature in this field as well on the authors professional experience. The article describes the method of open-source intelligence and points to the possibility of using overtly-source information in the prevention, detection and combating of crime. The reference to the principles of legality and opportunism is intended to explain legal and practical aspects of the handling of the information obtained from open sources.

Źródła

Akty prawne

Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 1997 Nr 89 poz. 555 z późn. zm.

Ustawa z 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze, Dz.U. z 1994 r. Nr 19 poz. 70 z późn. zm.

Ustawa z 6 lipca 2001 r. o gromadzeniu, przetwarzaniu i przekazywaniu informacji kryminalnych, Dz.U. z 2006 Nr 216 poz. 1585.

Wytyczne nr 1/09 Dyrektora Biura Wywiadu Kryminalnego KGP z 29 lipca 2009 r. w sprawie szczegółowego sposobu wykonywania przez funkcjonariuszy i pracowników jednostek oraz komórek organizacyjnych Policji, czynności służbowych związanych z przetwarzaniem informacji w Systemie Informacji Operacyjnych.

Wytyczne nr 3 Komendanta Głównego Policji z 15 lutego 2012 r. w sprawie wykonywania czynności dochodzeniowo-śledczych przez policjantów.

Postanowienie 7 sędziów SN z 18 stycznia 2005 r., sygn. WK 22/04.

Literatura

Analiza informacji w służbach policyjnych i specjalnych, red. J. Konieczny, C.H. Beck, Warszawa 2012.

Artyniak G., Rogalski M., Sobolewski Z., *Proces karny – część szczególna*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2007.

Biczysko S., Nowicki H., *Praca operacyjna służby kryminalnej MO*, Departament Szkolenia i Doskonalenia Zawodowego MSW, Warszawa 1976.

Chlebowicz P., *Kilka uwag dotyczących pojęcia wywiadu kryminalnego*, „Przegląd Policyjny” 2012, nr 1.

Dudka K., *Anonim a wszczęcie postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 4.

Hołyst B., *Kryminalistyka*, PWN, Warszawa 2004.

Prawo karne procesowe – część ogólna, red. J. Grajewski, C.H. Beck, Warszawa 2011.

Schaff L., *O niektórych problemach dotyczących zakresu postępowania przygotowawczego*, „Nowe Prawo” 1957, nr 12.

Marszał K., *Proces karny*, Volumen, Katowice 1997.

Mądrzejowski W., *„Biały wywiad” w policji*, [w:] W. Filipowski, W. Mądrzejowski, *Biały wywiad. Otwarte źródła informacji – wokół teorii i praktyki*, C.H. Beck, Warszawa 2012.

Młynarczyk Z., *Czynności sprawdzające i odmowa wszczęcia postępowania*, „Prokuratura i Prawo” 1995, nr 5

Prusak F., *Postępowanie przygotowawcze*, Akademia Spraw Wewnętrznych, Warszawa 1979.

Radwaniak K., Wrzosek P. J., *Biały wywiad w policji – pozyskiwanie i analiza informacji ze źródeł otwartych*, [w:] *Analiza informacji w służbach policyjnych i specjalnych...*

Stachowiak S., *Źródła informacji o popełnionym przestępstwie w polskim postępowaniu karnym*, „Prawo i Prokuratura” 2005, nr 2.

Szyprowski B., *Postępowanie sprawdzające w procesie karnym*, „Prawo i Prokuratura” 2007, nr 7–8.

Taracha A., *Czynności operacyjno-rozpoznawcze – aspekty kryminalistyczne i prawno-dowodowe*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2006.

Traczyk B., *Źródła informacji i przestępstwach i przestępcach*, Departament Szkolenia i Doskonalenia Zawodowego MSW, Warszawa 1973.

Waltoś S., *Proces karny – zarys sytemu*, LexisNexis, Warszawa 2008, s. 295.

Mariusz Kusion^{*}, Katarzyna Litwin^{}**

^{*}Uniwersytet Jagielloński, ^{**}Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Internet i podsłuchy, czyli prowokacja artystyczna i dziennikarska przy wykorzystaniu nowoczesnych technologii – wybrane aspekty oceny prawnokarnej

Wprowadzenie

„Taśmy prawdy” i „skandale obyczajowe” to hasła, które od co najmniej kilku lat przewijają się w języku publicznych debat III RP na określenie (lub jako dowód) szczególnie pejoratywnych zjawisk lub wydarzeń. Oba są niejednokrotnie efektem prowokacji dziennikarskiej i artystycznej, które stają się o tyle bardziej kontrowersyjne społecznie i na gruncie prawnej kwalifikacji, o ile bardziej wyszukanych i zaawansowanych technologicznie metod używa się dla ich przeprowadzenia. „Prowokacja” bowiem, to, zgodnie ze słownikiem wyrazów obcych W. Kopalińskiego¹, wyzwanie, umyślna zaczepka, podpuszczanie kogoś dla szkodliwych dla niego lub osób trzecich działań.

Z punktu widzenia prowokacji artystycznej i dziennikarskiej, przy wykorzystaniu nowoczesnych technologii jako okoliczności wyłączającej bezprawność, można wyodrębnić pewne wspólne cechy:

- wykorzystanie (ultra)nowoczesnych technologii do realizacji założonych celów (m.in. telefonii komórkowej, Internetu, zaawansowanego programowania komputerowego, miniaturyzacji urządzeń rejestrujących obraz i dźwięk),
- niejawność intencji danego postępowania (z natury swej prowokacja jest skuteczna, o ile w zamierzonym odgórnie czasie nie zostanie zdemaskowana),
- wysnuwanie uzasadnienia prowokacji z wartości społecznie doniosłych co do zasady, mających odzwierciedlenie w pozytywnej regulacji nor-

¹ Z. Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych*, Warszawa 2000, s. 412.

matywnej, zwłaszcza o charakterze programowym (m.in. jawność życia publicznego, zwalczanie korupcji i patologii społecznych, wolność twórczości artystycznej, wolność słowa),

- naruszenie dóbr prawem chronionych lub przynajmniej cudzego światopoglądu, przekonań politycznych, filozofii życiowej, poczucia estetyki, pojmowania sztuki.

Jak wspomniano, czyny popełnione w ramach prowokacji artystycznej lub dziennikarskiej nie muszą jednak w każdym przypadku prowadzić do naruszenia czyichkolwiek dóbr prawnych, ale mogą np. naruszyć poczucie estetyki osób trzecich, ich światopogląd, przekonania polityczne, filozofię życiową, pojmowanie sztuki – działania te są w obecnym porządku prawnym zachowaniem prawnie irrelevantnym, a zatem prowokacja w tym przypadku nie będzie realizowała znamion żadnego typu czynu zabronionego. Wbrew potocznemu rozumieniu, prowokacja nie jest tożsama ze skandalem, gdyż skandal to tylko jeden z możliwych jej efektów. W praktyce omawiane typy prowokacji najczęściej prowadzą do naruszenia następujących dóbr: czci danej osoby, nazwiska, pseudonimu (art. 23 Kodeksu cywilnego²), uczuć religijnych (art. 196 Kodeksu karnego³), zaufania potrzebnego przy zajmowaniu danego stanowiska, wykonywania zawodu lub rodzaju działalności (art. 212 Kodeksu karnego). Już tych kilka wymienionych przepisów wyraźnie ogranicza działalność dziennikarzy i artystów, każdego w swojej dziedzinie, a przecież jedni i drudzy pełnią role korzystne, społecznie doniosłe, rozwijające m.in. wrażliwość, świadomość otaczających realiów, poczucie piękna i sprawiedliwości. Wydaje się zatem zasadne, aby uregulować normatywnie kwestię odpowiedzialności korzystania przez artystów i dziennikarzy ze swoich praw w zakresie dokonywania prowokacji. Zagadnienie to bowiem budzi wiele kontrowersji na gruncie orzecznictwa.

Przyjmując, że prowokacja artystyczna i dziennikarska są, przynajmniej w pewnych sytuacjach, okolicznościami wyłączającymi bezprawność czynu zabronionego, należy założyć, że są to działania podjęte na szkodę danej osoby (osób) lub osoby (osób) trzeciej (trzecich) i jednocześnie dla dobra innej osoby, osób trzecich lub (w szczególności) ogółu społeczeństwa.

Prowokacja dziennikarska

Prowokacja dziennikarska jest działaniem podjętym przez zawodowego dziennikarza w celu pozyskania informacji uprzednio nieupublicznionych i istot-

² Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 Nr 16 poz. 93), zwana dalej KC.

³ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. Nr 88 poz. 553 z późn. zm.) zwana dalej KK.

nych ze względu na założony przez dziennikarza temat przekazu medialnego (artykułu, audycji, reportażu TV itp.). Specyficznym gatunkiem dziennikarstwa, które z istoty swej odwołuje się do metod prowokacji dziennikarskiej, jest dziennikarstwo śledcze.

Dziennikarstwo śledcze, czyli inaczej mówiąc żurnalistyka interwencyjna, zdecydowanie różni się od pozostałych rodzajów dziennikarstwa (m.in. *stricte* informującego czy rozrywkowego). Pojęcia „dziennikarstwa śledczego” nie definiuje żaden akt prawa krajowego, toteż nie posiada ono legalnej definicji. Środowiska mediów, próbując wykreować stosowną definicję, tworzą termin *quasi*-prawniczy, należący *de facto* do języka dziennikarskiego. Jedna z nich mówi, że „dziennikarstwem śledczym jest ujawnianie tego, co ma być skrywane”⁴. Leonard Sellers mówi o żurnalistyce interwencyjnej w sposób następujący: „Jest to takie dziennikarstwo, które sięga po informację świadomie ukrytą ponieważ narusza ona prawo lub zasady etyki”⁵. Monika Worsowicz natomiast przytacza definicję tekstu śledczego, który klasyfikuje go jako

*Publikację prasową o znacznej objętości, często o skomplikowanej strukturze, niejednorodnej pod względem gatunkowym; poświęconej ujawnieniu faktów mających istotny wpływ na życie publiczne, porządek społeczny, polityczny lub prawny; która jest efektem zazwyczaj długotrwałego, niejawnego ustalania przez dziennikarzy przebiegu zdarzeń (śledztwa) prowadzącego do publicznej kompromitacji osób, których szkodliwe działania zostały opisane w tekście; inicjuje publiczną dyskusję na dany temat oraz zapoczątkowuje lub – częściej – intensyfikuje działania organów ścigania w określonej sprawie*⁶.

Dziennikarstwo śledcze nastawione jest zatem na demaskowanie. Reporterzy śledczy prowadzą działania („dochodzenia”) w środowisku polityki i biznesu, służb specjalnych i policji, a nierzadko i informatorów ze środowiska przestępczego. Dziennikarstwo śledcze ma na celu przede wszystkim obronę interesów obywateli, osób zmarginalizowanych, którzy nie dysponują narzędziami obrony swych praw. Ponadto dziennikarstwo śledcze powinno uświadamiać społeczeństwu istnienie określonych negatywnych zjawisk społecznych (zwłaszcza nieprawidłowości w mechanizmach życia publicznego); pomoc w wykrywaniu przestępstw bądź ich samodzielne wykrywanie (zwłaszcza w sytuacji, gdy sprawa nie znajduje się w obszarze zainteresowania

⁴ A. Wilińska, *Dziennikarstwo śledcze – wybrana problematyka*, www.edukacjaprawnicza.pl/index.php?mod=m_aktualnosci&cid=69&cid=735&p=1 [01.06.2011].

⁵ *Dziennikarstwo śledcze. Teoria i praktyka w Polsce, Europie i Stanach Zjednoczonych*, red. M. Palczewski, M. Worsowicz, Łódź 2006, s. 6.

⁶ M. Worsowicz, *Pragmatyka tekstów śledczych. Wybrane zagadnienia*, [w:] *ibidem*, s. 123–124.

organów ścigania, np. z uwagi na niewykrycie sprawcy lub brak dowodów). Dziennikarz śledczy przy swojej pracy wykorzystuje: wywiad, reportaż uczestniczący, analityczne badanie dokumentów, obserwację, listy od czytelników, poufne wiadomości od informatorów oraz techniki zbliżone do stosowanych przez instytucje o uprawnieniach śledczych, tj. np. prowokacje przy użyciu podsłuchów, ukrytych kamer, łapówek kontrolowanych czy *hackingu* (dla przełamania zabezpieczeń w systemach informatycznych) itp.

Zasadne jest stwierdzenie, że wykorzystywanie wyżej wymienionych metod przez osoby spoza instytucji właściwych dla wykrywania przestępstw lub – szerzej rzecz ujmując – dla zapewnienia bezpieczeństwa powszechnego i porządku publicznego, zawiera immanentne niebezpieczeństwo dla tychże dóbr, które realizuje się poprzez naruszenie norm prawa karnego, cywilnego, administracyjnego i prasowego. Warto jednak zwrócić uwagę, że stosowanie tak wyszukanych i ryzykownych metod, które narażają osoby je stosujące na odpowiedzialność prawną lub „śmierć zawodową”, dowodzi znacznej odwagi i najwyższej staranności zawodowej dziennikarza w realizacji zadań tzw. wolnej prasy w demokratycznym państwie prawa.

Jak wspomniano, dziennikarze, zwłaszcza śledczy, zbierający materiały prasowe, nierzadko balansują na granicy przepisów prawa, ingerując swoimi działaniami w kompetencje organów państwa, narażając się jednocześnie na odpowiedzialność administracyjną, prawnoprasową (za rozpowszechnianie materiału prasowego powstałego w sprzeczności z ustawą Prawo prasowe⁷), a także dyscyplinarną za czyny naruszające postanowienia zawarte w swojej podstawie zatrudnienia⁸. Granice tzw. śledztwa dziennikarskiego („dochodzenia”) są wyznaczone przede wszystkim przez normy prawa cywilnego⁹ oraz normy prawnokarne, będące przedmiotem niniejszego opracowania.

W kontekście pojęcia prowokacji jako okoliczności wyłączającej bezprawność czynu zabronionego, należy wyodrębnić w szczególności następujące przestępstwa, przewidziane w KK naruszenie miru domowego (art. 193), zniesławienie (art. 212 § 1), zniesławienie typu kwalifikowanego, tj. przy użyciu środków masowego komunikowania (art. 212 § 2), znieważenie (art. 216 § 1), znieważenie typu kwalifikowanego, tj. dokonane za pomocą środków masowego komunikowania (art. 216 § 2), łapownictwo czynne (art. 229 § 1), fałszywe zeznanie (art. 233 § 1), fałszywe oskarżenie innej osoby o popełnienie czynu zabronionego (art. 234), podstępne zabiegi dokonywane

⁷ *Vide* obowiązki dziennikarza, zwłaszcza wynikające z art. 10–17 ustawy z 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe (Dz.U. z 1984 r. Nr 5 poz. 2 z późn. zm.).

⁸ Dziennikarze w Polsce mogą wykonywać swoją pracę na podstawie umowy o pracę oraz umów cywilnoprawnych, umów o wolontariat, tzw. kontraktów menedżerskich i innych.

⁹ Zwłaszcza w zakresie ochrony dóbr osobistych (art. 23 i 24 KC).

w celu oskarżenia osoby o popełnienie czynu zabronionego (art. 235), fałszywe zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa (art. 238), publiczne rozpowszechnianie wiadomości z postępowania przygotowawczego lub zamkniętej rozprawy (art. 241 § 1), wykorzystywanie informacji stanowiącej tajemnicę państwową (art. 265 § 1), nielegalne uzyskiwanie informacji (art. 267 § 1), materialne fałszerstwo dokumentu (art. 270 § 1), wyłudzenie poświadczenia nieprawdy (art. 272).

Jeśli przyjąć *in abstracto*, że prowokacja dziennikarska wyłącza bezprawność wyżej wymienionych czynów, to problematyczna staje się kwestia podmiotu czynu zabronionego w sytuacji, kiedy okoliczność ta rozciąga się na zachowania osób nieposiadających statusu prawnego dziennikarza, lecz działających wspólnie i w porozumieniu z nim. Analogicznie rzecz ma się z twórcami sztuki i prowokacji artystycznej oraz osobami, które w ramach działalności twórczej z nimi współpracują (doradcy, pomocnicy, modele, tzw. muzy). Zagadnienie to należy więc rozpatrywać w kontekście konkretnych okoliczności towarzyszących danemu przypadkowi. Odpowiedzialność sprawcy bezpośredniego nie jest bowiem *ex lege* wyłączona przez brak bezprawności ze strony podżegacza, sprawcy polecającego lub kierowniczego. Wystarczy wskazać na możebną opcję ekscesu sprawcy bezpośredniego. Ponadto zgodnie z zasadą nieakcesoryjności odpowiedzialności z art. 20 KK, każdy ze współdziałających w popełnieniu czynu zabronionego odpowiada w granicach swojej umyślności lub nieumyślności niezależnie od odpowiedzialności pozostałych współdziałających.

Bezsporny jest fakt, że w demokratycznym państwie prawa dziennikarze oraz artyści są obowiązani przestrzegać prawa powszechnie obowiązującego tak samo, jak każdy obywatel RP – w doktrynie oraz orzecznictwie pojawia się jednak wiele kwestii spornych, które bezpośrednio odnoszą się do dziennikarstwa śledczego. Między innymi problematyczne są relacje żurnalistyki interwencyjnej z normami prowadzenia śledztwa i dochodzenia, wynikającymi z Kodeksu postępowania karnego¹⁰ oraz konsekwencji prawno-dowodowych, które „dziennikarskie gromadzenie dowodów” implikuje na gruncie KPK. Ponadto dyskusyjna jest kwestia dopełnienia przez dziennikarzy prawnego obowiązku zawiadomienia o przestępstwie (art. 304 § 1 KPK), podczas gdy „nie jest to wskazane” z perspektywy dziennikarza, a z uwagi na zebrany przez niego w niewystarczającym stopniu materiał dowodowy. Jednocześnie warto zauważyć, że rozpowszechnianie niezgodnych z rzeczywistością efektów „śledztw dziennikarskich” stanowi zagrożenie dla prawidłowego uzyskania,

¹⁰ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1997 r. Nr 89 poz. 555 z późn. zm.) zwana dalej KPK.

zabezpieczenia dowodów, narażonych na zatarcie, zniekształcenie lub zniszczenie oraz jest formą przedsądu osób wskazanych w materiale dziennikarskim, co z kolei jest sprzeczne z konstytucyjną zasadą domniemania niewinności.

Również analiza orzecznictwa sądów oraz literatury prawniczej uwidacznia, że śledztwa medialne podlegają różnorodnej ocenie – bierze się pod uwagę przepisy dotyczące stanu wyższej konieczności, albo zwraca uwagę na niską szkodliwość społeczną¹¹, a innym razem traktuje się je jako przestępstwa¹². Identycznie rzecz ma się w przypadku prowokacji artystycznych.

W celu zwolnienia się od odpowiedzialności karnej, osoby ze środowiska mediów, w tym dziennikarze, powołują się najczęściej na: Konstytucję RP¹³ oraz na art. 1 prawa prasowego¹⁴. Natomiast *stricte* w kontekście art. 213. § 2 KK osoby te uzasadniają swoje inkryminowane działania, które wyczerpują znamiona zniesławienia, obroną społecznie uzasadnionego interesu. Niektórzy z nich powołują się również na stan wyższej konieczności, w którym zachodzi poświęcenie jakiegoś dobra (np. prawa do prywatności zwłaszcza poprzez zastosowanie wobec kogoś podsłuchu) dla realizacji innego dobra, np. prawa do informacji¹⁵ itp., mimo, że zgodnie z przepisem art. 26 KK, stan wyższej konieczności powoduje wyłączenie przestępności czynu, gdy osoba poświęca dobro o niższej wartości w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa, grożącego innemu dobru o wartości wyższej, chronionemu przez prawo, a niebezpieczeństwa tego nie można było inaczej uniknąć. Ocena czy stan wyższej konieczności nastąpił w danym przypadku prowokacji, zależy od oceny proporcji dóbr: poświęcanego i ratowanego. Zatem każdy indywi-

¹¹ Spośród przesłanek oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu, określonych w art. 115 § 2 KK, o niskim stopniu społecznej szkodliwości w przypadku prowokacji dziennikarskiej oraz artystycznej, w szczególności mogą przemawiać: rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody (czyzny popełnione w ramach prowokacji artystycznej lub dziennikarskiej nie muszą zawsze apriorycznie naruszać czyichkolwiek dóbr prawnych, a jeśli już, to powinny być podjęte dla dobra innej osoby, osób trzecich lub w szczególności ogółu społeczeństwa), sposób i okoliczności popełnienia czynu (wykorzystanie nowoczesnych środków, dobrowolne podjęcie ryzyka poniesienia odpowiedzialności prawnej), motywacja sprawcy (zapewnienie jawności życia publicznego, kontrola i krytyka społeczna, przyczynek do publicznej dyskusji itd.).

¹² A. Wilińska, *op. cit.*

¹³ Złaszcza art. 54 („1. Każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji. 2. Cenzura prewencyjna środków społecznego przekazu oraz koncesjonowanie prasy są zakazane. Ustawa może wprowadzić obowiązek uprzedniego uzyskania koncesji na prowadzenie stacji radiowej lub telewizyjnej”).

¹⁴ Art. 1 Ustawy Prawo prasowe: „Prasa, korzysta z wolności wypowiedzi i urzeczywistnia prawo obywateli do ich rzetelnego informowania, jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej”.

¹⁵ M. Zaremba, *Ogólne zasady odpowiedzialności dziennikarzy za naruszenia prawa popełnione na etapie gromadzenia informacji* [w:] *Dziennikarstwo śledcze...*, s. 91.

dualno-konkretny przypadek powinien być rozpatrywany *ad casu* w oparciu o obiektywne, zdroworozsądkowe kryteria uznane w społeczeństwie. Należy zwrócić uwagę, że „wystąpienie stanu wyższej konieczności, w rozumieniu art. 26 § 1 i 2 KK, nie musi oznaczać zwolnienia sprawcy od wszelkiej odpowiedzialności karnej”¹⁶, tzn. osoba może odpowiadać za spowodowanie bezpośredniego niebezpieczeństwa i za nieumyślne zniszczenie poświęconego dobra, o ile jej zachowanie wyczerpie przedmiotowe i podmiotowe znamiona czynu zabronionego.

Kolejny problem stanowi subsydiarność stanu wyższej konieczności. Powoływać się można bowiem na nią, gdy „niebezpieczeństwa nie można było inaczej uniknąć”, przez co należy rozumieć, że ujemnych następstw niebezpieczeństwa nie dało się inaczej uniknąć, jak tylko przez poświęcenie dobra chronionego prawem. Wobec powyższego sporne jest pytanie, czy publikacja i śledztwo dziennikarskie może odpowiadać powyższym przesłankom. Należy również wziąć pod uwagę, że „z przekroczeniem granic stanu wyższej konieczności mamy do czynienia wtedy, kiedy działania zmierzające do ratowania dobra zostały podjęte, gdy niebezpieczeństwo nie było jeszcze bezpośrednio”¹⁷, przy czym warto zauważyć, że bardzo często zdarza się, iż śledztwo rozpoczynane jest wtedy, gdy podjęte już zostały pewne działania. Pojawia się zatem pytanie, jak w tym momencie oceniać sytuację, gdy działania zostały podjęte, lecz postępowanie wykazało, że nie były one niezbędne¹⁸. W kontekście chociażby subsydiarności stanu wyższej konieczności jeszcze bardziej dyskusyjna jest kwalifikacja prawna... prowokacji artystycznej.

Prowokacja artystyczna

Prowokacja artystyczna jest zachowaniem twórcy (artysty), które może służyć m.in. autotelicznej ekspresji twórczej, protestowi przeciwko określonemu stanowi rzeczy lub (cynicznej) autopromocji osoby twórcy. Niezależnie od przyjętego celu, prowokacja artystyczna intencjonalnie posługuje się instrumentami kontrowersyjnymi w odbiorze społecznym lub na gruncie kwalifikacji prawnej, gdyż z zasady przekracza uznawane przez przeważającą większość danego społeczeństwa granice etyki i estetyki. Sporne jest zatem, czy prowokacja artystyczna, niezależnie od swojego celu zawsze wyłącza bezprawność danego czynu.

¹⁶ K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 Kodeksu karnego*, Kraków 2000, s. 234.

¹⁷ *Ibidem*, s. 234.

¹⁸ A. Wilińska, *op. cit.*

Jak pokazuje historia, w tym ta najnowsza, prowokacja artystyczna może realizować szeroką gamę typów czynów zabronionych. Np. George Grosz rysując ukrzyżowanego Chrystusa w masce gazowej (*Ecce Homo*, 1923), rzucił wyzwanie niemieckiemu militaryzmowi, a następnie stanął przed sądem oskarżony o bluźnierstwo. W 2010 r., po siedmiu latach batalii sądowych, uniewinnieniem zakończył się głośny proces o obrazę uczuć religijnych przeciwko Dorocie Nieznalskiej, która wystawiła w gdańskiej galerii swoją instalację (2002), składającą się m.in. ze zdjęć męskich genitaliów wpasowanych w grecki krzyż. Przykład ten wciąż jest przytaczany w dyskusjach na temat granic krytyki twórczości artysty oraz jego roli w społeczeństwie.

Współczesność, nazwijmy ją postmodernistyczną, nieco skomplikowała znaczenie prowokacji nowoczesnego artysty. Prowokacja jako narzędzie budzenia świadomości i widzenia została zagrożona przez dwa czynniki: komercjalizację oraz artystyczny permissywizm społeczeństwa późnego kapitalizmu. Kreatorzy kampanii marketingowych przejęli od awangardy strategię prowokacji, aby nadać sprzedawanym produktom większą atrakcyjność, a co za tym idzie, wyprzeć z rynku konkurencję¹⁹.

Ważną cechą sztuki jest natomiast poszukiwanie i sięganie przez twórców po coraz nowsze formy wypowiedzi i jej narzędzia. W kontekście wykorzystania nowoczesnych technologii dla prowokacji artystycznej można wyróżnić dwie jej postacie.

Po pierwsze artyści mogą tworzyć utwory o treści prowokacyjnej, a ustalonej w dowolnej postaci (film, książka, teledysk itd.) i następnie rozpowszechniać je za pośrednictwem nowoczesnych technologii m.in. Internetu²⁰, w tym legalnie istniejących portali (np. wirtualne galerie, blogi, pozornie amatorskie filmiki na YouTube lub antysemitkie teledyski, które nie miałyby szansy na emisję w żadnej z publicznych telewizji).

Drugi rodzaj, będący przedmiotem dalszych rozważań niniejszego opracowania, to sytuacja, w której artysta posługuje się nowoczesnymi środkami technologicznymi w ramach samego aktu stworzenia prowokacji, która niekoniecznie musi posiadać materialny substrat w postaci ustalonego utworu w rozumieniu prawa autorskiego²¹. Oryginalnym przykładem tak pojętej prowokacji artystycznej jest promowanie przez Internet akcji, polegającej

¹⁹ P. Piotrowski, *Prowokuję więc jestem*, „Wprost” 2003, nr 36.

²⁰ W listopadzie 2010 r. Krzysztof Kuszeja umieścił w sieci obrazy przedstawiające m.in. drastyczne sceny molestowania dzieci przez księży (postępowanie z 202 § 4b KK: „Produkowanie, rozpowszechnianie, posiadanie treści porno, przedstawiających wizerunek małoletniego w trakcie czynności seksualnej”).

²¹ Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych z 4 lutego 1994 r. (Dz.U. z 1994 r. Nr 24 poz. 83 z późn. zm.).

na proklamowaniu fikcyjnego państwa. Wyjątkowym państwem bez granic i otwartym dla wszystkich jest NSK²², jeden z projektów kolektywu artystyczno-politycznego Neue Slovenische Kunst założonego w 1984 r. w Słowenii. Projekty NSK wzbudzały kontrowersje, głównie przez wykorzystanie w sztuce symboli religijnych czy kojarzonych z totalitaryzmem. Natomiast w 2009 r. w Bydgoszczy przerwano prace młodego reżysera Jakuba Jaworskiego nad musicaliem, w którym widzowie mieli SMS-owo zdecydować, czy należy ukrzyżować Jezusa²³. Innymi przykładami tak pojętej prowokacji artystycznej jest pozycjonowanie stron internetowych, aby przy każdym wpisaniu w przeglądarce słowa powszechnie uznanego za obraźliwe, pojawiły się wśród wyników nazwiska pewnych osób znanych z życia publicznego. Artyści sięgają także do szerokiego i dynamicznie rozwijającego się instrumentarium marketingu internetowego, tworząc kontrowersyjne fora dyskusyjne niejawnie nasycone treściami tylko przez jedną osobę, bądź też fora otwarte dla internautów do wstawiania swoich komentarzy na kontrowersyjne tematy. Ogromne możliwości otwiera też blogosfera, spam, modne portale społecznościowe²⁴ (wykorzystane np. dla promowania określonych treści) oraz istniejące już legalnie domeny (np. kontrowersyjne grupy dyskusyjne na Facebooku). Znaną nieomal od początków kina formą prowokacji jest prowokacja uczestnicząca, podczas której artysta bierze udział w jakiejś nietypowej czynności i angażuje w nią przygodnie spotkane osoby, a całość utrwalana jest np. ukrytą kamerą lub podsłuchem. Oczywiście z punktu widzenia społecznej szkodliwości trudno porównywać program „Uśmiechnij się, jesteś w ukrytej kamerze”

²² www.nskstate.com [01.06.2011].

²³ E. Stołowska, *Prowokacja i skandal w sztuce*, www.mmbydgoszcz.pl/299048/2009/6/27/prowokacja-i-skandal-w-sztuce?category=news [01.06.2011].

²⁴ Paolo Cirio, autor wideoinstalacji i artysta medialny wraz z Alessandro Ludovico, krytykiem oraz wydawcą magazynu artystycznego „Neural”, użyli skomplikowanego programu typu bot, przeznaczonego do kradzieży tożsamości i przy jego pomocy przez kilka miesięcy ściągali informacje z serwisu Facebook. Jak sami stwierdzili, ograniczyli się wyłącznie do danych osobowych i informacji dostępnych jako publiczne, nie włamywali się na konta prywatne użytkowników. Korzystając ze ściągniętej bazy profili użytkowników Facebooka, zawierających poza tożsamościami, także informacje osobiste, zbudowali fałszywą stronę randkową, zawierającą 250 tys. profili kobiet i mężczyzn z całego świata z prawdziwymi danymi osobowymi i fotografiami użytymi bez zgody zainteresowanych. Strona o nazwie Lovely Faces była dostępna publicznie jako bezpłatna, a samych „ogłaszających się” pogrupowano według sześciu kategorii, znanych z innych serwisów randkowych jako m.in. „szukający okazji”, „nieдоступny”, „figlar-na”, „zabawny” i „dominujący”. Dwaj włoscy artyści stworzyli fałszywą stronę randkową, aby „unaocznic niebezpieczeństwo publikowania danych osobowych w Internecie”. Prowokacja artystyczna może ich jednak drogo kosztować. Jak poinformował „Computerworld” rzecznik Facebooka Barry Schnitt, firma rozważa ściganie Włochów za kradzież tożsamości użytkowników, a użytkownicy zgłosili serwisowi społecznościowemu kradzież danych osobowych. PAP, *Prowokacja. Fałszywe portale randkowe*, www.luxclub.pl/kat,1016267,wid,13135035,wiadomosc.html, [01.06.2011].

z sytuacją, w której autor prowokacji utrwala dane treści, a następnie wykorzystuje je w filmie wyświetlanym bez zgody osób w nim się pojawiających²⁵.

Zjawiskiem pozostającym na styku prowokacji artystycznej i dziennikarskiej jest stosowanie przez prasę tradycyjną kontrowersyjnych okładek – jako przykuwającej uwagę ilustracji tematu w mniejszym lub większym stopniu poruszonego w danym numerze²⁶.

²⁵ Na temat niedoskonałości człowieka w 1997 r. artystycznie wypowiedziała się też Katarzyna Kozyra z ukrycia filmując kobiety w łaźni w Budapeszcie. Udowodniła, że nagość jest idealizowana, a tej prawdziwej nagości – niedoskonałej, codziennej i nieestetycznej, ludzie nie widują i nie chcą widywać. Trzy lata później Kozyra powtórzyła obserwacje w łaźni męskiej – praca ta zdobyła nagrodę na Biennale w Wenecji i jest jednym z większych sukcesów współczesnej polskiej sztuki za granicą. Jeszcze dalej w eksperymencie na samej sobie oraz w manipulacji otoczeniem posunęła się Zuzanna Janin, która w 2003 r. „zaznała” własnego nieistnienia, przygotowując skandalizujący projekt „Widziałam własną śmierć”. Artystka upozorowała swój zgon i w przebraniu sfilowała swój pogrzeb. Sekret zdradziła tylko najbliższym i współpracownikom, innych nie ochroniła przed negatywnymi emocjami, z premedytacją wmanewrowując ich w swoje dzieło. Opracowała artystyczną analizę funkcjonowania śmierci we współczesnej kulturze europejskiej, zrażając do siebie wielu odbiorców. E. Stołowska, *Prowokacja i skandal w sztuce*, www.mmybdgoszcz.pl/299048/2009/6/27/prowokacja-i-skandal-w-sztuce?category=news. [01.06.2011].

²⁶ Doniesienie do prokuratury w sprawie popełnienia przez tygodnik „Angora” przestępstwa złożyło pod koniec kwietnia 2011 r. Stowarzyszenie przeciw Antysemityzmowi i Ksenofobii „Otwarta Rzeczpospolita”. Jego członkowie uznali za antysemitkę i faszystowską okładkę pisma z 10 kwietnia. Zamieszczono na niej fotomontaż przedstawiający Żydów stojących przed Pałacem Kultury i Nauki. Nad głową jednego z nich widnieje zdanie: „Synu, to wszystko kiedyś będzie twoje”, a w dużym tytule u góry strony pytanie: „Co jeszcze mamy oddać Żydom?”. „Rzecznik łódzkiej prokuratury okręgowej Krzysztof Kopania, poinformował [...], że śledztwo nie zostanie rozpoczęte. Podczas prowadzenia czynności sprawdzających okazało się bowiem, że fotomontaż odnosił się do zamieszczonego w piśmie artykułu dotyczącego m.in. amerykańskich środowisk żydowskich domagających się zwrotu mienia utraconego przez Żydów. – Redaktor naczelny stwierdził, że ze względu na drażliwość tematyki, te zagadnienia są przedmiotem debaty w Polsce i za granicą. Przedruk i skomentowanie go okładką nie było wyrazem antysemityzmu, ani nie miało na celu nawoływanie kogokolwiek do nienawiści na tle narodowościowym [...]. Naczelny «Angory» uważa, że okładka mieści się w granicach swobody wypowiedzi, jaką daje Konstytucja RP, prawo prasowe i art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka”. Za: www.polskieradio.pl/5/3/Artykul/374082,Lodz-Nie-bedzie-procesu-za-kontrowersyjna-okladke-%E2%80%9ETygodnika-Angora%E2%80%9D [01.06.2011].
Wcześniej, bo w 2006 r., obraz Matki Boskiej Jasnogórskiej pojawił się jako element okładki zerowego numeru miesięcznika „Machina”, reaktywowanego po czteroletniej nieobecności. Na obrazie, autorstwa Piotra Leśniaka, Matka Boska miała twarz piosenkarki Madonny, z blizną na policzku, dokładnie taką samą, jak na oryginale. Dzieciątko natomiast miało być wizerunkiem jej córki Lourdes. Rzecznik klasztoru Paulinów na Jasnej Górze o. Stanisław Tomoń stwierdził: „Jesteśmy wstrząśnięci tym, że znów używa się Cudownego Obrazu Matki Bożej z Jasnej Góry do profanacyjnych przekształceń plastycznych i komercyjnych celów reklamowych. W odniesieniu do polskiego patriotyzmu znak Ikony Jasnogórskiej zachowuje swoją szczególną rangę. Od ponad 6 wieków służy on do identyfikacji kultu Najświętszej Maryi Panny jako Królowej Polski. W dziejach naszego narodu i polskiej tradycji kulturowej znak Ikony Jasnogórskiej pełnił w czasie rozbiorów nawet rolę godła narodowego”. „Gdybyśmy spodziewali się zarzutu o obrażanie uczuć religijnych, nie dalibyśmy takiej okładki – zapewnia Piotr Metz. – My tylko chcieliśmy pokazać, jaka jest Madonna. Najbardziej przecież znamy

Wydaje się, że czyn o wyłączonej bezprawności zakwalifikowany jako prowokacja artystyczna, powinien się cechować: celem – przynajmniej w dominującej postaci o charakterze ekspresji twórczej oraz posłużeniem się lub odwołaniem się do praw gatunku twórczości. Do znamion dodatkowych należą: cechy podmiotu czynu zabronionego, tzn. twórca prowokacji artystycznej, który powinien być co do zasady profesjonalistą w swojej dziedzinie, lecz nie musi to implikować formalnego wykształcenia, a nadto należy rozważyć okoliczności miejsca, sposobu i czasu uzewnętrznienia prowokacji oraz jej zdemaskowania.

Podczas oceny określonego zachowania jako *in concreto* prowokację o charakterze artystycznym należy zatem odwołać się do analizy niżej wymienionych przesłanek.

Cel prowokacji

Cel prowokacji jest zasadniczą przesłanką dla dokonania oceny działań jako prowokacji artystycznej. Przede wszystkim należy rozważyć, czy intencją prowokatora była ekspresja twórcza, choć szczególnie wyrazista z uwagi na dobór form(y) wyrazu. Prowokacyjna ekspresja twórcza może mieć bowiem charakter czysto autoteliczny, wpisując się w tradycję artystyczną pod szyldem „sztuka dla sztuki”. Prowokacyjna ekspresja może być przeprowadzona również dla celów autopromocji twórcy, aby wyróżnić go z grona innych artystów. Prowokacja może komentować aktualną sytuację, stanowiąc, intencjonalny bądź nie, przyczynek do publicznej dyskusji na określony temat również w ramach zinstytucjonalizowanej kampanii społecznej²⁷. Wreszcie celem prowokacji może być czysty marketing, tj. woła reklamy i sprzedaży danego

ją z tego, że w swojej twórczości łamie wszelkie tabu. Nasza okładka wpisuje się zresztą w nurt dzisiejszej popkultury. W tym samym czasie, co zerowy numer «Machiny», ukazał się najnowszy numer znanego, wielkonakładowego pisma «Rolling Stone» z hiphopowym muzykiem Kanye Westem, przedstawionym na okładce jako Chrystus. Tak zresztą w popkulturze jest od lat. Przypominam sobie, jak w 1966 r. omal nie doszło do odwołania trasy koncertowej The Beatles, ponieważ John Lennon podczas konferencji prasowej stwierdził, że zespół jest popularniejszy od Jezusa. W latach 90. ubiegłego wieku głośno było o okładce tygodnika «Wprost» z Matką Boską Częstochowską na okładce. Okładka ilustrowała tekst o zatruciu środowiska, a Matka Boża i Jezus mieli na twarzach maski gazowe. Do prokuratury trafiło doniesienie grupy osób, które uznały, że ich uczucia religijne zostały obrażone. – Ostatecznie nikomu nie postawiono zarzutów – informuje prawnik tygodnika Maciej Łuczak. Sprawa z powodztwa cywilnego toczyła się natomiast po tym, jak tygodnik «Poznaniak» – aktualnie już nieistniejący – pokazał na okładce Matkę Boską Częstochowską z przypiętym do szaty wizerunkiem Marka Jurka». Za: D. Steinhagen, *Jasna Góra: protest przeciwko okładce „Machiny”*, www.wiadomosci.gazeta.pl/kraj/1,34309,3152590.html, [01.06.2011].

²⁷ Vide plakaty z kampanii w 2009 r. organizacji PETA broniącej praw zwierząt, www.peta.org, [01.06.2011].

towaru²⁸. Zdaniem M. Poprzęckiej, potrzeba prowokowania w sztuce nie jest jednak odwieczna. Pojawiła się późno. Budowniczy katedr nie prowokowali. Prowokacja nie istniała w ich świadomości. W momencie, kiedy sztuka stała się towarem i zaczęła funkcjonować w realiach handlowych, pojawiła się konieczność sięgania po inne środki. Prowokacja to zatem również owoc urynkowania sztuki²⁹.

Wyżej opisane cele mogą się krzyżować, np. gdy artysta posługuje się w celu prowokacji metodami wyrazu charakterystycznymi dla reklamy³⁰. I w odwrotną stronę: specjaliści od PR i marketingu nierzadko adaptują strategię prowokacji awangardy artystycznej, aby nadać sprzedawanym produktom większą atrakcyjność, ograniczyć konkurencję i tym samym zarobić. Odnosi się to także do „produktu”, jakim jest w pewnym sensie gazeta czy program telewizyjny. Tego rodzaju sytuacja zachodzi również, gdy twórca, dążąc do uzyskania pozycji w rynku (środowisku) danej dziedziny sztuki, jednocześnie tworzy prowokację stającą się faktorem decydującym o publicznej dyskusji na dany temat. Intencja prowokatora nie zawsze musi doprowadzić do wywołania zamierzonych przez niego skutków, np. kontrowersyjnych reakcji, komentarzy, fali zbulwersowania. Wydaje się, że najbardziej relewantna względem wyłączenia odpowiedzialności karnej byłaby intencja prowokatora, zakładająca (w przeważającej mierze) ekspresję twórczą.

Prawa gatunku twórczości

Zagadnienie to stanowi szczególnie problem, zwłaszcza w kontekście prowokacji. O ile przy rozważaniu, czy dane działanie mieści się w pojęciu sztuki, pomocna jest porównywalność z innymi dziełami znajdującymi się w swobodnym obiegu, o tyle prowokacja z zasady jest innowacyjna, świeża, nowa,

²⁸ W reklamie świetnie „sprzedaje się” zestawienie religijności z seksualnością. Kolekcję *Virginity* („Dziewictwo”) marki House promowały m.in. billboardy z modlącą się dziewczyną i hasłem „Strzeż mnie ojciec”. Do Komisji Etyki przy Radzie Reklamy wpłynęło wówczas kilkaset skarg, reklamy znikły więc z ulic, termin ich zdjęcia pokrywał się jednak z planowanym zakończeniem kampanii reklamowej. Zaledwie kilka dni natomiast wisiały w Warszawie billboardy firmy Benetton, na których widniały bajecznie kolorowe przerzuty w różnych rozmiarach. E. Stołowska, *op. cit.*

²⁹ P. Piotrowski, *op. cit.*

³⁰ W 2003 r. organizatorów wystawy „Uwaga, religia!” w Muzeum Sacharowa w Moskwie objęto śledztwem w sprawie nawoływania do nienawiści religijnej i etnicznej (art. 282 KK Federacji Rosyjskiej). Muzeum zaprezentowało widzom wystawę eksplorującą związki wiary z polityką, rynkiem i kulturą popularną. Największe emocje wzbudziła praca A. Kosołapowa przedstawiająca twarz Chrystusa na czerwonym tle z logo Coca-Coli i napisem „This is my blood”. Na podstawie: J. Dąbrowski, *Wolność wypowiedzi artystycznej*, „Arteon. Magazyn o Sztuce” 2011, nr 31, s. 22.

dyskusyjna – wówczas właśnie istnieje spora szansa, że zrealizuje się jej cel. Przy prowokacji artystycznej niezwykle trudno jest mówić o jakichś ustalonych i utrwalonych prawach gatunku – i to niezależnie od dziedziny sztuki, w ramach której artysta wyraża treści prowokacyjne (malarstwo, taniec, literatura, muzyka itd.). Należy mieć jednak na uwadze, że z biegiem czasu również te innowacyjne prowokacje nierzadko wchodzą do kanonu prawideł danego gatunku sztuki czy charakterystycznej manieri lub stylu danego autora. To, co było prowokacją i wywoływało jeszcze kilka czy kilkadziesiąt lat temu ogromne, sprzeczne emocje, współcześnie często nie jest już niczym niezwykle, np. w ramach budowania wizerunku scenicznego.

Mimo to wydaje się, że nadal najbardziej wrażliwą na prowokację sferą ludzkiej aktywności pozostaje religia i seksualność. Skoro tak, to należy je także wziąć pod uwagę przy kwalifikacji prawnej danego czynu, nie tylko w kontekście praw gatunku twórczości, ale również w celu prowokacji. Odnosnie do praw gatunku twórczości w danej dziedzinie nie sposób nie odwołać się do wiedzy naukowej z zakresu danej dziedziny sztuki. Prawa gatunków tworzone są od tysiącleci w drodze praktyki uznanej przez twórców, opiniotwórcze autorytety, instytucje kultury *sensu largo*. Niewątpliwie prawa gatunku twórczości stale się rozwijają i poszerzają swój zakres za sprawą zdobywczy nowoczesnej techniki. Np. gdy twórca posługuje się podsłuchem, by zarejestrować cudze rozmowy lub pozamuzyczne elementy (dźwięki, szумы, odgłosy), a następnie wykorzystać je jako składnik swojego utworu, np. słowno-muzycznego.

Pytaniem zasadniczym jest, czy (i w jakim stopniu) należy odnosić do oceny prowokacyjności danego zachowania ogólnie akceptowalne w danym społeczeństwie normy (m.in. estetyczne), a w jakim wzorce właściwe dla objętego zamiarem prowokatora kręgu destynariuszy. Przykładowo, zachowania i utwory wyrażające treści tzw. sub- lub kontrkulturowe, które z zasady nie są skierowane do osób spoza pewnego środowiska dzielającego ustalony kanon w postaci takich, a nie innych praw gatunku twórczości. Takie gatunki muzyki i kreacji scenicznej, jak w szczególności hip hop, metal i punk, posługują się z zasady bardzo wyrazistymi, charakterystycznymi i *per se* mocno prowokacyjnymi prawami gatunku twórczości. Należy na marginesie zauważyć, że również taki gatunek, jak pop, nie jest wolny od prowokacyjnych inklinacji, gdyż w zasadzie bazuje na luźnym łączeniu wyznaczników ze wszystkich innych gatunków sztuki.

Osoba twórcy – miejsce, sposób i czas uzewnętrznienia prowokacji oraz jej zdemaskowanie

Z prawami gatunku twórczości bezpośrednio wiąże się kolejna przesłanka w postaci osoby twórcy, miejsca, sposobu i czasu uzewnętrznienia prowokacji oraz jej zdemaskowania. Do przesłanek, które ułatwiają identyfikację dzieła sztuki oraz prowokacji artystycznej należą, oprócz wyżej wymienionych, także upublicznienie danych treści w sposób i w okolicznościach tradycyjnie przyjętych dla danego gatunku sztuki (m.in. legalne przeglądy, festiwale, warsztaty, publikacje, wystawy w galerii). Nie jest oczywiście wykluczone dokonanie prowokacji, która osiąga zamierzony cel przez prezentację pewnych treści w sposób i w okolicznościach uświęconych tradycją. Kilka lat temu w jednym z dużych domów kultury w Krakowie można było zauważyć, zaraz po wejściu do środka, szklane drzwi zaklejone niestetycznie taśmą i czarną plandeką. Kierownik galerii mieszczącej się za owymi drzwiami tłumaczył, że bieżąca wystawa fotografii jest na tyle skandalizująca, że oczywiście mogą ją odwiedzać osoby pełnoletnie, ale wejście pozostanie zasłonięte, aby nikomu nie narzucać treści mogących zostać uznane za pornograficzne. Obecnie za przykład przełamywania tradycyjnych miejsc tworzenia i obioru sztuki służą inscenizacje teatrów ulicznych czy sztuka prezentowana w hipermarketach lub w galeriach handlowych. Analogiczne zachowania można zauważyć w Internecie, gdzie funkcjonują np. wirtualne galerie, a pisarze i poeci publikują autorskie utwory na swoich blogach czy innych stronach www. Szczególny problem prawny pojawia się, gdy np. cały blog lub portal www nasycony jest treściami prowokacyjnymi, lecz intencjonalnie bez nadania im formy określonej prawami gatunku twórczości. Taki „kamufaż” może służyć np. udowodnieniu pewnego założenia, sondowaniu odbioru społecznego, podobnie jak kreowanie w sieci przez znanych twórców ich fikcyjnych *alter ego*. Salvador Dali miewał zwyczaj wręcz przeciwny, zwłaszcza w ostatnich latach życia podpisywał płótna *in blanco* i powierzał np. swoim uczniom, by namalowali na nim obraz. We wskazanych okolicznościach tym bardziej starannie należy się pochylić nad poprzednio wymienionymi przesłankami.

Art. 7 ust. 2 punkt 5 ustawy Prawo prasowe definiuje, kim jest „dziennikarz”, natomiast z uwagi na brak analogicznej regulacji, o wiele większy problem jest z określeniem, czy w danym przypadku ma się do czynienia z twórcą prowokacji artystycznej. Artysta, twórca sztuki powinien być co do zasady profesjonalistą w swojej dziedzinie, lecz nie musi to implikować formalnego wykształcenia, ani też wymogu, by tworzenie sztuki było jego głównym (jedynym) zajęciem. Podobnie jak przy prowokacji dziennikarskiej, wyłączenie odpowiedzialności pomysłodawcy danej prowokacji (jako podlegacza, sprawcy polecającego lub

kierowniczego) nie wyklucza poniesienia odpowiedzialności przez sprawców bezpośrednich lub pomocników. Twórca prowokacji powinien bowiem reprezentować pewien poziom znajomości praw danego gatunku sztuki lub innych środków wyrazu użytych dla uzewnętrznienia prowokacyjnych treści. Każdorazowo należy rozważać, czy ma się do czynienia z prowokacją, z której twórca uczynił już swoją markę, styl, niejako znak rozpoznawczy, i z tego faktu jednocześnie wynika pewna treść. Może bowiem być tak, że twórca (prowokator) posługuje się treściami prowokacyjnymi, kierując się jedynie cyniczną motywacją autopromocji. W tym miejscu należy odwołać się do uwag odnośnie do celu prowokacji. Wszystkie bowiem wymienione powyżej przesłanki wzajemnie na siebie oddziałują i determinują swoje istnienie.

Wnioski

Nie sposób odgórnie założyć, że wolność twórczości artystycznej, w tym prowokacji artystycznej, będzie zawsze stanowiła okoliczność wyłączającą odpowiedzialność prawnokarną. Wydaje się, że niemal każdy, a na pewno znaczna większość ludzi, zgodnie z podświadomym wręcz, zdroworozsądkowym wyczuciem sprawiedliwości, nie dopuściłaby legalności np. pozbawienia życia czy uszczerbku na zdrowiu w ramach aktu tworzenia utworu artystycznego, w tym prowokacji artystycznej. Trudno zatem ustalić granicę legalności tych działań. Artysta jest obowiązany przestrzegać (tak, jak i dziennikarze) norm prawa, nawet jeśli nie posługuje się prowokacją i jeśli dokłada najwyższej staranności w pełnieniu swojej społecznie doniosłej roli. Prawo jest złożonym systemem zasad i wyjątków. Już w art. 31 ust. 3 Konstytucji przewidziano opcję ograniczenia przez prawodawcę wszelkich praw, o ile spełnione będzie *iunctim* trzech przesłanek. To znaczy, zgodnie z przywołanym przepisem ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych praw i wolności, mogą być ustanawiane wyłącznie w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Prawodawca wymienił w Konstytucji szereg praw człowieka i obywatela RP, w tym *expressis verbis* wolność twórczości artystycznej w art. 73, lecz ustanowione normy m.in. KK, realizując wyżej cytowany art. 31, wprowadzają istotne ograniczenia w wykonywaniu tychże uprawnień przez wszystkie jednostki podlegające reżimowi Konstytucji i prawa polskiego, w tym dziennikarzy i artystów. Toteż przy rozważeniu wyłączenia odpowiedzialności karnej za czyny w ramach prowokacji artystycznej, wydaje się, że najbardziej adekwatne jest przyjęcie konstrukcji stanu wyższej koniecz-

ności, z tym, że proporcja dóbr powinna być każdorazowo wyważona w oparciu m.in. o wyżej opisane przesłanki.

Podsumowanie

Nie sposób nie zgodzić się ze stanowiskiem C. Kuleszy, przytoczonym przez M. Kędzierską w artykule *Śledztwo dziennikarskie – wybrane zagadnienia*, że nie należy odbierać prawa dziennikarzom (jako osobom prywatnym) do poszukiwania dowodów rzeczowych i dokumentów w sposób nieformalny, w granicach KPK oraz prawa do nieformalnego poszukiwania informacji o źródłach dowodowych, nieznanych organom ścigania. Jest to bowiem nieoceniona pomoc dla organów ścigania i stanowi swoistą realizację obywatelskiego i zawodowego obowiązku³¹. Przy czym postępowanie dziennikarzy musi jednak pozostawać w zgodzie z prawem, tj. w szczególności nie może naruszać praw osób trzecich, ani naruszać przypisanych prawem kompetencji organów państwowych. Zaznaczyć bowiem należy, że ściganie przestępców oraz gromadzenie i utrwalanie dowodów nie należy do działalności dziennikarskiej, gdyż nie mieści się w zakresie urzeczywistnienia prawa obywateli do jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej, jako podstawowych zadań prasy wymienionych w art. 1 ustawy Prawo prasowe.

Oczywiście apriorycznie należy utrzymać zagwarantowaną każdemu konstytucyjną wolność słowa i twórczości artystycznej. Twórca sztuki nie powinien mieć jednak bezwzględnego prawa do naruszania cudzych dóbr. Drobiazgowe i ostrożne przeanalizowanie wyżej wymienionych przesłanek prowokacji artystycznej powinno prowadzić do odpowiedzi na pytanie, czy w przypadku danej prowokacji ma się do czynienia z odpowiedzialnością karną, czy brak jest znamion czynu zabronionego albo też czy następuje jej wyłączenie w ramach stanu wyższej konieczności.

Trudno zatem przyjąć jednoznacznie, że prowokacja artystyczna i dziennikarska zawsze wyłącza odpowiedzialność lub nigdy jej nie wyłącza. Z pewnością jednak są to okoliczności, które mogą prowadzić do wyłączenia odpowiedzialności karnej przy spełnieniu wyżej wymienionych przesłanek. Jeśli chodzi o sztukę, prowokację artystyczną czy dziennikarską, ma się bowiem do czynienia ze sferą bardzo dynamiczną, zmienną, płynną i wrażliwą na wszelkie zmiany rzeczywistości społecznej, sferą, która umyka jednoznacznym definicjom nie tylko prawnym i prawniczym, ale nawet formułowanym przez ekspertów lub samych twórców danej dziedziny.

³¹ A. Wilińska, *op. cit.*

Odnosnie do obu przypadków, prowokacji artystycznej i dziennikarskiej, brakuje w całym polskim systemie prawnym pozytywnego uregulowania, które wprost zakreślałoby przynajmniej granice legalności tychże działań. Toteż nierzadko organy stosujące prawo odwołują się do konstrukcji stanu wyższej konieczności lub kontratypu pozaustawowego. Prawodawca powinien mieć na względzie specyfikę obu opisanych zjawisk oraz ich ogromną społeczną doniosłość w demokratycznym państwie prawa, jako rodzajów form wykonywania prawa do wolności słowa. Takie uregulowanie z pewnością rozwiązałoby szereg trudności w kwalifikacji czynu i ujednoliciłoby orzecznictwo w tym zakresie.

Abstract

Internet and Phone Tapping, the Artistic and Journalistic Provocation Using Modern Technology – Selected Aspects of Criminal Law

The article presents the view that the journalists do not receive the right to look for evidence and information about the sources of evidence, unknown to law enforcement agencies for which it can be a significant help. This may be also the kind of realization of civil and professional obligation. It can't be also denied guaranteed in the Constitution a freedom of speech and artistic expression. On the other hand the behavior of journalists must be in accordance with the law. The prosecution of offenders and the collection and preservation of evidence is not in fact in the competence of journalists. However, artist should not claim the absolute right to violate the rights of third parties. It was noted that the artistic or journalistic provocation may be under certain conditions circumstances exempting unlawful offense.

Because of the absence of the positive rule in Polish law which would clearly indicate, at least the limits of legality of these actions, it was found that the consideration of excluding criminal responsibility for acts done under provocation, it seems most appropriate to adopt a *vis maior*. However the proportion of goods should always be balanced on the basis of the described premises. The legislature should consider the introduction of relevant legal regulations especially in view of the use of modern technology by agents provocateurs.

Źródła

Akty prawne

Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 Nr 16 poz. 93).

Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553., z późn. zm.).

Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1997 r. Nr 89 poz. 555 z późn. zm.).

Ustawa z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 1994 r. Nr 24 poz. z późn. zm.).

Ustawa z 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe (Dz.U. z 1984 r. Nr 5 poz. 2 z późn. zm.).

Literatura

Buchała K., Zoll A., *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 Kodeksu karnego*, Zakamycze, Kraków 2000.

Dąbrowski J., *Wolność wypowiedzi artystycznej*, „Arteon. Magazyn o Sztuce” 2011, nr 31.

Dziennikarstwo śledcze. Teoria i praktyka w Polsce, Europie i Stanach Zjednoczonych, red. M. Palczewski, M. Worsowicz, WSHE, Łódź 2006.

Kopaliński Z., *Słownik wyrazów obcych*, PWN, Warszawa 2000.

Piotrowski P., *Prowokuję więc jestem*, „Wprost” 2003, nr 3.

Worsowicz M., *Pragmatyka tekstów śledczych. Wybrane zagadnienia*, [w:] *Dziennikarstwo śledcze...*

Zaremba M., *Ogólne zasady odpowiedzialności dziennikarzy za naruszenia prawa popełnione na etapie gromadzenia informacji*, [w:] *Dziennikarstwo śledcze...*

Netografia

Stołowska E., *Prowokacja i skandal w sztuce*, www.mmbydgoszcz.pl/299048/2009/6/27/prowokacja-i-skandal-w-sztuce?category=news [01.06.2011].

Wilińska A., *Dziennikarstwo śledcze – wybrana problematyka*, www.edukacjaprawnicza.pl/index.php?mod=m_aktualnosci&cid=69&cid=735&p=1 [01.06.2011].

Tamara Milenković-Kerković
University of Niš

Legal Incentives for the Franchising Investments – Serbian Case

Introduction – contemporary legislation of franchising on national and international level

Security of investment in the country considers a healthy commercial law environment. This is of great importance especially for investments in the form of franchising agreements in various forms. A healthy commercial environment embraces a general legislation on commercial contracts as well as an adequate company law, in the sphere of joint venture legislations. Of special importance for the security of franchising investments are intellectual property right regulations where franchisors can rely on ownership of trademarks and know-how. An additional security of franchising investments in the country is been enforced through the confidentiality agreements as well as considerable number of laws and regulations both those that are applicable to the contracts in general and those that considers the specific franchising regulation – *lex specialis*.

In the last 15 years an increased number of the countries, especially developing countries and countries with economics in transition have regulated franchising. Nowadays approximately 30 states have incorporated rules on franchising in domestic regulations.¹ Process and legislation initiatives on national level correspond with the past activity of UNIDROIT (International Institute for Unification of Private Law situated in Rome) in the area of franchising. The instruments which are used in this regulations vary from the

¹ The author spent 2 month research period at the UNIDROIT Library in Rome working on project “Enacting Franchising Disclosure Law in Serbia” in 2005. The Report on Research Project has been adopted from the Governing Council of UNIDROIT in May 2005. The opinion and attitudes in this articles are author’s and doesn’t represent the official opinions of UNIDROIT.

specific franchising law legislations – *lex specialis*, enactment the provision related on franchising in national Civil Code, franchising regulation in other different area of law (for example law that regulate intellectual property) and limited number of countries regulated franchising through governmental regulation. The most numerous are the countries which adopted specific franchising regulation. The first law on franchising was adopted in the USA in 1979, where franchising originated and US federal law on franchising was adopted in 1979 as Federal Trade Commission (FTC) Rule on Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures. It was the first law which regulates the information a franchisor is required to supply the prospective franchisee with (so called *franchising disclosure law*) in order to provide it with all the elements necessary to evaluate the franchise it is proposing to acquire. It is the federal law and FTC Rule applies in all fifty states and it is indented to provide a minimum pre-contractual protection of the franchisee. It therefore applies wherever states have not adopted more stringent requirements. This law is still in force although an amended Rule has been adopted and effective as from July 2007.

France was the first European state which enacted franchising specific disclosure law in 1989 (*Loi Doubin*). After French legislative initiative other countries took the inspiration from the U.S. and France and the process of the franchising national legislation have been started. Nowadays approximately 30 states have incorporated rules on franchising in domestic regulations. Specific franchising regulation in form of the law has also Brazil 1994, Malaysia 1998, Kazakhstan and Korea in 2002, Italy 2004, Belgium 2006, Sweden 2006. Other countries that regulate franchising enacted the provision on franchising in their Civil Code. After Albania in 1994, this method has been used by Russian Federation 1996, Georgia 1997, Belarus 1998, Lithuania 2000, Kazakhstan 2002, Moldova 2003, and Ukraine 2004. 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 most important legal instruments regarding franchising are UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law) *Guide to International Master Franchise Arrangements* (Rome 1988, rev. 2007) 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 the enactment disclosure law project in Serbia is 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*.

Beside the positive economic climate in Serbia which is very beneficial to franchising, with the most of areas of business life regulated very clearly and sophisticated examination of the legal context on doing franchising in Serbia will be the main subject of the paper. The paper examines the different fields of law relevant for the establishment of franchised concepts and the main fields of law and regulation in Serbia which create such a legal context for franchising agreement in Serbia. Adequate regulation of those fields of law creates a healthy commercial law environment which is of the indispensable importance for franchising development and investments in franchising industry in Serbia.

Recent development of franchising in Serbia and issues to be considered

The current growth in the franchising industry in Serbia is very promising. It starts to be obvious after establishing the Serbian Association for the Development of Franchising (SURF) in 2009, which Association in 2011 has passed the procedure for provisional membership to the European Franchise Federation. Those activities have been followed by number of specialized trainings for potential franchise contractual parties and permanent growth in area of franchising has been confirmed by two International Franchising Fairs in Serbia in 2010 and 2011. All those activities have been organized under auspices of Center of Franchising which is established in 2007 as specialized institution of Serbian Chamber of Commerce for support and promotion of franchising in Serbian economy. In the meantime import of foreign franchise systems such as Fornetti, IQS, Wok to Walk, Costa Coffee, Zara, Mango, Top Shop, Odeja, ReMax, Husse, Dormeo etc. have take the place in Serbia franchising market. Simultaneously, those activities o importing foreign franchise systems has been followed with the creation of numbers of domestic franchised concepts such as MEGA, Adore, Squadra Fish&Bar, Galerija podova and many others. Creation of domestic franchising systems was an important step which shows the more mature level in Serbian development of franchising industry. The legislative activities have followed the process of reintroduction of franchising in Serbian economy and it was twofold. The first initiative was given by the Creators of Draft of the Serbian Civil Code

which have put in the Draft idea and solutions for regulation of contractual aspects of franchising. At the other side there is already present idea of regulation disclosure aspects of franchising activities in Serbia which was inspired by the past work of UNIDROIT and its Franchising Disclosure Model Law. In 2011 UNIDROIT Guide on International Master Franchise Arrangements have been translated into Serbian language and offers a comprehensive examination of the most relevant legal and contractual aspects of franchising such as negotiation, drafting, content and other contractual elements of the master franchise agreement.

Those issues were the positive sign for all the prospective investors in the franchising industry. The Franchising Agreement is quite complex legal instrument asking for the research and implementation of various and numerous aspects of law such as business and company law, law on torts and obligations, contract law, distributorship law, fiscal law, labor law, foreign investment law, competition law, intellectual and industrial property law, real estate and leasing law, law on finance and audit est. In spite Serbian law does not recognize nor provide explicit legal provisions or specific legislation on franchising there are number of laws which could be applied on the franchising arrangements. However from the legal standpoint franchising agreement creates many difficulties and misunderstandings because franchising is not one specific type of the agreement. Franchising is rather a concept which includes different types of contracts and also creates effects of legal instruments which derives from the area of company law such as trust, affiliation or holding (Petsche, Riegler 2004: 4). The most similar to the franchising is the license agreement. From the other side the franchising creates more complex legal relationships between involved parties because of the very close and connected relationships between the franchisors and franchisee. The main feature of the franchising agreement is high level of subordination which is being embodied in the franchisor's right to control of how the franchisee manages its business activities and subsequently in obligation of the franchisee to follow the instructions of the franchisors. Those features of franchising agreement create organization structure which is not typical for the obligation law relationships than rather for the proprietary structures of company law or joint venture agreements.

Franchising has been created the biggest impact in the service industry through the supplying by the franchisee the services according the franchisor's way of doing business and under its business concept which area is most appropriate for cloning of the business activities.

Contemporary legal theory and business practices increasingly use the term franchising to refer the type of so called business format franchising

(BFF) which is the last developed form of franchising (Peters 1996: 695–697). In its integrated and contemporary stage franchising has evolved to the business format franchising. BFF arrangement represents complex agreement under which the franchisee undertakes to manage a business or sells the products or offers the services in accordance with methods and procedures prescribed by the franchisor, and the franchisor undertakes to assist the franchisee through advertising, promotion and other advisory services. The main feature of business format franchising is an exclusively identification between franchisor and franchisee where the later adopts franchisor's entire business system, including its product, brand name, operating manual and marketing strategy. The franchisor has elaborated and tested a specific business procedure for the distribution of goods or supplying of services, known as *business format* contented in Operation Manual (OM) which franchisors then proceed to grant franchisees the right to use. In the *master franchising agreement* the franchisor grants to a partner in another country (sub-franchisor) the exclusive right within the specified territory to open franchise outlets itself or to recruit other partners (sub-franchisees) to grant franchises. It appears that sub-franchisor acts as an alter ego of franchisor in the foreign country. The maintenance of exclusive rights in the master franchise depends on the fulfillment of the prescribed schedule. Master franchising is the multi-contractual arrangement with the three-tiered contractual structure because of the involvements of two agreements which connected three contractual partners: franchisor, sub-franchisor (master franchisee) and sub-franchisee (unite franchisee).

The other frequently used possibility of applying franchising agreement is the *joint venture franchise* whereas franchisor and franchisee enter a joint venture in which the franchisor grants a unit, area development or master franchise to the joint venture entity.

Incentives and prospective methods of franchising regulation in Serbia

Various endeavors of the Serbian institutions to promote and develop of franchising activities in Serbia have been followed during the last years with visible attempts in new Serbian legislation policy to regulate franchising agreement *de lege ferenda*. The most ambitious is the legislative work of the Commission of Legal Experts formed from the Serbian Government in 2006 which proposed in 2007 Model for the regulation of franchising agreement as well as other modern contracts such as leasing and factoring, which are

not regulated contracts in Serbian legislation. Those rules will be integrated as “New Commercial Contracts” in prospective Serbian Law of Obligation which will be the part of the new Serbian Civil Code which is drafted by the Commission. There are number of clauses indented to regulate franchising agreement proposed by the Serbian legislator. The most relevant are relationship provisions which should regulate contractual relationships between the franchisor and franchisee. The most important obligation law aspects of franchising agreement are prescribed to regulate franchising agreement and its essential elements. Those elements includes are contracting parties, area of the economy in which franchising system is to be established, exclusive rights which should be transferred through the agreement, fee amount, terms and payment’s instruments, rights and obligations of the parties, post terms commitments of the parties, liability of the parties for non-performance or delayed performance of the commitments, dispute resolutions clauses, territorial exclusivity clauses, termination clauses and conditions for the renewal as well as other clauses stipulated by the parties to be essential elements of the franchising contract (Draft Serbian Civil Code 2007: 295–296). Other clauses stipulated by the Draft Civil Code stipulated to regulate franchising agreement in Serbia beside the contract’s content and contractual specification is the contract obligatory written form clauses and registration requirements clauses, obligation of the parties, clauses on sub-franchising contract, restrictions, responsibilities, termination and other relationship norms which are stipulated on order to protect equivalency of mutual commitments in franchising contracts as well as position of the franchisee as economically weaker party.

Beside endeavors described below there are trends visible in Serbian legal doctrine which accept contemporary concept of franchising disclosure regulation. Those attempts expressed in the serial of articles in domestic legal literature follows the trends of international franchising regulations realized under auspices of the UNIDROIT (UNIDROIT Model Disclosure Law 2002) prescribing franchisor’s obligation to inform franchisee on most relevant aspects of the prospective franchising contracts which are crucial for their future legal relationship. (Milenkovic-Kerkovic 2009: 12). This type of franchising legislation is indented to protect franchisee as an economy weaker party. More than 2/3 of all states which regulate franchising incorporate the disclosure commitment as an obligation of the franchisor (Milenkovic-Kerkovic 2010: 114–116). One of the most reliable methods to create a secure legal environment for the development of franchising business in Serbia is to enact regulation which prescribes disclosure obligation for the franchisor

offering to sell its franchising concept on Serbian market (Spasic 1996: 12; Parivodic 2003: 125–133)².

Besides, there are various methods and franchising strategy but some of those different approaches are commonly in use, which includes:

- Operations owned my company,
- Direct franchising,
- Area development agreements,
- Master franchise agreements,
- Joint ventures.

The chosen method by which the mechanism is implemented may involve franchisor in establishing some of the form mentioned above, such as branch operation, or subsidiary (Mendelsohn 2000: 18–22).

Actual legal context for franchising business in Serbia

In process of creating decision to invest in Serbian economy through franchising concept there are various factors to be evaluate and considered by prospective international franchisor. In order to be well prepared in process of negotiations with prospective franchisee and later in drafting appropriate franchising agreement foreign investor should take in to the consideration two major aspects of franchising in the targeted countries. There are various business issues which have to be taken into the consideration in the process of establishment the franchising system in target country, such as prospective partners, their business environment and professional network, available financial and labor resources, marketing conditions and circumstances, competitive and finance issues. The common approach in taking decision to invest in the country by establishing franchising system is to consider business auditing together with the investigation of the legal context of the targeted country. Franchising is strongly connected with numbers areas of law so explore of the legal issues should be deep and wide because it could contains various hidden pitfalls which are not created only by the fact of differences between civil law and common law legal tradition and culture.

² After U.S. original disclosure requirements regulation there were proliferation of this type of franchising legislation. After Canada, France was the first European country which enacted specific disclosure regulation in 1989 (*Loi Dubin*). After solutions offered in UNIDROIT Disclosure Franchising Model Law there is a visible trend followed by numbers of countries to take over disclosure method in regulation of franchising agreement. Those are Albania (2001), Australia (2006), Belgium (2006), Brazil (1994), Canada (Alberta) (1995), Canada (Ontario) (2000), Canada (Prince Edward Iceland) (2007), Indonesia (1997 ed. 2006), Italy (2004), Japan (2002), Malaysia (1998), Mexico (2006), China (2004), Romania (1998), Spain (1998), Sweden (2006), Vietnam (2006).

Those different areas of law should be regulated domestically but some of them are regulated at the international level also, such as competition law. Because of complexity of franchising agreement special care could be taken to number of laws, where the most important are the follows:

1. Code of Obligations (Serbian Code of Obligations – published in the Official Gazette SFRJ, No. 29/1978; Amendments in No. 39/1985, 45/1989, and 57/1989; final amendments in the Official Gazette SRJ, No. 31/1993),
2. Serbian Law on Business Companies Act (Official Gazette 36/2011),
3. The Law on Trademarks (Official Gazette No. 104/2009) and other laws on intellectual property,
4. Law on Protection of Competition (Official Gazette 79/2005) and other laws on fair competition and price regulation,
5. Law on Product Liability (Official Gazette 101/05),
6. Legal Entity Profit Tax Law (Official Gazette RS, No. 18/2010),
7. Law on Foreign Exchange (Official Gazette No. 20/09 of 19 March 2009 and 72/09 of 3 September 2009),
8. Company Law (Official Gazette No. 36/2011),
9. Legal Entity Profit Tax Law (Official Gazette, No. 25/01, 80/02, 43/03, 84/04, 18/2010 of 26 March 2010 and 101/11 of 30 December 2011),
10. Law on Consumer Protection (Official Gazette 73/2010),
11. Law on the Amendment of the Legal Entity Profit Tax Law, (Official Gazette, No. 26/01, 80/02, 135/04 and 61/07 and 5/09 of 22 January 2009),
12. Bankruptcy Law (Official Gazette 104/09 of 16 December 2009),
13. Product Liability Law (Official Gazette 101/05),
14. International Private Law (Official Gazette SFRJ No. 43/82 i 72/82 and Official Gazette No. 46/96),
15. Labor Law (Official Gazette, No. 24/2005 of 15 March 2005, 61/05 of 18 July 2005 and 54/09 of 17 July 2009),
16. Law on Accounting and Auditing (Official Gazette 46/06 and 111/09),
17. Law on Financial Leasing (Official Gazette 55/2003 and 61/2005) and other laws which should be applied on franchising.

Reference should be made to all multilateral and bilateral treaties and conventions, especially on double taxation treaties tax as well as on multinational convention which is directly applicable in Serbia, because of ratification such as UN Vienna Sales Convention from 1980.

The most important legal aspect for expanding franchising in targeted country is general contract law of the country which is basis for the conclu-

sion of the franchising agreement and their solutions differ from legislation to legislation. The most important are the differences between civil law legal systems and common law legal systems. Under the civil law systems the code contents implied terms which depending on the nature of contract cannot be contracted on the other way than prescribed (mandatory rules). As there is no specific legislation on franchising in Serbia the relationship between parties is ruled by the freedom of contract principle. Some of the provisions is being enacted for the protection of the economically weaker party- franchisee in case of the franchising contract, which are mandatory. The main legal source of contract law in Serbian legislation is the Code of Obligations which doesn't provide explicit provisions dealing with franchising contracts. Serbia doesn't have separate regulations of commercial contracts from that of other contracts. There is not the specific provision for concluding franchising agreements. Therefore from the strict legal point of view franchising contract should be concluded orally as well, although then there arises problems of proof. But, from 2005 the Law on Trademarks prescribes that franchising contract should be in writing and be registered in the Registrar of Agency for Intellectual Property. Commercial contracts are not subjects to any requirement of the form³ except possible exceptions prescribed by applicable law or form requirements agreed by the parties. From the other side general rules and principles of Serbian Code of Obligations may be applied to franchising contract such as good faith and fair dealing provisions (art.12 of the Code) which prescribed that in conducting the negotiations and in drafting of contract, the parties must conduct themselves in good faith and performed contract in good faith. This broad provision is capable to allow judges to use substantial discretion in applying this principle in the context of pre-contractual disclosure as well. Other general contract clauses should be implemented on the conclusion of franchising agreement such as franchisors duty to provide franchisee with appropriate and objective information, regarding the market opportunities, profitability calculations or sales possibilities. Breach of this duty to inform should fall franchisor under the provision of *culpa in contrahendo* liability for breach of duty to negotiate on fair way in pre contractual phases (art. 30 of the Code). There is another general contract law clause which could be implemented on the franchising contracts which traditionally is drafted as a standard form legal document by the franchisor. This is rule *contra preferentem* (Serbian Code of Obligations, art. 100) which prescribes liability for the party who formulates contract terms in cases of unclear contract clauses which will be interpreted against the party which

³ As prescribed in art. 26. of the Code of Obligations.

stipulated the agreement. In most number of the cases contract stipulator is franchisor.

Other obligation law provisions which could be applied on the franchising agreement *mutatis mutandis* are those which regulate those specific and legislate agreements which implies franchising in their legal nature such as sales agreement clauses (art. 451–551 of Code), lease agreement clauses (art. 567–599 of the Code), license agreement clauses (art. 686–711 of the Code). Especially important are the clauses which regulates termination of lease and license agreements in case of cancellation as well as clauses which prescribe right of licensor for direct compensation of license fee from the sub-licensee in order if licensee fails to realize this commitment personally (art. 707 of the Code).

Legal status of the parties in franchising contracts are of the significant importance which is favorable in Serbian legal context and support independent legal status of the contractual parties in franchising transactions where franchisee is not an agent of the franchisor nor their employees. Serbian Companies Act (Official Gazette 36/2011) enables establishment of franchisee as well as the franchising unit in the property of franchisor in different forms of business entities. Beside entrepreneur which carries on business as individual, franchisee could be established in various forms of partnership (commercial partnership – “ortacko drustvo – OD” and limited partnership – “komanditno drustvo – KD”), limited liability company (“drustvo sa ogranicenom odgovornošću – DOO”) or stock corporation (“akcionarsko drustvo – AD”) and branches.

The most common legal entity in Serbian economy is limited liability company (over 75% of all business entities are established in this legal form) which together with other forms of companies fulfills the conditions to create an independent legal party in franchising agreements.

Serbian Law on Protection of Competition prescribes that franchising agreements could be excluded from the restrictions provided in the law in order to protect free market and prevent abuse of the dominant position of the company.

In complex process of elaboration and taking decision to invest in Serbian economy through conclusion of franchising agreement there are number of questions which relate to various and specific areas of law and solutions which offers Serbian legislation. There are numerous areas of law such as industrial and intellectual property, competition law, taxation law, corporate laws which is connected with legal status of the parties and nature of the legal relationships, employment law, property law, foreign exchange law, import

and export controls, accounting regulations and law. Beside, the main decision have to be taken to operate in a market of Serbia, is the methods by which an franchising operation will be established.

The Relationship of the Parties in Franchise Agreement in Serbian Civil Law

As in most European countries in Serbia also there is neither specific franchising legislation nor regulation neither the specific franchising disclosure law regarding the obligations of the Franchisor to supply the disclosure document to the prospective Franchisee. So, the prospective *Franchisor in Serbia is not specifically or mandatory obliged to communicate to the franchisee franchise offering circular* nor any kind of disclosure document in any other form (FDD). This is applied to all varieties of franchise agreements – master franchise agreements, area development agreements or to the local unit franchise agreements. Of course, general contract law principles contained in the provisions of the Serbian Code of Obligations which relates to the commercial contracts is to be applied. Especially, the franchise agreement has to be based on the general principles and provisions expressed in the Code of Obligations relating inter alia on the obligation to act in accordance with good faith and fair dealing, preventing negotiations in bad faith (*culpa in contrahendo*) provisions, the autonomy of contracting parties as regards the content of the agreement, prohibition of the abuse of rights, prohibition of fraud, *contra preferentem rule* (art.100 Code of Obligation) etc.

Mutual obligations of the parties in franchise contract should be prescribe in the agreement in order to prevent post-contractual interpretations. Contractual provisions regarding the parties' duties and rights it is important all obligations to be included in the contract because there are no regulation which predict mandatory content of the contract but there is general principle of contract law that contract should be drafted and fulfilled in good faith preserving equivalency of parties position during the life of the contract. Almost all franchising contracts content the parties rights to transfer their right from contract or theirs contracts position to a third person which is called sublicensing. The *sublicensing of the trademarks is expressly allowed* by Serbian Code on Obligations (art. 704–707) and contract should provide if the transfer of right to use the license from Licensee to the Sub licensee is conditioned by the authorization of the Licensor. The License Agreement must be in writing as well as the Sublicense Agreement. (art. 687 Code of

Obligation). The Agency for the Intellectual Property keeps the Registry of Trademarks where all the License or Sublicense Agreements are recorded as the legal ground for the transfer of rights on the license at the request of the trademark holder and/or applicant or assignee.

Parties in franchise agreement are independent business entities and each of them is personally responsible for its business activities as well as for the products and services which offers through the franchising network. However, the question of the extent of a *franchisor's liability for products or services provided by a master franchisee* in Serbia is very often set by the prospective investor in franchising area. That issue is the matter of vicarious liability of the master franchisor which is predicted in some national legislation for franchising (Russian Civil Code) but not in Serbia.

Franchised business in Serbia is not issue of any specific regulation of the Serbian law because of the independent legal status of the franchisee. The new Consumer Protection Law in Serbia which enter into force in 2011. prescribes liability of some distributorship systems for sold products and only partially for the services but those provisions are not applicable to the independent legal status of Master Franchisor and Master Franchisee in front of the third parties or customers.

In order to limit its liability for acts of the franchisee Master Franchisor usually set contractual clauses as a disclaimer of liability for acts and omissions of a Master Franchisee. The main goal of those kind of clauses is to show that Master Franchise Agreement related to independent legal status of the Master Franchisee and non existence of any status or corporate legal link between Master Franchisor and Master Franchisee. Independent legal status of franchisee is substantive element of Franchise agreement and franchising legal concept.

Serbian Solutions for the Termination and Expiration of the Franchise Contracts

In Serbia there isn't any specific regulation affecting the termination of the Franchise agreement nor common court practice in this field up to now. It is advisable to predict in Master Franchise agreement that the termination of the Master Franchise Agreements creates simultaneously termination of the Unit Agreement. Otherwise that two independent legal instruments could have independent legal destiny which could create many disputes.

The reasons for termination of agreement are predicated in the contract and one of the reason is franchisor's right terminate the Agreement upon the

filing of a bankruptcy or similar petition by the master franchisee, insolvency, or commencement of actions by creditors.

Under the Serbian Code of Obligations those circumstances create good causes for the termination of the agreement as predicted in the Master Franchise Agreement and those provisions are in accordance with mandatory provisions of Serbian Bankruptcy (2009). Beside there are possibility that depends on the given the nature of the franchisor/master franchisee relationship, the franchisor have rights and ability to terminate the Agreement upon a default by the master franchisee.

And the common clause in franchise agreements relates on franchisors right to refuse to renew the Agreement at the end of the term without cause is applicable by the solutions given in Serbian Code of Obligations. Right of renewal the Franchise agreement does not exist in Serbian legislation or jurisdiction.

There is no specific regulation or legislation in Serbia which could prevent Master Franchisor to refuse to renew the Agreement when it came to its end without a cause. In spite of the fact that some national legislations predict those provisions as the instrument of the Franchisee legal status protection there isn't such a regulation in Serbia nor in the general rule on contract law (Code of Obligation) nor in the regulation of any specific commercial contracts, such as regulation on License Agreement (Code of Obligation, art. 686–711). No laws in Serbia impose Franchisee right on renewal.

Common clause in franchise agreements is the franchisor's right to restrict transfer the master franchisee's rights and obligations from the agreement to a third person. The general rules of the Code of Obligations (art. 145–147) regulate the right of transferring the contract or right to assign the rights under agreements which rules are applicable on the Franchise agreement. General provisions of the Serbian Contract Law allow the rights of the party to prevent or condition such kind of rights with prior consent or approval of the contractual party. Legal nature and features of the Franchise agreement as *intuitu persone* contractual obligations which is concluded because of personal characteristic and features of the Franchisee gives the right of imposing such a condition without any doubts. Those provisions are common in commercial praxis in Serbia and SSI rights as provided in the Section 11 are reasonable and necessary and drafted in a sophisticated way in order to protect mutual interest of the parties.

Intellectual Property Rights as the Incentive for the Franchising in Serbian legal context

Industrial and intellectual property legal institutes are the basis upon which franchise relationship is built and of the fundamental importance so the international conventions and national regulations must be taken into account. Legal protection of the franchising system's elements is crucial for an effective establishment of franchising network. Those elements are trademarks, samples and trade name of the franchisor's company need to be registered and protected. As a franchising system requires the use of common denomination it is the matter of trademark protection and its issue is connected with sublicensing of trademarks.

The License Agreement must be in writing as well as the Sublicense Agreement (art. 687 Code of Obligation). The Agency for the Intellectual Property keeps the Registry of Trademarks where all the License or Sublicense Agreements are recorded as the legal ground for the transfer of rights on the license at the request of the trademark holder and/or applicant or assignee (The Law of the Trademarks 2009).

The Sublicense agreement shall be in writing and shall contain: the date of signing, name and surname or business name, domicile or place of dwelling, and/or seat of the contractual parties, the trademark registration number and/or the number of the trademark application, the term of validity of the license and the scope of the license. Special decision on the registration of the Sublicense Agreement in the Registrar of Trademarks is to be issued under the procedure of the Law on Trademarks and specific Governmental Regulation (art. 52–56 the Law of Trademarks).

After the termination or expiration of the Master Franchise Agreement the Master Franchisee as prior licensed user of the trade mark, trade name, know-how and other intellectual property rights derived from the right to use franchise do not have any rights to use or to transfer any rights deriving from the terminated or expired contract under the Serbian law, as predicted in Section 10.4. of the Master Franchise Agreement.

Taxation law as the Incentive for Franchising Investment in Serbian Economy

In Master franchise agreements fiscal and tax issues are substantively connected with the double taxation treaties (DTT). If franchisors origin's country has not double taxation treaty with Serbia the taxation structure in interna-

tional franchise transaction considers impose of 20% the Serbian withholding tax rate on the initial franchise fee (entry fee) as well as on the royalty (continuing franchise fee) that is to be paid by Serbian master franchisee party (resident-taxpayer) to Master Franchisor as non-resident. A withholding tax of 20% applies to rental payments transferred outside the country and gains on sale earned by non-residents. The 20% withholding tax should be reduced only under some double tax treaty which in the case of the U.S. and other countries with which Serbia at the moment is not connected with double taxation treaties (Law on the Amendment of the Legal Entity Profit Tax Law 2009, art. 40): “Any taxpayer shall account and pay withholding tax at the rate of 20% on the following: 1) Dividends and share in the profits of a legal entity; 2) Copyright fees and interest accrued to any non-resident taxpayer.” (Art. 40 Legal Entity Profit Tax Law).

If the Franchisor has its own permanent operating unit in the territory of the Republic of Serbia to which Master Franchisee pays entry fees and royalties only then the withholding tax is not to be counted and paid. Instead of withholding tax in this situation the corporate (legal entity) profit tax shall be 10% (which is the lowest in Europe) and in this case non-resident of the Republic of Serbia (non-resident taxpayer represents legal entity formed and having its head office of actual management and control outside the territory of the Republic) shall be subject of taxation for the profit realized by entry fee and royalties paid by Master Franchisee at the rate of 10% which is legal entity profit tax rate which is in Serbia proportional and uniform. (Art. 3–4 Legal Entity Profit Tax Law).

Confidentiality, Trade Secrets and Post-Term-Non-Competition Clauses in Franchise Agreement According Serbian Company Law

In Serbian franchising practice the Agreement on Confidentiality between Franchisor and Master Franchisor (Franchisee) or other person involved in the Master Franchise imposing the indemnity in the form of liquidate damages are very common. The obligations of confidentiality could be imposed not only on the part of the Master franchisee through the Master Franchise Agreement but it is possible to impose enforceable duty on confidentiality on the side of Master Franchisee employees. But, as a separate legal document the Master Franchise Agreement is not a three-party agreement so it can impose obligation only on the side of the Master Franchise. So, it is advisable to impose both an obligation on the side of the Master Franchisor to keep

confidentiality of the essential features of the franchise concept together with the obligation to impose such kind of obligation on the part of the sub-franchisee through the Unit franchise agreement between Master Franchisee and sub-franchisee derives from the Master franchisor's country. Many positive laws in Serbia relate to the prohibitions on the unauthorized disclosure of confidential information such as Company Law, 2011 (especially art 38. of Company Law relates on the protection of the trade secret), corpus of laws in the field of intellectual property, ect. prescribes this duty.

Contractual term and post term non-competition clauses are typical and common in all Franchise agreements in Serbian legal practice. In the Serbian Labor Law, 2009 the post term non-competition clauses are restricted to 2 years period after the termination the labor contract (art. 161. of the Labor Law). Accordingly, both provisions on confidentiality and on contractual and post-contractual non-competition clauses could be imposed in the Unit agreement and in the Labor contract. But, these clauses and their legal ground need to be provided in the Master Franchise Agreement also.

Applicable Law and Choice of Law Issues in Franchise Agreements

According to the art. 19 of Serbian International Private Law: "The Contracts are governed by the law chosen by the parties if not otherwise specified by this Code or by an international treaty". That provision clearly states that the choice of law provision will be recognized and enforced by the Serbian courts as well as the choice of forum clauses which appointed an arbitrator as a choice of forum whose decision or award will be final and binding and at the same time this decision will be recognized and enforceable in front of the Serbian court. Serbia is the party of the New York UN Convention on Recognition and Enforcement on International Arbitration Awards which is ratified in Serbia and as such is a substantial part of national law.

Registration and Governmental Approvals of the Franchise Agreement

The Master Franchise as well as other types of franchise agreements in Serbia are not subject to any governmental approvals of any Serbian governmental body or state agency nor subject any other formalities or neither procedure nor registration is required or necessary.

Conclusion

The above examination of legislative activities and solutions in comparative law and of the provisions of specific franchise laws adopted in recent years and comparison with legal context for franchise agreement in Serbia gives rise to several observations.

First, Serbia doesn't have specific law for franchising agreement in spite there are various areas of law which could be implemented in process of negotiation and drafting of franchising agreements. Serbian Code of Obligations as a modern legal mechanism give through its general legal principles as well as through various specific solutions of different contracts applicable on franchising enough space for development of franchising agreements and franchising business in Serbian economy. Serbian legal context is promotional for franchising. There is no any disclosure requirement for prospective franchisor indented to invest through the franchising in Serbian economy nor there any specific relationship law which contain protective clauses for franchising in Serbia and its contract specification. Serbia doesn't have any requirement for registration nor franchising agreement nor franchise as business activities. Franchisee's right of renewal of the agreement contract on same terms after the agreement is expired doesn't exist in Serbia. Termination of the contract as well as the post-term restrictions cannot gives the right to the franchisee to be awarded to corresponding financial compensation for entering out form the franchising. From the other side the most of the area of law create context which is favorable for franchising such as taxation and fiscal law, protection of the competition law. Provisions relates to intellectual property rights are regulated those content of franchising contracts in modern way which is promotional for franchising.

Institution such as Serbian Association for Franchising Development (SURF) as well as Center for Franchising Serbian Chamber of Commerce give the necessary support in practical and legal problems which could arise in franchising agreements.

Legal activities of Serbian legislator *de lege ferenda* give the reason to believe that in some period of time franchising will be regulated in some way. We consider disclosure as effective way which can protect interests of the parties and could be incentives for prospective franchising development in Serbian economy.

Abstract

Legal Incentives for the Franchising Investments – Serbian Case

The development of the franchising industry and investments in the form of business format franchising in the country is significantly connected with the healthy commercial environment. The franchising agreements are very complex legal instruments, originated in the common law legal systems. Those contracts are the subjects to the considerable number of laws and regulation such as business and company law, law on torts and obligations, contract law, distributorship law, fiscal law, labor law, foreign investment law, competition law, intellectual and industrial property law, real estate and leasing law, law on finance and audit. Together with import of foreign franchise systems during the last years, Serbian economy has witnessed the number of domestic franchised concepts which have been emerged in the last period. The main legal context on doing franchising business in Serbia is offered in the paper. Assuming the commercial law and intellectual property rights as the crucial legal incentives for the investment in the form of franchising the author examines two separate categories of law and regulation relevant for franchising. The law and regulations which are applicable to the notion of the contract as the general institute of the obligation law are the first category of law examined in the article. Other is the regulation relevant for the franchising as the sui generis contract such as disclosure law, as the form of franchise specific regulation. Beside the review of the harmonized legislation on franchise law in international level as well as different national regulation relevant to franchising the author examines the main fields of Serbian law and regulations relevant for franchising agreement and its influence for further franchising growth in Serbian economy.

Literature

Draft Serbian Civil Code, Serbian Governmental Commission of Legal Experts for Drafting the Serbian Civil Code, Belgrade 2007.

Mendelsohn M., *Franchising in Europe*, Cassel, London 1992.

Mendelsohn M., *International Encyclopaedia of Franchising*, Cassel, London 2003.

Milenkovic-Kerkovic T., *Autonomni ugovori trgovinskog prava*, Ekonomski fakultet, Nis 2008.

Milenkovic-Kerkovic T., *The Traps for the Unwary in Franchise Agreements and the Role of the Disclosure Presale Regulation – the Serbian Case*, www.emnet.univie.ac.at/uploads/media/Milenkovic-Kerkovic_01.pdf, 12.11.2009.

Milenkovic-Kerkovic T., *The Main Directions in Comparative Franchising Regulation – UNIDROIT Initiative and Its Influence „rad objavljen u ERSJ“*, „European Research Studies“ 2010, Vol. 13, No. 1.

Parivodic M., *Pravo međunarodnog fransizinga*, Službeni glasnik, Beograd 2003.

Petsche A., Riegler S., *Franchising in Austria*, „International Journal of Franchising Law“ 2004, Vol. 2, No. 3.

Peters L., *The Draft UNIDROIT Model Franchise Disclosure Law and the Move Towards National Legislation*, „Uniform Law Review” 2000, Vol. 4.

Peters L., *The Draft UNIDROIT Guide to Franchising – How and Why*, „Uniform Law Review” 1996, Vol. 4.

Peters L., *Una legge per il franchising*, „Diritto del Commercio Internazionale” 2004, Aprile–Giugno.

Schulz A., *New Competition Procedure Regulation for Articles 81 and 82 EC Treaty – Implications on Vertical Agreements and on National Competition Laws*, „International Journal of Franchising Law” 2002, Vol. 2, No. 3.

Spasic I., *Franchising posao*, Institut za uporedno pravo, Beograd 1996.

UNIDROIT Guide on International Franchising Arrangements, UNIDROIT, Rome 2007.

UNIDROIT Model Franchise Disclosure Law, Explanatory Report, UNIDROIT, Rome 2002.

Danuta Waniek

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Kilka uwag na temat prawnego zróżnicowania darowizn kościelnych w świetle praktyki administracyjno-sądowej

Wprowadzenie

Przedmiotem analizy jest relacja przepisów art. 26 pkt 6d ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych (dalej updf) do art. 55 ust. 7 ustawy z 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła katolickiego oraz do art. 40 ust. 7 ustawy z 4 lipca 1991 r. o stosunku Państwa do Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego (dalej: ustawy kościelne). Dotyczy ona zwłaszcza zróżnicowania prawnego darowizn przekazywanych na rzecz kościelnych osób prawnych oraz skutków wprowadzenia w życie art. 26 pkt 6d ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych w brzmieniu nadanym jej nowelizacją z 2005 r.¹

Jest to tym bardziej wskazane, że darowizny na rzecz kościelnych osób prawnych od dawna stwarzały w sądownictwie administracyjnym problemy z interpretacją obowiązujących przepisów, które powstały u progu przemian politycznych w Polsce i przez ponad 20 lat pozostały w zasadzie nienaruszone. Nie ulega wątpliwości, że dziś w wielu punktach brzmia anachronicznie. Jednakże kolejne rządy obawiały się podejmowania inicjatywy ustawodawczej w ich zakresie, ponieważ nowelizacja ustaw kościelnych, w całości lub nawet w części, wymagałaby oficjalnych konsultacji z kościołami², co w warunkach polskich – jak uczy doświadczenie – rodzi poważne obawy polityczne.

Ustawy: o stosunku Państwa do Kościoła katolickiego z 17 maja 1989 r. oraz o stosunku Państwa do Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego

¹ Projekt obszernej nowelizacji Ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz o zmianie innych ustaw wpłynął do Sejmu 29 października 2004 r. (druk sejmowy nr 3417).

² W przypadku obu wymienionych ustaw zasada ta jest zapisana w art. 4 pkt 1.

z 1991 r., przewidują trzy rodzaje darowizn ze względu na cel przeznaczenia – darowizny na cele kultu religijnego, darowizny na kościelną działalność charytatywno-opiekuńczą oraz darowizny na cele oświatowo-wychowawcze. Obie ustawy od początku wyróżniały prawnie darowizny na cele charytatywno-opiekuńcze, ponieważ tylko ten rodzaj darowizn dawał darczyńcy możliwość pozyskania ulgi przy rozliczaniu podatku dochodowego od osób fizycznych, jednakże przy spełnieniu dwóch warunków: jeżeli kościelna osoba prawna przedstawi darczyńcy pokwitowanie oraz w ciągu dwóch lat sprawozdanie z przeznaczenia darowizny na deklarowane cele. Pozostałe darowizny poddane były od początku ogólnym przepisom podatkowym.

W praktyce sądowo-administracyjnej rozciągnięto jednakże zakres obowiązywania art. 26 pkt 6d na darowizny na kościelną działalność charytatywno-opiekuńczą. Świadczą o tym niektóre wyroki sądów administracyjnych oraz praktyka kontrolna urzędów skarbowych w sprawach indywidualnych.

W piśmiennictwie fachowym powstał na tym tle spór o to, czy przepis art. 26 pkt 6d odnosi się również do darowizn przeznaczonych na cele charytatywno-opiekuńcze kościelnych osób prawnych. Z intencji projektodawcy zamiar ten nie wynikał, ponieważ projekt nowelizacji z 2005 r. nie zawierał późniejszego przepisu art. 26 pkt 6d. Zmianę taką wprowadzono do projektu ustawy na wniosek przedstawiciela rządu dopiero na etapie prac podkomisji wyłonionej przez sejmową Komisję Finansów Publicznych.

Nowy przepis, obowiązujący od 1 stycznia 2006 r., a zapisany we wspomnianym art. 26 ust. 6d, określał formę przekazywania darowizn udzielanych już nie tylko na podstawie updf, ale i na podstawie odrębnych ustaw³. Nowelizacja nie wskazywała jednak wprost tych ustaw, ani w przepisach przejściowych, ani we wprowadzających. Z analizy gramatycznej wynika jednak (o czym dalej), że nowelizacja wymienia owe ustawy odrębne poprzez identyfikację celów darowizn.

Co ciekawe, na stronie internetowej Ministerstwa Finansów pod koniec roku podatkowego 2006 wciąż widniała informacja, że dla udokumentowania darowizn kościelnych na cele charytatywno-opiekuńcze „wymagane są pokwitowanie odbioru darowizny oraz w okresie dwóch lat od dnia przekazania darowizny sprawozdanie o przeznaczeniu jej na tę działalność”⁴. Czyli – jak przed 1 stycznia 2006 r. Podobnie było w roku 2007 i 2008. Odbiorca

³ Dokładnie nowy przepis brzmiał: „Przepis ust. 7 stosuje się odpowiednio do darowizn odliczanych na podstawie odrębnych ustaw”, Ustawa z 30 czerwca 2005 r., Dz.U. z 2005 r. Nr 143, poz. 1199.

⁴ Stronę Ministerstwa Finansów w grudniu 2006 r. przeglądał Piotr Skwirowski i opisał w artykule, *Podatkowe ostatek ulgowe*, „Gazeta Wyborcza”, 6 grudnia 2006. Podobną informację podawały na swych stronach internetowych niektóre urzędy skarbowe, np. w Gdańsku.

takiej informacji miał prawo uznać, że w sprawie rozliczania darowizn przekazanych kościelnym osobom prawnym na cele charytatywno-opiekuńcze nic się nie zmieniło.

Jednakże w ostatnich latach, w niektórych wyrokach sądów administracyjnych, a także w praktyce MF i urzędów skarbowych przepis art. 26 ust. 6d otrzymał niespodziewanie nadrzędny charakter wobec intencji i brzmienia art. 55 ust. 7 i art. 40 ust. 7 ustaw kościelnych, a więc miałyby dotyczyć wszystkich rodzajów darowizn na rzecz kościelnych osób prawnych⁵.

Warto więc zadać pytanie, czy obecna interpretacja prawa podatkowego, pozostająca w związku z darowiznami na rzecz kościelnych osób prawnych, jest zgodna z obowiązującymi przepisami, czy też wprowadzono do niej pomieszanie interpretacyjne, mające daleko idące skutki prawne dla interesów podatnika. Niniejszym zostaną więc prześledzone najistotniejsze aspekty prawne, które konstytuują dziś status darowizn na cele charytatywno-opiekuńcze przekazywane kościelnym osobom prawnym.

Podstawy prawne darowizn na cele charytatywno-opiekuńcze i ich wykładnia do 1 stycznia 2006 r.

1.

W art. 55 ust. 7 ustawy z 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła katolickiego oraz na podstawie art. 40 ust. 7 ustawy z 4 lipca 1991 r. o stosunku Państwa do Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego, została stworzona możliwość dokonania darowizn na rzecz kościelnych osób prawnych, m.in. na działalność charytatywno-opiekuńczą, z czym wiązała się możliwość uzyskania z tego tytułu ulg podatkowych przy rozliczeniu PIT. Według brzmienia tych ustaw, warunkiem odliczenia wysokości darowizn jest spełnienie dwóch przesłanek: przedstawienie pokwitowania odbioru darowizny oraz złożenie w ciągu dwóch lat sprawozdania dotyczącego spożytkowania darowizny. Tak był m.in. rozumiany specjalny status ustaw kościelnych, ponieważ tego rodzaju warunków ustawa o p.d.f. nie przewidywała w przypadku innych darowizn na cele charytatywno-opiekuńcze⁶. Z przepisów tych można wydedukować, że w trójkącie państwo–kościół–podatnik (darczyńca), punkt ciężkości położony został na relacje kościołów z darczyńcą, przy akceptacji ich formy prawnej przez państwo.

⁵ Stanowisko takie ujawniło się w toku kontrolowania ulg podatkowych z tytułu przekazania kościołom darowizn na cele charytatywno-opiekuńcze w PIT z 2006 r. (zobowiązania podatkowe przedawniały się z dniem 31 grudnia 2012 r.).

⁶ Zob. ten temat: M. Grzymisławska-Cybulska, *Bezczynność organów i przewlekłość postępowania administracyjnego w świetle nowelizacji z 3 grudnia 2010 r.*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2012, nr 5.

2.

Nie ulega wątpliwości, że od początku toczyły się wokół tych przepisów spory interpretacyjne, zarówno na poziomie Ministerstwa Finansów, NSA, jak i izb skarbowych. Nigdy jednak kolejne rządy nie zdobyły się na to, aby – w oparciu o doświadczenie ostatnich lat – całościowo znowelizować przepisy dotyczące darowizn kościelnych. Na skutek sporów, jakie te kwestie wywoływały, interpretacji obowiązujących przepisów dokonała w 2003 r. minister Irena Ożóg, która w piśmie skierowanym do urzędów skarbowych oraz urzędów kontroli skarbowej (PB5/KD-033-186-2393/01) wyjaśniła, że decydujący głos w sprawach spornych mają ustawy kościelne (zgodnie z zasadą *lex specialis*). Wypowiedź ta została szeroko nagłośniona przez prasę i zapadła w pamięć wielu podatnikom⁷. Należy przypomnieć, że w 2004 r. Ministerstwo Finansów zwróciło się o opinię prawną do Rady Legislacyjnej, aby zajęła stanowisko, jak należy interpretować normę kolizyjną z ustaw kościelnych i ustaw o PIT. W odpowiedzi Rada wówczas uznała, że więcej argumentów przemawia za przyjęciem zasady, iż ustawy kościelne stanowią normę szczególną w stosunku do ustawy o PIT⁸.

3.

Spory w orzecznictwie sądowo-administracyjnym ostatecznie miała przeciąć uchwała Izby Finansowej NSA, przyjęta 14 marca 2005 r. (FPS 5/04). Wprowadziła ona do obiegu prawnego doktrynalny wzorzec interpretowania kolizji ustawy ogólnej z ustawami kościelnymi w odniesieniu do darowizn na rzecz kościelnych osób prawnych.

W uchwale IF NSA wskazał, że omawiane przepisy ustaw kościelnych mają charakter szczególny (*lex specialis*⁹) w stosunku do ogólnych unormowań dotyczących podatku dochodowego, w tym również w ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych w ówczesnym brzmieniu. NSA stwierdził również, że omawiane przepisy ustaw kościelnych kryją w sobie regułę kolizyjną, która wyłącza zastosowanie do ulg związanych z darowiznami na kościelną działalność charytatywno-opiekuńczą ogólnych przepisów podatkowych, zawartych w updf. Reguła ta w doktrynie formułowana jest w postaci łacińskich paremii: *lex specialis derogat legi generali* oraz *lex posteriori generalis non derogat legi priori speciali*.

⁷ 20 sędziów i ulga na darowizny kościelne, „Gazeta Wyborcza”, 14 marca 2005.

⁸ R. Mastalski, *Opinie indywidualne członków Rady Legislacyjnej w sprawie darowizn przekazanych kościelnym osobom prawnym na działalność charytatywno-opiekuńczą*, „Przegląd Legislacyjny” 2004, nr 2942, s. 169–172; D. Dudra, *Ulga kościelna – historyczne przepisy, aktualne problemy. Glosa*, „Przegląd Prawa Podatkowego” 2004, nr 7, s. 35 i nast.

⁹ *Lex generalis* – reguła powszechnie obowiązująca, *lex specialis* – reguła szczególna, ustanawiająca wyjątki od postanowień reguły powszechnej i ustalającej inne skutki prawne dla przypadków nią objętych, albo też skutki te w ogóle wyłączająca.

IF NSA stwierdziła wówczas wyraźnie, że zmiany treści regulacji ogólnych dotyczących ulg z tytułu darowizn kościelnych zawartych w updf, nie miały wpływu na możliwość stosowania ulg z tytułu darowizn uregulowanych w przepisach szczegółowych. Warunkiem ich zastosowania jest wyłącznie spełnienie przesłanek, o których mowa w ustawach kościelnych. Przesłanki te były bez wątpienia inne, niż zawarte w updf, ale – jak podkreślono w uchwale IF NSA – konstrukcja prawna darowizn z ustaw kościelnych nigdy nie została podważona przez Trybunał Konstytucyjny. W konsekwencji NSA uznał, że przepisy te mają charakter szczególny wobec art. 26 ust. 1 updf, a odrzucenie tej tezy oznaczałoby rozszerzenie zakresu opodatkowania poza podatkowo prawny stan faktyczny, co – jak stwierdził – jest w prawie podatkowym niedopuszczalne.

Idąc śladem wykładni dokonanej w przywoływanej uchwale, nietrudno jest wyciągnąć wniosek, że wprowadzanie modyfikacji przekazywania darowizn, może być skuteczne tylko wtedy, gdy taka sama zmiana przepisów nastąpi zarówno w ustawie ogólnej, jak i w *lex specialis*, zwłaszcza, że ustawy kościelne przewidują w takich okolicznościach konsultację państwa z kościołami¹⁰.

Ważne jest to, że wykładnia IF NSA, zawarta w uchwale z 14 marca 2005 r. dotyczyła stanu prawnego obowiązującego w latach 1995–2003. W stanie prawnym obowiązującym po 1 stycznia 2006 r. należałoby się zastanowić, czy wzorzec (standard) zastosowany w tej uchwale pozostaje aktualny. W każdym razie Izba Finansowa nie wypowiedziała się po 2006 r. na ten temat, a byłoby to interesujące ze względu na zdecydowaną zmianę linii orzeczniczej sądownictwa administracyjnego w sprawie darowizn na cele charytatywno-opiekuńcze.

Warto w tym kontekście przypomnieć zdefiniowane ostatnio w doktrynie „prawo kolizji zasad”, które w sytuacji kolizji polega na balansowaniu skonfliktowanych interesów i udzieleniu odpowiedzi na pytanie, która z zasad o różnym statusie ma większą wagę w konkretnej sytuacji. Proces ten „zmierza do ustalenia warunkowych relacji preferencji pomiędzy zasadami” w świetle okoliczności konkretnej sprawy. Godnym jest podkreślenia pogląd, że „proces ważenia zasad oraz ich interpretacji ujawnia się na tle stosowania praw i wolności jednostki”¹¹.

¹⁰ Mówiła o tym również Deklaracja rządu Rzeczypospolitej Polskiej z 15 kwietnia 1997, towarzysząca ratyfikacji konkordatu. Pkt 6 deklaracji brzmi: „Konkordat uznaje określone ustawodawstwem polskim kompetencje organów państwowych do regulowania kwestii finansowych i podatkowych kościelnych osób prawnych i fizycznych – w tym celu strona państwowa zapozna się z opinią strony kościelnej w łonie odpowiedniej komisji”. MP z 1997 r. Nr 4 poz. 51.

¹¹ M. Korycka-Zirk, *Teorie zasad prawa a zasada proporcjonalności*, Warszawa 2012, s. 207.

Powstaje w tej sytuacji pytanie, czy radykalna zmiana linii orzeczniczej sądownictwa administracyjnego znajduje swoje rzeczywiste uzasadnienie w brzmieniu art. 26 pkt 6d updf, czy też dokonuje się „na wyrost” w oparciu o niespójne, wadliwe prawo, które wymagałoby nowej interpretacji uprawnionych do tego organów konstytucyjnych. Dlatego tym ważniejsza wydaje się linia orzecznicza NSA, która stanowić będzie zawsze punkt odniesienia dla wszystkich oczekujących sprawiedliwych i zrównoważonych wyroków. W doktrynie od dawna był obecny pogląd, że w przypadku sprzeniewierzenia się przez prawodawcę standardom prawidłowej legislacji, sędzia sądu administracyjnego może w procesie orzeczniczym przywrócić prawu należny mu autorytet¹². Zaprzeczeniem przyzwoitej legislacji podatkowej są takie rozwiązania, które w rażący sposób obarczone są oczywistym błędem legislacyjnym¹³. Stąd w warunkach sporu ważne stały się uzasadnienia wyroków w przypadku kilku skarg dotyczących rozliczenia PIT z 2006 r.

Charakter przeprowadzanej zmiany w ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych z 30 czerwca 2005 r.

W czasie ogłaszania uchwały IF NSA w Sejmie toczyły się już prace nad nowelizacją ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych i zmianie innych ustaw. Kierując się wykładnią IF NSA, dopisanie do art. 26 pkt 6d nie powinno mieć wpływu na zmianę stosowania przepisów ustaw kościelnych po nowelizacji z 30 czerwca 2005 r., ponieważ jednocześnie nie wprowadzono do nich przepisu w takim samym brzmieniu.

Pojęcie „ustawy odrębne” w powiązaniu z ustawami kościelnymi zinterpretował NSA w pierwszym prawomocnym orzeczeniu, które dotyczyło skargi na decyzję Izby Skarbowej o nieuwzględnieniu ulgi odliczonej przez podatnika w PIT za rok 2006 (skarżącemu brakowało przelewu bankowego). Miało to miejsce dopiero w 2009 r. (II FSK 449/08 z 23 lipca 2009). I tu wielka niespodzianka, ponieważ wobec darowizn na cele charytatywno-opiekuńcze sąd stanął na stanowisku, że od 1 stycznia 2006 r. darczyńcę obowiązują już równorzędnie dwie ustawy – ogólna i kościelna. NSA użył w wyroku argumentu, że przepis art. 26 ust. 6d dotyczył ustaw kościelnych, ponieważ „innych nie było”. Marny to argument w postępowaniu procesowym, bo można zastanowić się nad tym, skąd ma posiadać taką wiedzę „zwykły” podatnik? (w kilku późniejszych wyrokach argument ten jest powtarzany jak echo).

¹² *Społeczne poglądy o Naczelnym Sądzie Administracyjnym*, red. M. Borucka-Arctowa, Warszawa–Kraków 1990, s. 46 i nast., 84 i nast.

¹³ J. Małecki, *Lex falsa lex non est*, [w:] *Ex iniura non oritur ius. Księga ku czci profesora Wojciecha Łączkowskiego*, red. A. Gomułowicz, J. Małecki, Poznań 2003.

Należy mieć wobec takiego argumentu wątpliwości również i z tego powodu, że w tym samym artykule znajdujemy wprawdzie ułomne pod względem legislacyjnym, ale jednak wyliczenie tych „ustaw odrębnych” (art. 26 ust. 1 pkt 9). Zaznaczyć należy, że do wydania tego orzeczenia podatnicy nie mieli żadnej obowiązującej wykładni sądowej, która wskazywałaby na zmianę sposobu interpretowania ustaw kościelnych w związku z art. 26 ust. 6 updf.

Wydaje się jednak, że NSA pochopnie wywiódł z art. 26 zasadę jednakowego traktowania wszystkich darowizn na rzecz kościelnych osób prawnych. Z wykładni gramatycznej wynikają bowiem inne wnioski.

Należy więc tu prześledzić zawartość art. 26 updf, dokonując wykładni gramatycznej tak, jak on prowadzi podatnika po kolejnych przepisach, dotyczących rozliczania darowizn.

W ust. 1 artykuł ten postanawia, że „podstawę obliczenia podatku [...] stanowi dochód [...] po odliczeniu kwot”. W art. 26 ust. 1 pkt 9 lit. b kontynuuje ten przepis stwierdzeniem „darowizn przekazanych na cele”, a w art. 26 ust. 1 pkt 9 lit. b wymieniane są cele „kultu religijnego”. Jednocześnie na końcu pkt. 9 zastrzega, że wysokość tej darowizny nie może przekroczyć „kwoty stanowiącej 6% dochodu”.

W art. 26 ust. 6d zostało wyprzedzająco powiedziane, że „Przepis ust. 7 stosuje się do darowizn odliczanych na podstawie odrębnych ustaw”. Idąc więc dalej, w ust. 7 przeczytać można, że „Wysokość wydatków na cele określone w ust. 1 ustala się na podstawie dokumentów stwierdzających ich poniesienie. Jednakże w przypadku odliczeń, o których mowa w ust. 1:

1) pkt 6a, odliczenie stosuje się, jeżeli wysokość wydatków została udokumentowana fakturą w rozumieniu przepisów o podatku od towarów i usług,

2) pkt 9 [a więc nastąpił tu powrót do przepisu, w którym wskazane są cele darowizn – przyp. D.W.] odliczenie stosuje się, jeżeli wysokość darowizny jest udokumentowana dowodem wpłaty na rachunek bankowy obdarowanego”.

Z tego wynika, że art. 26 ust. 7 należy bezwzględnie czytać nie samoistnie, lecz w powiązaniu z innymi przepisami tego artykułu, ponieważ art. 26 pkt 7 ust. 2 precyzuje, że odnosi się on w swej treści tylko do pkt. 9, który wyraźnie wskazuje na cele określonych darowizn, zapisanych w ustawach odrębnych.

Powyższy przypadek jest wybitnym przykładem niespójności prawa. Jednakże z wykładni gramatycznej wynika, że w analizowanym tekście ten przepis ustawy wymienia *expressis verbis* tylko trzy cele, wobec których wskazuje sposób dokumentowania darowizny w postaci przelewu na rachunek obdarowanego. Są to:

1) cele określone w art. 4 ustawy o działalności pożytku publicznego (bez podania daty uchwalenia ustawy),

2) cel krwiodawstwa na podstawie ustawy z 22 sierpnia 1997 r. o publicznej służbie krwi,

3) cel kultu religijnego (bez wskazania podstaw ustawowych)”.

Przepis art. 26 ust. 1 pkt 9 nie wymienia ani w tym (ani w innym) miejscu takiego celu darowizny, jakim jest działalność charytatywno-opiekuńcza! Być może zróżnicowane podejście ustawodawcy wobec obu typów darowizn na rzecz kościelnych osób prawnych wynika z tego, że darowizny na rzecz kultu religijnego są limitowane (6% wysokości dochodu)¹⁴ i wymagają bardziej wnikliwych obliczeń, a darowizn na cele charytatywno-opiekuńcze limity nie obowiązują.

Należy domniemywać, że nic nie stało na przeszkodzie, aby taki cel pojawił się w tym przepisie, gdyby racjonalny ustawodawca uznał to za wskazane. Jeśli tego nie zrobił – zasada przekazywania darowizny na rachunek obdarowanego nie dotyczy celów charytatywno-opiekuńczych, ponieważ nie są one wymienione w art. 26 updf. Koresponduje to z ostatnimi zdaniem art. 55 ust. 7 uspkk oraz art. 40 ust. 7 uspkap, które odnoszą się w całości do darowizn na kościelną działalność charytatywno-opiekuńczą i brzmią: „W odniesieniu do darowizn na inne cele mają zastosowanie ogólne przepisy podatkowe”.

Z analizy tych przepisów wynika więc, że ustawodawca i kościoły godziły się od początku na to, iż darowizny na cele kultu religijnego poddane są ogólnym przepisom podatkowym, a darowizny na cele charytatywno-opiekuńcze już nie. Zachowanie tej zasady wyraźnie wynika z logiki przepisów art. 26 updf.

Nic więc dziwnego, że na stronie internetowej Ministerstwa Finansów w roku podatkowym 2006 (i kolejnych) informowano, iż dokumentacja darowizn na cele charytatywno-opiekuńcze, przeznaczonych dla kościelnych osób prawnych, będzie rozliczana wedle brzmienia przepisów ustaw kościelnych, a te przewidują jedynie pokwitowanie odbioru darowizny oraz złożenie sprawozdania z jej wykorzystania w ciągu dwóch lat od jej przekazania.¹⁵

Czym kierował się wobec powyższego NSA w wyroku z 2009 r., w istocie rzeczy rozszerzając w konkretnej sprawie zakres zobowiązań poza podatkowo-prawny stan faktyczny, co w prawie podatkowym jest niedopuszczalne? Nie ma bowiem takiego przepisu prawnego, który zobowiązywałby darczyńcę do przekazywania darowizny na cele charytatywno-opiekuńcze na rachunek

¹⁴ Na podstawie tych przepisów można zinterpretować ich sens w sposób następujący: podstawę obliczenia podatku stanowi dochód ustalony po odliczeniu kwot darowizn przekazanych na cele kultu religijnego w wysokości nie wyższej niż kwota stanowiąca 6% dochodu. Wysokość wydatków na cele kultu religijnego musi być udokumentowana dowodem wpłaty na rachunek bankowy obdarowanego.

¹⁵ Fakt funkcjonowania takiej informacji na stronie internetowej MF w 2006 r. potwierdza wspomniany Piotr Skwirowski, *Podatkowe ostatek ulgowe...*

obdarowanego. Art. 26 ust. 1 pkt 6d, art. 26 ust. 1 pkt 7 oraz art. 26 ust. 1 pkt 9, odnoszą się wyraźnie w słowach tylko do wskazanego w tym przepisie takiego celu darowizny, jakim jest kult religijny. W tym samym czasie problem dokumentowania ulg kościelnych był kwitowany w prasie, jak dawniej. Jeszcze 18 marca 2010 r. „Gazeta Wyborcza” stwierdzała: „Co ciekawe, w ustawach kościelnych nie ma wymogu jakiegos specjalnego dokumentowania superdarowizn. Nie wymagają one, żeby przekazywać darowizny kwotowe na konta bankowe obdarowywanych instytucji kościelnych. Dokumentem uprawniającym do skorzystania z ulgi może być zwykłe zaświadczenie o dokonaniu darowizny, wystawione przez obdarowywaną instytucję”¹⁶.

Przykłady te ilustrują zamieszanie, jakie nadal trwało wokół dokumentowania darowizn kościelnych. Działo się to zapewne dlatego, że analizowana nowelizacja nie spełniła konstytucyjnych standardów przyzwoitej legislacji, a w konsekwencji naruszyła podstawowe elementy, kształtujące treść zasady zaufania do państwa i stanowionego prawa. Nie realizowała także wymogu należytej określoności prawnych elementów zobowiązania podatkowego (art. 217 Konstytucji). W literaturze przedmiotu działanie takie traktuje się jako „bubel ustawowy”, czyli unormowanie niekompletne, które w praktyce uniemożliwia lub znacząco utrudnia realizację określonych w nim uprawnień. Zalicza się do nich także akty wadliwe formalnie¹⁷ (można też przytoczyć mnóstwo przykładów wypowiedzi na ten temat, jakie przytaczane były w prasie ze strony księży, którzy – zauważając, że konsultacji przewidzianych przez ustawę z kościołami nie było – informowali, że wszystko pozostaje „po staremu”). Nietrudno więc zauważyć, że zróżnicowanie prawne darowizn kościelnych nie zamykało pola do uznaniowej interpretacji nowych przepisów przez organy do tego uprawnione. Mijało się to z poglądami ujawnianymi przez doktrynę prawa podatkowego, która od dawna zwracała uwagę na brak synchronizacji przepisów ustawy ogólnej i ustaw specjalnych. R. Mastalski wręcz stwierdzał, że synchronizacji tej nie zastąpią urzędowe interpretacje¹⁸.

¹⁶ Idem, *Podaruj sobie ulgę*, „Gazeta Wyborcza”, 18 marca 2010. Autor zajmuje się problematyką podatków w „Gazecie Wyborczej” od 15 lat. W tym samym artykule przeczytać można: „Fiskus chciał to trochę pozmienić i przygotował przepisy, które miały sprawić, żeby darowizny na działalność charytatywno-opiekuńczą kościołów trzeba było dokumentować tak, jak zwykle darowizny, czyli bankowymi dowodami wpłaty pieniędzy. Tych wymogów nie wpisano jednak do ustaw kościelnych (bo to wymagałoby negocjacji i uzgodnień z poszczególnymi kościołami), lecz do ustawy o PIT. Część doradców podatkowych twierdzi teraz, że taki zapis jest nieskuteczny. Taką opinię można też usłyszeć w kościołach”.

¹⁷ M. Sala-Szczypiński, *Racjonalność pracodawcy a odpowiedzialność za „bubel ustawowy”*, „Studia Prawnicze” 2009, s. 30–31.

¹⁸ R. Mastalski, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Wrocław 2010; E. Lewandowska, *Instytucja indywidualnych interpretacji prawa podatkowego jako jedno z podstawowych narzędzi zarządzania ryzykiem podatkowym*, www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/38911/012.pdf.

Na podstawie niektórych orzeczeń WSA i NSA w niektórych, indywidualnych sprawach można założyć, że punkt ciężkości w trójkącie państwo–kościół–podatnik (darczyńca), został przesunięty na relacje państwo–podatnik (darczyńca), z decydującym wkroczeniem przymusu państwowego, ponieważ państwo przestało z powodów formalnych uznawać prawo podatnika do odliczenia ulgi na zasadach zapisanych w *lex specialis*. Jeżeli uznać trwałość statusu *lex specialis* w przypadku ustaw kościelnych, należy stwierdzić, że przepisy dotyczące darowizn (art. 55 ust. 7, art. 40 ust. 7 obu ustaw kościelnych) zostały tego atrybutu pozbawione¹⁹. Przelew bankowy warunkuje prawo do ulgi z tytułu dokonanej darowizny, brak przelewu na rachunek bankowy obdarowanego odbiera podatnikowi prawo do ulgi. Można też zaryzykować tezę, że w wyrokach indywidualnych unieważniono formalną wartość przywoływanych przepisów ustaw kościelnych, ponieważ bez udokumentowania darowizny przelewem bankowym pozostałe przesłanki (potwierdzenie odbioru darowizny, sprawozdanie z jej spożytkowania) tracą swoje pierwotne znaczenie prawne, gdyż i tak nie dają prawa do ulgi.

Jeśli podatnik zawierzył wykładni IF NSA z marca 2005 r., która miała być „światłem w tunelu”, jest dziś często przez państwo ścigany i karany.

Sporu o prawo ciąg dalszy

1.

Po pierwszych orzeczeniach NSA, dotyczących rozliczenia PIT za rok 2006 tę nową konfigurację prawną eksperci w dalszym ciągu uznawali za wysoce niespójną, ponieważ zmiany zostały wprowadzone do ustawy o PIT, ale nie do ustaw kościelnych. Nic nie podważa stanowiska, że to ustawy kościelne zawierają przepisy szczególne w stosunku do ustaw podatkowych, a nie na odwrót, czemu w praktyce często zaprzeczają naczelnicy Urzędów Skarbowych, stwierdzając, że dla oceny dokumentowania darowizn „miarodajny” jest tekst ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych. Zaprzeczają tym samym, że zgodnie z przytoczonymi wyżej zasadami, przepisy szczególne mają pierwszeństwo nad przepisami ogólnymi. Procedury wszczynane na podstawie wadliwego prawa budzą również uzasadnione wątpliwości co do ich zgodności z zasadami materialnego prawa podatkowego²⁰.

¹⁹ Przedstawiciel MF uzasadnił to na posiedzeniu komisji następująco: „Nakładamy na kościół większy obowiązek, ale jednocześnie zrównujemy kościół z innymi instytucjami”. Stenogram z posiedzenia Komisji Finansów Publicznych z 19 kwietnia 2005 r.

²⁰ G. Makowski, *Kalendarium zmian prawnych*, „Trzeci Sektor” 2006, nr 2, s. 97: „Sposób wprowadzenia nowych regulacji natychmiast wzbudził nowe kontrowersje, ponieważ tzw. ustawy kościelne są aktami szczególnymi wobec ogólnych zapisów ustawy o PIT, dlatego wydaje się,

2.

Nietrudno również zauważyć, że przepis ten ze swej istoty zobowiązuje darczyńców (?) i obdarowanych (!) do posiadania rachunku bankowego. Urzędy Skarbowe zbijają ten argument stwierdzeniem, że wymóg ten nie jest obowiązkiem, który w obecnych czasach mógłby powodować dla darczyńców jakiegokolwiek problemy natury faktycznej. Ten tok rozumowania prowadzi niezaprzeczalnie do wniosku, że polskie prawo podatkowe uzależnia przekazanie darowizny na cele charytatywno-opiekuńcze kościelnym osobom prawnym od posiadania przez nie rachunku bankowego dla celów przyjęcia darowizny (nasuwa się tu myśl, że zobowiązanie to może być porównywalne niemalże z obowiązkiem posiadania dowodu osobistego). W związku z tym rodzi się pytanie o podstawy prawne kreowania takiego obowiązku (np. wobec parafii), ponieważ ani w ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych, ani w ustawach kościelnych takiego obowiązku prawnego nie ma. Dlaczego więc ustawodawca w omawianym przypadku posłużył się wprost takim nakazem? Odpowiedzi na to pytanie brakuje i nie ulega wątpliwości, że wskazuje ona na ewidentne luki w prawie. Godzi to w podstawowe zasady materialnego prawa podatkowego, w tym w szczególności w zasadę określoności prawa, która nakazuje stanowić prawo jasne, precyzyjne, niesprzeczne i zrozumiałe²¹.

W tym kontekście warto przywołać uchwałę Sądu Najwyższego (dalej SN), który co najmniej trzykrotnie zajmował się w ostatnich latach sposobem reprezentowania osób prawnych Kościoła rzymskokatolickiego (w tym również parafii) w stosunkach cywilnoprawnych. W uchwale z 19 grudnia 2008 r. SN wypowiadał się co do sposobu działania parafii jako kościelnej osoby prawnej i zakresie jej kompetencji w sposób następujący:

Ze względu na uznaną w powołanej ustawie [o stosunku Państwa do Kościoła katolickiego – przyp. D.W.] autonomię Kościoła nie wchodzi w grę system określania reguł zachowania osoby prawnej w stosunkach zewnętrznych przepisami wydanymi przez prawodawcę państwowego ani statutami kontrolowanymi na etapie rejestracji. Trzeba zatem przyjąć, że regulacja taka pozostawiona została samemu Kościołowi, co wyraża art. 2 uspkk, stanowiący, że Kościół rządzi się w swych sprawach własnym prawem, swobodnie wykonuje władzę duchową i jurysdykcyjną oraz zarządza swoimi sprawami (III CZP 122/08).

że dążąc do uregulowania tej sprawy, powinno się zmienić raczej ustawy «kościelne», a nie ustawę podatkową. To jednak wymagałoby prowadzenia konsultacji z kościołami i związkami religijnymi, na co zapewne nikt z rządzących nie miał ochoty – łatwiej było więc zaryzykować wadliwe rozwiązanie prawne”.

²¹ Ł. Karczyński, *Podstawowe zasady materialnego prawa podatkowego*, Gdańsk 2007.

Powstaje wobec powyższego pytanie, czy nakaz posiadania rachunku bankowego przez kościelną osobę prawną dla celów przyjęcia darowizny na mocy art. 26 ust. 6d łamie swobodę „zarządzania swoimi sprawami”, czy też jest w pełni legalny?

Podsumowanie

Nie ulega wątpliwości, że ustawodawca ma pełne prawo do wprowadzania zmian prawnych do ustaw podatkowych. W omawianym przypadku mógł z powodzeniem dokonać zmian w obu ustawach, mógł dokonać zmiany tylko w ustawach kościelnych, mógł też w ogóle zlikwidować ulgi podatkowe z tytułu przekazywania kościelnym osobom prawnym darowizn na działalność charytatywno-opiekuńczą. Nie ulega jednak wątpliwości, że przy zmianie zasady ustawodawca powinien dołożyć wszelkiej staranności, aby zmiana była bezdyskusyjna, czytelna i przejrzysta. W analizowanym przypadku staranności tej nie dopełniono²².

Nie można też zgodzić się ze stwierdzeniem, że dopisanie przepisu o przekazywaniu darowizny przelewem bankowym do updf ma tylko charakter techniczny, porządkujący, ujednolicający. Przepis ten w istocie traktowany jest jako przesłanka, od której urzędy skarbowe uzależniają uznanie odliczonej ulgi. Na tle tradycji społecznej, jaka się już w tej płaszczyźnie ugruntowała (darowizny w formie gotówkowej), celem takiej praktyki jest nie tylko utrudnianie przekazywania darowizn, ale również poszerzenie możliwości zastosowania przymusu państwowego wobec podatnika-darczyńcy, przed czym swego czasu przestrzegała IF NSA.

W niektórych wyrokach sądowych, stanowiących w treści kalkę argumentacyjną²³, o obowiązku dokonania darowizny przelewem bankowym NSA

²² P. Skwirowski napisał: „Problemem jest tylko dokumentowanie darowizn na działalność charytatywno-opiekuńczą kościołów. W tzw. ustawach kościelnych, w których zapisano ulgę, nie ma wymogu jakiegos specjalnego dokumentowania takich darowizn. Nie wymagają one nawet, żeby przekazywać darowizny kwotowe na konta bankowe obdarowanych instytucji kościelnych. Dokumentem uprawnionym do skorzystania z ulgi może być zgodnie z tymi ustawami zwykłe zaświadczenie o dokonaniu darowizny wystawione przez obdarowaną instytucję. Dodatkowo po dwóch latach trzeba złożyć sprawozdanie tej instytucji z wykorzystania darowizny. Ministerstwo Finansów próbowało uszczelnić te zasady, tak, żeby objęte ulgą darowizny na działalność charytatywno-opiekuńczą kościołów, trzeba było dokumentować tak, jak zwykłe darowizny. Nie wiadomo jednak, czy nowe przepisy są skuteczne, bo wpisano je do ustawy podatkowej, a nie do ustaw kościelnych. Część księży informuje, że w kwestii dokumentowania darowizn nic się nie zmieniło”. (*PIT 2008: Ulga odsetkowa, darowizny i ulgi na Internet*, „Gazeta Wyborcza”, 14 kwietnia 2009)

²³ Budowanie uzasadnienia wyroku metodą „wytnij, wklej” nasuwa przypuszczenie, że w praktyce sądowej wyroki poprzedzające traktowane są na zasadzie precedensu, które w polskim prawie nie obowiązują. Każda sprawa jest inna i opiera się na uznaniowości decyzji administracyjnej.

mówi, że nowy przepis updf tworzy jedynie bezkolizyjny „wymóg nowy i dodatkowy”, bo przecież nie zmienia brzmienia ustaw kościelnych. Wobec praktyki urzędów skarbowych argument ten brzmi dość cynicznie. W orzeczeniach w konkretnych sprawach (np. II FSK 449/08 z 23 lipca 2009 r.), NSA nadal nie zaprzecza, że ustawy kościelne mają charakter *lex specialis*.

Należy jednak zauważyć, że w przypadku wprowadzenia nowego, dodatkowego wymogu do updf, bez wskazania, w jakim stopniu dotyczy on ustaw kościelnych (przy braku konsultacji ze związkami wyznaniowymi), naruszono w istocie rzeczy nie tylko zasady techniki legislacyjnej, nie tylko pkt 6 wspomnianej Deklaracji rządu Rzeczypospolitej Polskiej z 15 kwietnia 1997 r., ale przede wszystkim ich status *lex specialis*.

Niezależnie od trwałości wzorca, jaki stworzyła IF NSA w marcu 2005 r., kolizja ta wynika w obu przypadkach z intencji ustawodawcy: ustawa z maja 1989 r. poszerzała autonomię Kościoła wobec państwa, a art. 26 pkt 6d updf w linii orzeczniczej NSA musiałby być odczytany jako jej zawężenie.

NSA w niektórych wyrokach staje tym razem wyraźnie po stronie państwa, uzasadniając, że w obu regulacjach nie ma sprzeczności, ponieważ obie ustawy tworzą „sytuację kompletną”, a przecież tylko w przypadku pojawienia się sprzeczności decyduje treść *lex specialis*. Godzi się więc zauważyć, że gdyby tej sprzeczności w obecnym kształcie prawnym nie było, nie byłoby represji ze strony urzędów skarbowych wobec tych podatników, którzy swe rozliczenie oparli na zasadzie przepisów *lex specialis*, czyli ustaw kościelnych.

Jest rzeczą ciekawą, że w wyrokach sądów administracyjnych nie pojawia się wobec obywateli-darczyńców nawet cień okoliczności łagodzących, chociażby ze względu na własny wkład sądów w trwałe przekonanie, że *lex specialis derogat legi generali*.

W niektórych wyrokach przywoływanych w uchwale IF NSA z 2005 r. doszło do co najmniej zlekceważenia paremii rzymskich, konstytuujących specjalny charakter ustaw kościelnych, co podatnikom (również przy pomocy sądów administracyjnych) wpajano przez kilkanaście lat. W kontekście tym warto przywołać poglądy, obecne od dawna w doktrynie prawa podatkowego, że sąd nie może uzupełniać i poprawiać ustawodawcy, bo przekracza wtedy granicę pomiędzy stanowieniem a stosowaniem prawa podatkowego, „co w żadnym wypadku nie powinno mieć miejsca”. Z drugiej strony, z całą mocą jest podkreślane, że państwo ma obowiązek tworzenia spójnego prawa, pozbawionego luk. A jeżeli tego nie czyni, to nie można dokonywać interpretacji prawa podatkowego na niekorzyść podatnika według zasady *in dubio pro fisco*²⁴.

²⁴ M. Grzymisławska-Cybulska, *op. cit.*, s. 171. Należy podkreślić, że zasadę *in dubio pro fisco* powołuje się w doktrynie jako błąd obciążający rozstrzygnięcia organów podatkowych lub sądów

W wyroku z 21 czerwca 2011 r. (sygn. akt P 26/10) Trybunał Konstytucyjny jednoznacznie negatywnie ocenił przypadki niewywiązywania się z zobowiązań podatkowych. Stwierdził, że „w świetle zasady powszechności i sprawiedliwości podatkowej nie można zaakceptować sytuacji, w której niektórzy podatnicy uchylają się od ciężącego na nich obowiązku”. Można skomentować: święta prawda.

Jednocześnie na tym tle TK podkreślił, że elementem wzorca konstytucyjnego jest bezpieczeństwo prawne jednostki oraz zasada lojalności państwa wobec obywatela, która wyraża się w takim stanowieniu i stosowaniu prawa,

[...] by nie stawiało się swoistą pułapką dla obywatela i aby mógł on układać swoje sprawy w zaufaniu, iż nie naraża się na prawne skutki, których nie mógł przewidzieć w momencie podejmowania decyzji i aby mógł on układać swoje sprawy w zaufaniu, iż nie naraża się na prawne skutki, których nie mógł przewidzieć w momencie podejmowania decyzji i działał w przekonaniu, iż jego działania zgodne z obowiązującym prawem, będą także w przyszłości uznawane przez porządek prawny (Orzeczenie TK 1/94, wyrok TK z 7 lutego 2001 r., sygn. K 27/00, OTK ZU nr 2/2001, poz. 2/2001, poz. 29, pkt III.9). Opierają się one zatem na pewności prawa, czyli takim zespole cech przysługujących prawu, które gwarantuje jednostce bezpieczeństwo prawne, umożliwiając jej decydować o swoim postępowaniu na podstawie pełnej znajomości przesłanek działania organów państwa, a zarazem znajomości konsekwencji prawnych, jakie postępowanie to może za sobą pociągnąć.

Doświadczenie wskazuje, że skuteczność prawa ustawodawca może osiągnąć w sposób dwojaki: tworząc prawo przejrzyste i czytelne dla adresata, albo tworząc w sposób zamierzony prawo wadliwe, a skuteczność osiągać represjami. Wynika z tego, że tylko indywidualni podatnicy-darczyńcy są z całą surowością ścigani za czynności dokonane w 2006 r. z powodu braku jednoznacznego, czytelnego prawa. I nawet, jeśli w ten sposób skuteczność działania prawa zostanie osiągnięta²⁵, nietrudno zauważyć, że stanie się to z naruszeniem art. 2 Konstytucji, który brzmi: „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”.

Jak widać, sprawiedliwość czasami odkładana jest na półkę.

administracyjnych na niekorzyść podatnika. Błąd ten wiązany jest na ogół z naruszeniem zasady państwa prawa. Przeciwnieństwem zasady *in dubio pro fisco* jest zasada *in dubio pro tributario*, która przewiduje rozstrzygnięcia na korzyść podatnika.

²⁵ Od pierwszego prawomocnego wyroku NSA w sprawie skarg dotyczących kontrolowania darowizn kościelnych w PIT 2006, doradcy podatkowi, aby uchronić podatników przed „uznaniem” urzędów skarbowych, ale także prasa, informują o przekazywaniu darowizn przelewem bankowym. Ocena wadliwości samego prawa nie zmieniła się.

Abstract

A Handful of Comments on the Legal Differentiation of Church Donations in the Light of Administrative and Court Practice

The article concerns the controversy continuing for many years around the donations presented to ecclesiastical legal persons. In March 2005 the dispute seemed to be finished by the decision of the Financial Chamber of the Supreme Administrative Court. Yet the amendments to the Act on personal income tax from natural persons and changing other acts from 30th June 2005 only aggravated the controversy, especially as its Art. 26 section 6d is excessively incoherent and breaking the principles of correct legislative technique. Moreover, the judicature of administrative courts, adjudicating the complaints lodged against tax chambers, in fact always to the disadvantage of the taxpayer, raises serious interpretative doubts. The author asks important questions *de lege ferenda*, pointing at the same time to the fact of the legislator tolerating serious legal gaps, which turns against the taxpayer in court practice.

Klaudia Krużolek

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Prawnofinansowe aspekty zwalczania lichwy bankowej

Jednym z aktualnych problemów obecnej rzeczywistości gospodarczej jest zjawisko lichwy, czyli pożyczania pieniędzy na bardzo wysoki procent. Prawo polskie, podobnie jak wiele innych systemów prawnych, zakazuje uprawiania lichwy. Zakaz został spenalizowany w art. 304 kodeksu karnego¹.

7 lipca 2005 r. została uchwalona ustawa o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz o zmianie niektórych innych ustaw², wprowadzająca zmiany do czterech aktów prawnych: ustawy z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny³, ustawy z 2 czerwca 1995 r. o obligacjach⁴, ustawy z 20 lipca 2001 r. o kredycie konsumenckim⁵ oraz do ustawy z 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary⁶. Głównym celem przyjęcia ustawy antylichwiarskiej miało być wprowadzenie do obiegu prawnego konstrukcji, które miały pomóc w zwalczaniu lichwy, chronić interesy konsumentów, w szczególności przed wygórowanymi odsetkami (najczęściej bankowymi), którzy to konsumenci coraz częściej popadają w tzw. spiralę zadłużenia⁷.

Impulsem do uchwalenia ustawy antylichwiarskiej był niepokojący wzrost zadłużenia gospodarstw domowych obywateli, który zwrócił uwagę parla-

¹ „Kto, wyzyskując przymusowe położenie innej osoby fizycznej, prawnej albo jednostki organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej, zawiera z nią umowę, nakładając na nią obowiązek świadczenia niewspółmiernego ze świadczeniem wzajemnym, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3” (Dz.U. z 1997 r. Nr 88 poz. 553 z późn. zm.).

² Dz.U. z 2005 r. Nr 157 poz. 1316, zwana dalej ustawą antylichwiarską.

³ Dz.U. z 1964 r. Nr 16 poz. 93 z późn. zm., zwany dalej kc.

⁴ Dz.U. z 2001 r. Nr 120 poz. 1300 z późn. zm.

⁵ Dz.U. z 2001 r. Nr 100 poz. 1081 z późn. zm.

⁶ Dz.U. z 2002 r. Nr 197 poz. 1661 z późn. zm.

⁷ Uzasadnienie do poselskiego projektu o zmianie ustawy o kredycie konsumenckim (druk nr 3063), s. 4.

mentarzystów. Z danych z kwietnia 2005 r., znajdujących się w bazie Krajowego Rejestru Dłużników wynika, że odsetek osób, które miały problemy ze spłaceniem kredytów wzrósł z 20% do 26%⁸.

Posłowie przygotowali projekt ustawy ukierunkowanej na ochronę praw konsumenta przez ukrócenie nieuczciwych praktyk banków. Konsumenti, najczęściej o złej kondycji finansowej, bez środków na zaspokojenie nawet najbardziej podstawowych życiowych potrzeb, zaciągali kredyty lub pożyczki na spłatę już powstałych zobowiązań albo w celu uiszczenia bieżących wydatków. Najczęściej zaciąganiu kolejnych kredytów towarzyszył całkowity brak świadomości o całkowitych kosztach kredytu i poważnych konsekwencjach, grożących kredytobiorcy w przypadku uchybienia terminowi spłaty zobowiązania⁹. Banki z kolei bardzo sprytnie wykorzystywały sytuację, wpłatając w umowy treści pozwalające im na praktyki tzw. lichwy bankowej¹⁰. Konsument w tej sytuacji najczęściej popadał we wspomnianą spirale zadłużenia.

Kolejną pułapką, w jaką banki wabiły kredytobiorców, były tzw. kredyty konsumpcyjne (np. na wakacje, sprzęt AGD, kredyt świąteczny), stwarzające złudne wrażenie poprawy stopy życiowej konsumenta. Mechanizm działania był identyczny. Wysokie oprocentowanie kredytu, znaczne odsetki karne – wszystkie zapisy w sposób mało przejrzysty zawarte w umowie. I znowu konsument stawał się ofiarą pułapki kredytowej. Sytuacja społeczna sprzyjała oferowaniu przez kredytodawców, w szczególności tych, którzy nie podlegali nadzorowi w zakresie prowadzonej działalności finansowej, produktów, z których zysk był osiągany przede wszystkim w przypadku uchybienia terminowi zapłaty przez kredytobiorcę. Niebezpieczeństwo występowania lichwy nasiliło się szczególnie w momencie, gdy w społeczeństwie wzrosła liczba osób, które straciły płynność finansową w związku z gwałtownymi przemianami gospodarczymi, których efektem była np. utrata pracy przez konsumenta. Niedoświadczenie kredytobiorcy i brak umiejętności dokonania przez niego racjonalnej oceny własnej zdolności kredytowej prowadziły niejednokrotnie do szukania ratunku w kolejnych pożyczkach. Ten proceder skutkował jeszcze większymi kłopotami finansowymi obywateli.

Nieuczciwi kredytodawcy, używając dostępnych im instrumentów finansowych zakładali z góry, że kredytobiorca nie będzie w stanie podolać termi-

⁸ *Branża finansowa szuka sposobów na obejście zakazu lichwy*, Bankier.pl – Polski portal finansowy, www.bankier.pl/wiadomosc/Branza-finansowa-szuka-sposobow-na-obejscie-zakazu-lichwy-1331060.html, [10.08.2005].

⁹ Uzasadnienie..., s. 2.

¹⁰ Nadmierne oprocentowanie kredytu, zbyt wysokie odsetki za uchybienie terminowi spłaty raty kredytu.

nowej spłacie zadłużenia. Niejednokrotnie, dla zaspokojenia nieściągalnego długu, który przekraczał możliwości majątkowe dłużnika, wierzyciele posługiwali się pozaprawnymi metodami windykacji.

Sama inicjatywa podjęta przez posłów, mająca na celu ochronę „nieporadnego” konsumenta, była niewątpliwie szlachetna, jednakże metody mające na celu wdrożenie idei w życie muszą budzić zastrzeżenia.

Ustawodawca zignorował m.in. fakt, że do tej pory walkę z lichwą skutecznie wygrywał Sąd Najwyższy, wielokrotnie orzekając, że odsetki wygórowane (lichwiarskie) ze względu na okoliczności konkretnej sprawy mogą być sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 2 kc czy art. 353¹ kc). Sądy wykorzystywały również wielokrotnie instytucję wyzysku (art. 388 kc) lub instytucję nadużycia prawa (art. 5 kc)¹¹. We wzmiankowanych przypadkach umowa zawierająca takie odsetki jest częściowo bezzwzględnie nieważna¹².

Zauważyć należy, że przepisy ustawy antylichwiarskiej nie zawierają wyłączeń dotyczących stosunków prawnych między przedsiębiorcami. W związku z czym, regulując obszar aktywności polegający na udostępnianiu środków pieniężnych (z zyskiem), ustawodawca stworzył normy dotyczące całego obrotu powszechnego¹³. Górna granica odsetek ma zatem zastosowanie zarówno w stosunkach pomiędzy konsumentami, konsumentem a bankiem (w znaczeniu art. 4 ust. 1 pkt 16a Prawa bankowego¹⁴), czy też w obrocie obustronnie profesjonalnym.

Prawodawca wprowadził do art. 359 § 2 kc trzy dodatkowe regulacje:

- § 2¹ maksymalna wysokość odsetek ustawowych wynikających z czynności prawnej nie może w stosunku rocznym przekraczać czterokrotności wysokości stopy kredytu lombardowego¹⁵ Narodowego Banku Polskiego (odsetki maksymalne),
- § 2² jeżeli wysokość odsetek wynikających z czynności prawnej przekracza wysokość odsetek maksymalnych, należą się odsetki maksymalne,
- § 2³ postanowienia umowne nie mogą wyłączać ani ograniczać przepisów o odsetkach maksymalnych, także w razie dokonania wyboru prawa obcego. W takim przypadku stosuje się przepisy ustawy.

¹¹ P. Bodył-Szymala, *Odsetki za opóźnienie mogą być wyższe*, „Rzeczpospolita”, 5 września 2005, s. 4.

¹² Por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 8 stycznia 2003 r., sygn. akt II CKN 1097/00, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna 2004/4/55.

¹³ R. Kaszubski, A. Tupaj-Cholewa, *Prawo bankowe*, Warszawa 2010, s. 68.

¹⁴ Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 z późn. zm).

¹⁵ Stopa lombardowa (kredytu lombardowego) określa cenę, po której bank centralny udziela bankom komercyjnym pożyczek pod zastaw papierów wartościowych. Kwota kredytu nie może przekroczyć równowartości 80% papierów wartościowych obciążonych zastawem. Stopę kredytu lombardowego określa Rada Polityki Pieniężnej (organ Narodowego Banku Polskiego – NBP).

Przypomnieć należy, że pojęcie odsetek maksymalnych pojawiło się już w art. 359 § 3 kc obowiązującym do 25 września 2003 r. Z kolei na mocy ustawy z 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw¹⁶, odebrano możliwość Radzie Ministrów określania odsetek maksymalnych w drodze rozporządzenia. Pozostawiono jej jedynie uprawnienie do określania, w drodze rozporządzenia, wysokości odsetek ustawowych, kierując się koniecznością zapewnienia dyscypliny płatniczej i sprawnego przeprowadzania rozliczeń pieniężnych, biorąc pod uwagę wysokość rynkowych stóp procentowych oraz stóp procentowych NBP¹⁷. Dzięki temu Rada Ministrów pośrednio wyznaczałaby także stopę odsetek maksymalnych. Rozwiązanie to jednak nie spełniło pokładanych oczekiwań, odsetki ustawowe mają bowiem zupełnie inną rolę do spełnienia niż odsetki maksymalne. Odsetki ustawowe odnoszą się tylko do zobowiązań, w których strony umowy nie ustaliły odsetek umownych. Granica odsetek ustawowych nie jest więc granicą odsetek maksymalnych¹⁸.

Rozwiązanie przyjmujące jako punkt odniesienia stopę kredytu lombardowego NBP wydaje się bardziej racjonalne niż poprzednio zastosowane konstrukcje, ponieważ w większym stopniu odzwierciedla zmieniające się stosunki wolnorynkowe i ogranicza ingerencję państwa w kształtowanie się stosunków umownych.

Pomimo, że zwalczanie lichwy za pomocą odsetek maksymalnych (w formie najbardziej kompatybilnej z gospodarką wolnorynkową) wydaje się jak najbardziej uzasadnione, to zastosowana konstrukcja prawna budzi pewne wątpliwości. A mianowicie stoi ona w sprzeczności z zasadą swobody umów, równoznacznej z całkowitą dowolnością kontraktowania¹⁹.

Jednak ustawodawca, w trosce o konsumenta, stanął na stanowisku, że ograniczenia dotyczące wysokości odsetek zawarte w kc, jak również wpisane w samą istotę swobody umów są niewystarczające w obrocie powszechnym.

Należy zwrócić uwagę na jeszcze jedno niebezpieczeństwo, jakie niesie za sobą instytucja odsetek maksymalnych. W przypadku, gdyby ustalono odsetki maksymalne na zbyt wysokim poziomie, banki mogą mnożyć trudności w uzyskaniu przez konsumentów kredytów czy pożyczek. To z kolei może doprowadzić do powstania prężnie działającego podziemia pożyczkowego, gdzie

¹⁶ Dz.U. z 2003 Nr 49, poz. 408.

¹⁷ C. Kosikowski, „Ustawa antylichwiarska” – krótki komentarz krytyczny, „Biuletyn Stowarzyszenia Właścicieli Kantorów i Lombardów”, luty 2006, s. 2.

¹⁸ D. Rogoń, *Nowe regulacje bankowe. Wprowadzenie instytucji odsetek maksymalnych*, www.bankier.pl/wiadomosc/Nowe-regulacje-bankowe-Wprowadzenie-instytucji-odsetek-maksymalnych-1396211.html [03.02.2006].

¹⁹ Art. 353¹ kc.

instytucje parabankowe będą udzielać pożyczek zarówno osobom fizycznym, jak i prawnym i egzekwować należności pozaprawnymi metodami²⁰.

Odrębnym problemem jest pojęcie odsetek za opóźnienie i próby ograniczenia odsetek za opóźnienie do wysokości odsetek maksymalnych. Zwrócić należy uwagę na całkowicie odmienne funkcje tych konstrukcji prawnych. Odsetki za opóźnienie, uregulowane w art. 481 § 3 kc²¹ mają charakter sankcji za nieterminowe wykonanie świadczenia przez dłużnika. Stanowią one dozwoloną formę presji na dłużnika, która ma doprowadzić do uregulowania przez niego długu. Ponadto, w konstrukcji odsetek za opóźnienie znajduje się element odszkodowawczy²², zadośćuczynienie dla poszkodowanego wierzyciela.

Z kolei odsetki maksymalne, uregulowane w art. 359 kc są swoistą formą wynagrodzenia dla wierzyciela, za możliwość korzystania przez dłużnika ze środków należących do osoby trzeciej.

Zwrócić należy również uwagę na element sankcyjności odsetek za opóźnienie. Jeżeli dłużnik miał świadomość tego, że wierzycielowi szczególnie zależy na terminowej spłacie, a mimo to jej nie dokonał, istnieją przesłanki do zaakceptowania wyższych odsetek, niż odsetki maksymalne. Również w przypadku zawarcia umów wzajemnych, gdy na wypadek nieterminowego spełnienia świadczenia niepieniężnego zastrzeżono wysoką karę umowną, zarówno dłużnik z tytułu świadczenia niepieniężnego, jak i wierzyciel z tytułu świadczenia pieniężnego mogą oczekiwać wyższych odsetek za opóźnienie. Podsumowując, ze względu na odmienną funkcję i odrębność regulacji, odsetki maksymalne nie powinny wpływać na odsetki za opóźnienie²³.

Wydaje się oczywiste, że najistotniejsze zmiany dotknęły ustawy o kredycie konsumenckim. Nowelą z 7 lipca 2005 r. wprowadzono szereg licznych zmian w ustawie o kredycie konsumenckim. Jednak w tym opracowaniu uwaga została skupiona na najbardziej kontrowersyjnych z nich. Art. 4 ust. 2 pkt 13 ustawy o kredycie konsumenckim jest nośnikiem reguły, zgodnie z którą w umowie o kredyt konsumencki należy zamieścić informację o rocznej stopie oprocentowania zadłużenia przeterminowanego oraz warunkach jej zmiany, a także informację o innych kosztach ponoszonych przez konsumenta w związku z niewykonaniem przez niego zobowiązań wynikających

²⁰ C. Kosikowski, „Ustawa antylichwiarska”..., s. 6.

²¹ Jeżeli dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, wierzyciel może żądać odsetek za czas opóźnienia, chociażby nie poniósł żadnej szkody, a opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

²² Art. 482 § 3: „W razie zwłoki dłużnika wierzyciel może nadto żądać naprawienia szkody na zasadach ogólnych”.

²³ P. Bodył-Szymala, *Odsetki za opóźnienie*..., s. 4.

z umowy, w tym o kosztach upomnień lub wezwań do zapłaty, kosztach sądowych i postępowania egzekucyjnego²⁴.

Powyższe rozwiązanie jest ciekawe. Wydaje się tym bardziej interesujące, że nie sposób podać informacji o kosztach ponoszonych przez konsumenta w związku z niewykonaniem przez niego zobowiązań wynikających z umowy, w tym kosztach postępowania sądowego i kosztach postępowania egzekucyjnego. Do momentu określenia całkowitego zadłużenia wierzyciel nie jest w stanie określić nawet wysokości wpisu sądowego, nie wspominając o całkowitej wysokości kosztów postępowania.

Pozornie oczywiste rozwiązanie zostało zaproponowane w art. 4 ust. 5, który otrzymał następujące brzmienie:

W przypadku, gdy kredytodawca nie doręcza konsumentowi egzemplarza umowy w chwili jej zawarcia, jest obowiązany wręczyć konsumentowi niepodpisany informacyjny egzemplarz umowy odpowiadający jej treści. Kredytodawca jest obowiązany niezwłocznie, nie później niż w terminie 7 dni od daty zawarcia umowy, doręczyć konsumentowi podpisany przez strony egzemplarz umowy.

Ustawodawca statuuje w tym przepisie wymóg formy pisemnej dla umowy kredytu konsumenckiego. Przepis ten stanowi uszczegółowienie wymogów zawarcia umowy pisemnej, uregulowanych w art. 78 § 1 kc zdanie drugie²⁵. Jednakże uchybienie wymienionemu przepisowi w świetle art. 73 § 1²⁶ kc i art. 74 § 1²⁷ i § 2²⁸ kc prowadzi w efekcie do jego walidacji, ponieważ zawsze fakt dokonania czynności prawnej będzie uprawdopodobniony za pomocą pisma. Ponadto kredytobiorca (konsument) zawsze będzie mógł w sporze z kredytodawcą, na potwierdzenie swojego stanowiska, zażądać przeprowadzenia dowodu z przesłuchania świadków. Ustawodawca nie zwrócił uwagi na fakt, że forma pisemna może być skutecznie osiągnięta przez

²⁴ C. Kosikowski, „Ustawa antylichwiarska”..., s. 9.

²⁵ Do zawarcia umowy wystarczy wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany.

²⁶ Jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności.

²⁷ Zastrzeżenie formy pisemnej bez rygoru nieważności ma ten skutek, że w razie niezachowania zastrzeżonej formy nie jest w sporze dopuszczalny dowód ze świadków, ani dowód z przesłuchania stron na fakt dokonania czynności. Przepisu tego nie stosuje się, gdy zachowanie formy pisemnej jest zastrzeżone jedynie dla wywołania określonych skutków czynności prawnej.

²⁸ Jednakże mimo niezachowania formy pisemnej przewidzianej dla celów dowodowych, dowód ze świadków lub dowód z przesłuchania stron jest dopuszczalny, jeżeli obie strony wyrażą na to zgodę, jeżeli żąda tego konsument w sporze z przedsiębiorcą albo jeżeli fakt dokonania czynności prawnej będzie uprawdopodobniony za pomocą pisma.

zwykle oświadczenie woli w formie pisemnej, z użyciem wprowadzonych już w obieg prawny regulacji. Jednakże dzięki wprowadzonym przez prawodawcę zmianom można odnieść pozorne wrażenie dbałości o przejrzystość prawa, gdy w rzeczywistości zaciemniają one jedynie jego obraz.

Najbardziej kontrowersyjna i zwodnicza dla konsumenta norma prawna została jednak zawarta w art. 7a ustawy o kredycie konsumenckim, zgodnie z którym łączna kwota wszystkich opłat, prowizji oraz innych kosztów związanych z zawarciem umowy o kredyt konsumencki, z wyłączeniem udokumentowanych lub wynikających z innych przepisów prawa kosztów, związanych z ustanowieniem, zmianą lub wygaśnięciem zabezpieczeń i ubezpieczeń (łącznie z kosztami ubezpieczenia spłaty kredytu, o których mowa w art. 7 ust. 1 pkt 4), nie może przekroczyć 5% kwoty udzielonego kredytu konsumenckiego. Przypomnieć należy, że prawodawca miał na celu zapobieżenie nadmiernemu zadłużaniu się konsumentów u nieuczciwych kredytodawców, którzy określając zawyżone koszty udzielenia kredytu, ryzykują tym samym nieściągalność kredytu. Tę ideę przyświecającą ustawodawcy należy skonfrontować z pojęciem „innych kosztów związanych z zawarciem umowy” (zapis art. 7a). W oparciu o wskazówki samego ustawodawcy można ustalić przykładowy katalog kosztów, które nigdy nie zostaną wliczone w 5% wszystkich obciążeń. Do kosztów niepodlegających sumowaniu, w oparciu o art. 7 ust. 1 ustawy o kredycie konsumenckim należą: koszty, które ponosi konsument w związku z niewykonaniem swoich zobowiązań wynikających z umowy o kredyt konsumencki; koszty, które konsument ponosi w związku z nabyciem rzeczy lub usługi, niezależnie od tego, czy nabycie następuje z wykorzystaniem kredytu; koszty związane z prowadzeniem rachunku, z którego realizowane są spłaty oraz koszty przelewów i wpłat na rachunek²⁹, a także koszty związane z ustanowieniem, zmianą oraz związane z wygaśnięciem zabezpieczeń i ubezpieczenia, z wyjątkiem kosztów ubezpieczenia spłaty kredytu. Do „kosztów sumowanych” nie zalicza się również kosztów związanych z ustanowieniem hipoteki czy kosztów wyceny nieruchomości.

Przytoczone przepisy dają odpowiedź na pytanie, dlaczego tak ciężko rozpoznać w zaciągniętym kredycie wymarzoną ofertę z bankowej reklamy, obiecującej mini raty (ratki). Więcej światła na przyczyny rozczarowania klientów banków, wywołanych rozbieżnością pomiędzy reklamą a harmonogramem spłat rat kredytu rzuca ustęp 4 załącznika nr 1 do ustawy o kredycie konsu-

²⁹ W dobie bankowości internetowej, gdy konsument dokonuje samodzielnie praktycznie 99% operacji na swoim rachunku, wydaje się zwykłą nieprzyzwoitością pobieranie opłaty przez bank za przelew. Niestety, jest to nagminne. Ciekawsze wydaje się jednak zestawienie cenników: przelew internetowy – koszt ok. 0,5 zł, przelew wykonany na poczcie – koszt ok. 2,7 zł, przelew wykonany w banku – koszt ok. 5 zł. Wszystko za tę samą czynność.

menckim. Zgodnie ze wspomnianym przepisem, żeby uzyskać rzeczywistą roczną stopę oprocentowania kredytu, należy uwzględnić: należności z dnia zawarcia umowy (łącznie z opłatami, prowizjami i kosztami związanymi z udzieleniem kredytu)³⁰, koszty poniesione przez kredytobiorcę na podstawie odrębnych przepisów, a związane z zabezpieczeniem ryzyka kredytowego, łącznie z kosztami ustanowienia hipoteki, zastawu rejestrowego, ubezpieczenia składników majątkowych związanych z udzieleniem kredytu, opłat za udzielenie pełnomocnictwa do rachunku bankowego oraz kosztu, o których mowa w art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy o kredycie konsumenckim³¹.

Reasumując, rzeczywista stopa oprocentowania jest znacznie wyższa niż stopa oprocentowania kredytu (chyba, że kredytodawca nie pobiera żadnych opłat lub prowizji przy udzielaniu kredytu, co w praktyce nie znajduje zastosowania).

Ciekawym rozwiązaniem jest penalizacja, czy zważywszy na treść art. 304 kodeksu karnego, podwójna penalizacja regulacji ustawy o kredycie konsumenckim. Art. 18a ustawy o kredycie konsumenckim brzmi następująco:

[...] kto zawiera z konsumentem umowę o kredyt konsumencki, pobiera korzyści majątkowe przewyższające wysokość odsetek maksymalnych określonych przez ustawę lub zastrzega sobie pobieranie tych korzyści, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

W świetle przytoczonego przepisu wydaje się interesujący fakt, że nie zostało uznane za czyn zabroniony pobieranie korzyści przewyższające 5% kwoty udzielonego kredytu³².

Analiza ustawy antylichwiarskiej w kontekście skutecznego zwalczania lichwy, szczególnie lichwy bankowej, prowadzić może do konkluzji, że, niestety, proponowane rozwiązania mają zbyt wiele skutków ubocznych. Nieprzemyślane konstrukcje mogą prowadzić jedynie do i tak sporych nadużyć ze strony instytucji bankowych oraz do pogłębienia nieufności kredytobiorcy do kredytodawcy. Prawdą jest, że na konto sukcesów ustawy antylichwiarskiej należy wpisać radykalny spadek oprocentowania zadłużenia na kartach kredytowych oraz obniżkę prowizji za udzielenie kredytów gotówkowych. Jednakże banki i parabanki bardzo sprawnie nauczyły się wykorzystywać luki prawne, które licznie występują w ustawie antylichwiarskiej, dzięki czemu dalej instytucje bankowe w majestacie prawa wykorzystują niewiedzę i nieświadomość konsumenta. Za przykład mogą

³⁰ Art. 4 ust. 2 pkt 5 i 7 ustawy o kredycie konsumenckim.

³¹ C. Kosikowski, „Ustawa antylichwiariska”..., s. 12.

³² Powszechna praktyka banków i instytucji parabankowych.

posłużyć: pakiety umów – umowa kredytu połączona z bardzo wysokim ubezpieczeniem na życie (praktyka Providentu), wysokie opłaty wpisowe – w przypadku SKOK-ów, wysokie oprocentowanie kredytów konsumenckich, opłaty za prowadzenie rachunku służącego do obsługi kredytu itd.

Reasumując, regulacje prawne nie mogą stanowić skutecznego remedium na nieodpowiedzialne zadłużanie się obywateli. Decydujący głos w tej sprawie powinna mieć rzetelna informacja i edukacja konsumenta. Jak widać na przykładzie ustawy antylichwiarskiej, próby ekonomizacji prawa powodują jego inflację.

Zauważyć należy, że obywatele polscy swobodnie poruszają się nie tylko po Europie, ale i innych kontynentach, mają możliwość porównania różnych systemów prawnych. Stąd negatywne opinie na temat polskich konstrukcji prawnych, prowadzących do ograniczania swobody kontraktowania, niekonsekwencji prawnej, niewiedzy czy nawet ignorancji prawodawcy w stosunku do zastanego stanu prawnego i uchwalania w całości lub w części zbędnych aktów prawnych.

Na tle nie do końca trafnych rozwiązań zaproponowanych przez polskiego ustawodawcę, interesująco zarysowuje się dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/48/WE z 28 kwietnia 2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki³³. Do 11 czerwca 2010 r. ustawodawca miał czas implementować wzmiankowaną dyrektywę do polskiego systemu prawnego, czyli do wprowadzenia zmian do uchwalonej 20 lipca 2001 r. ustawy o kredycie konsumenckim. Spoglądając w kalendarz prac można zauważyć, że rządowy projekt ustawy o kredycie konsumenckim wpłynął do Sejmu 16 listopada 2010 r. Pomimo opóźnienia, 1 kwietnia 2011 r. została uchwalona nowa ustawa o kredycie konsumenckim, będąca nośnikiem podstawowych założeń dyrektywy 2008/48/WE.

Przepisy ustawy mają na celu ułatwienie konsumentom rozeznanie się w gąszczu ofert różnorakich kredytów i wybór najlepszej dla nich propozycji. Jednocześnie przyjęta ustawa ma za zadanie pomóc kredytobiorcom podjąć świadomie decyzję w kwestii kredytu, co powinno zapobiec nadmiernemu zadłużaniu się społeczeństwa.

Do najważniejszych kwestii uregulowanych w uchwalonej 1 kwietnia 2011 r. ustawie³⁴, a wynikających z implementacji dyrektywy unijnej, należą: uregulowanie obowiązków informacyjnych kredytodawcy i pośrednika wobec konsumenta przed zawarciem umowy³⁵; określenie przejrzystych i precy-

³³ Dz.Urz. UE L 133/66.

³⁴ Druk sejmowy nr 3596. 13 maja 2011 r. ustawa została skierowana do podpisu do Prezydenta Rzeczypospolitej.

³⁵ Konsument powinien uzyskać niezbędne informacje na temat zaciąganego kredytu na standardowym arkuszu informacyjnym. Standaryzacja ma na celu ułatwienie obywatelom różnych krajów członkowskich porównywanie ofert.

zyjnych zasad dotyczących reklam kredytów (reklamy nie mogą wprowadzać w błąd klienta); nałożenie na kredytodawcę obowiązku dokładnego badania zdolności kredytowej konsumenta; określenie jasnych reguł współpracy podmiotu udzielającego kredyt z pośrednikiem i obowiązku poinformowania o tym klienta; umożliwienie kredytobiorcy odstąpienia od umowy bez podania przyczyny w terminie 14 dni; podwyższenie górnego limitu kwoty kredytu, pozwalającego zakwalifikować kredyt jako konsumencki (z 80 tys. zł na 255 tys. zł)³⁶.

Jednocześnie należy docenić fakt, że ustawodawca polski wykroczył poza minimalny zakres harmonizacji zawarty w dyrektywie przez nałożenie obowiązku informacyjnego na kredytodawcę czy pośrednika, również w przypadku udzielania kredytu zabezpieczonego hipoteką; objęcie regulacją kredytów konsumenckich udzielanych przez spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe oraz pożyczek lombardowych.

Na koniec grudnia 2009 r. saldo zadłużenia gospodarstw domowych wynosiło 412,5 mld zł, w tym kredyty konsumpcyjne stanowiły 154,5 mld zł. Z kolei w latach 2006–2009, pomimo kryzysu gospodarczego, w drugiej połowie 2008 r., zadłużenie gospodarstw domowych wzrosło o 124,9% w stosunku do poprzedniego okresu³⁷. Analizując powyższe dane, można dojść do wniosku, że rzetelne informowanie klientów na temat zaciąganych kredytów, zwłaszcza w reklamach, jest jak najbardziej pożądanym efektem. Szczególnie, gdy jedna z podstawowych informacji – wysokość oprocentowania kredytu, obecnie jest praktycznie „nieprzyswajalna” przez przeciętnego konsumenta (pomimo regulacji ustawy z 7 lipca 2005 r.). Zgodnie z ustawą z 1 kwietnia 2011, przekaz reklamowy musi być jednoznaczny, a informacje w nim zawarte proste do zrozumienia.

Wprowadzenie obowiązku oceny zdolności kredytowej kredytobiorcy również zasługuje na pozytywną ocenę. Obecnie powszechną praktyką banków jest udzielanie tzw. kredytów na dowód, bez zasięgnięcia informacji o kliencie w Biurze Informacji Kredytowej, udzielania kredytów osobom bezrobotnym czy nadmiernie zadłużonym.

Analizując treść nowej ustawy o kredycie konsumenckim, można wyrazić nieśmiałą nadzieję, że tym razem ustawodawca polski sprostął oczekiwaniom społeczeństwa i ustanowił akt prawny, który faktycznie poprawi sytuację konsumentów oraz zmusi banki i instytucje parabankowe do rozsądnego udzielania kredytów i pożyczek.

³⁶ P. Russel, *Opinia na temat potencjalnych zagrożeń dla sektora finansów publicznych oraz prawidłowości i rzetelności skutków regulacji dotyczących rządowego projektu ustawy o kredycie konsumenckim*, Druk nr 3596, Warszawa 2010, s. 2.

³⁷ Dane Komisji Nadzoru Finansowego: www.knf.gov.pl/Images/Polski_rynek_finansowy_w_obliczu_kryzysu_tcm75-22870.pdf.

Abstract

Legal and Financial Aspects of Countering Bank Usury

On 7 July 2005, the Act of changing an Act was passed – the Civil Code and change to certain other acts, commonly known as „the anti-usury Act”. This law was an expression of care and concern of a citizen legislature, in the face of a worrying trend which has been deepening insolvency of a Polish consumer. A private person, usually in a bad financial situation, with no funds to meet even the most basic of human needs, loans or credits taken out to repay the obligations already incurred or to pay current expenses, the effect of which was falling into the so-called „spiral of debt”. Lawmaker guided by a noble goal – curbing unworthy banking practices in the award of loans and credits by, for example: introduction rules concerning percentage of maximum (four times the lombard interest rate) to the Civil Code; determine the maximum threshold of total amount of fees, commissions related to the conclusion of consumer credit (5%); provide consumer information on the annual interest rate of past-due debt, the conditions of its change and notifying the borrower of the amount of the other costs they will incur in case of failure by the contract. However, when analyzing the provision of the Act and putting them together with the complex reality, unfortunately, we come to the conclusion that the solutions proposed by the Act have too many side effects. Reckless constructions, and so led considerable abuse of the banking institutions and to deepen the distrust of the borrower to the lender. The considerations of this paper attempt to show how awkward economization right may lead to its inflation.

Literatura

- Bodyła-Szymala P., *Odsetki za opóźnienie mogą być wyższe*, „Rzeczpospolita”, 5 września 2005.
- Kaszubski R., Tupaj-Cholewa A., *Prawo bankowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.
- Kosikowski C., *Ustawa antylichwiarska – krótki komentarz krytyczny*, „Biuletyn Stowarzyszenia Kantorów i Lombardów”, 2006, nr 2.
- Russel P., *Opinia na temat potencjalnych zagrożeń dla sektora finansów publicznych oraz prawidłowości i rzetelności skutków regulacji dotyczących rządowego projektu ustawy o kredycie konsumenckim*, Druk nr 3596, Warszawa 2010.

Paweł Klimek

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Prawnofinansowe instrumenty polityki prorodzinnej – postulat zmian inspirowanych brytyjskim systemem *Child Trust Fund*

Instrumenty polityki prorodzinnej w historii polskich podatków dochodowych

Podstawową determinantą systemu społecznego, warunkującą aktualne zmiany w tworzeniu i stosowaniu prawa, jest struktura demograficzna populacji zamieszkującej dane państwo. Istotnym problemem w tym zakresie, występującym szczególnie w państwach europejskich, oprócz procesu starzenia się społeczeństw, jest spadek przyrostu naturalnego. Dlatego też dla prawidłowego funkcjonowania i rozwoju zbiorowości ludzkich, oprócz wzrostu gospodarczego i poziomu życia, konieczne jest podwyższenie liczby narodzin. Rządy państw europejskich dążą do tego celu przez realizację polityki prorodzinnej lub rodzinnej¹.

Dokonując analizy instrumentów polityki prorodzinnej warto zwrócić uwagę na ich rozwój w procesie historycznym. Szczególnie istotne w tym zakresie wydają się zwyczajki i zniżki (ulgi) występujące na gruncie podatku dochodowego od osób fizycznych². Polityka prorodzinna III Rzeczypospolitej, o czym będzie szerzej mowa dalej, przejawia się w systemie świadczeń społecznych i zniżek podatkowych, dlatego też warto dokonać szczegółowej analizy niewystępujących już w tym zakresie zwyczajek podatkowych.

¹ T. Bińkowski, *Polityka rodzinna w III RP*, [w:] M. Miłka, G. Wilk-Jakubowski, *Stan realizacji polityki społecznej w XXI wieku*, Kielce 2009, s. 167.

² Już w okresie II Rzeczypospolitej przyjęto, że „przy opodatkowaniu osób fizycznych należy uwzględnić, że w pewnych wypadkach, ściśle w ustawie określonych, wyznaczenie kwoty podatkowej znajduje się w zależności nie tylko od wysokości dochodu, lecz również i od stosunków osobistych podatnika”, z tym że „w tych stosunkach odgrywa ważną rolę ciężar utrzymania członków rodziny, przeto ustawa nakazuje silniej opodatkować osoby, wolne od tego ciężaru, natomiast przyznaje ulgi tym podatnikom, którzy mają na utrzymaniu członków rodziny”. R. Langrod, A. Franz, *Państwowy podatek dochodowy*, Warszawa 1933, s. 158.

Pierwszy polski podatek dochodowy od osób fizycznych został uregulowany w ustawie z 16 lipca 1920 r. o państwowym podatku dochodowym i podatku majątkowym³, a następnie po niespełna trzech latach uregulowania te, prawie jednobrzmiące, zostały zawarte w ustawie z 14 lipca 1923 r. o państwowym podatku dochodowym⁴. Natomiast pierwsza prorodzinna zwyczajka podatkowa została określona w art. 25 ustawy o podatku dochodowym z 1920 r., przy czym w 1923 r. artykuł ten znalazł się w niezmienionym brzmieniu w nowej ustawie. Wówczas to podatek dla podatników niezamężnych i nieżonatych, a niemających na utrzymaniu żadnego członka rodziny i osiągających dochód ponad 12 tys. marek polskich w skali roku, podwyższano o 20%. Hiperinflacja (panująca na początku lat 20. ubiegłego wieku) spowodowała, że od 1923 r. zwyczajka dotyczyła podatników osiągających dochód ponad 5 mln marek polskich rocznie⁵. Ze względu zaś na reformę walutową Grabskiego dochód ten od 1924 r. określony został na poziomie 3 446 zł⁶, a od 1925 r. podwyższony do poziomu 3 600 zł rocznie⁷. Również w 1925 r. regulację dotyczącą omawianej zwyczajki przeniesiono do art. 26⁸. W 1936 r. zwyczajkę obniżono do 14% podatku⁹. Ostatnia w II Rzeczypospolitej, a zarazem najpoważniejsza zmiana w zakresie prorodzinnych zwyczajek podatkowych, miała miejsce już w chwili toczącej się II wojny światowej, czyli 3 września 1939 r.¹⁰ Kwotę podatku podwyższano wówczas o 20% dla podatników niezamężnych i nieżonatych, niemających na utrzymaniu członka rodziny, a osiągających dochód ponad 3 600 zł w skali roku oraz o 10% dla tychże podatników mających na utrzymaniu nie więcej niż jednego członka rodziny, jeżeli osiągali dochód ponad 4 800 zł rocznie. Ponadto zwyczajką objęto dodatkową kategorię osób w postaci podatników żonatych i zamężnych lecz niemających na utrzymaniu dzieci ani też innych członków rodziny. Podatek w tym przypadku również był podwyższany o 10% przy dochodzie ponad 4 800 zł w skali roku.

Po wojnie, mimo reformy podatkowej, prorodzinne zwyczajki podatkowe zostały utrzymane w art. 10 dekretu z 18 sierpnia 1945 r. o podatku od wy-

³ Dz.U. Nr 82 poz. 550 (dalej: ustawa o podatku dochodowym z 1920 r.).

⁴ Dz.U. Nr 77 poz. 607 (dalej: ustawa o podatku dochodowym z 1923 r.).

⁵ *Ibidem*.

⁶ Dz.U. Nr 16 poz. 165.

⁷ Dz.U. Nr 36 poz. 242.

⁸ Dz.U. Nr 58 poz. 411.

⁹ Dz.U. Nr 85 poz. 518.

¹⁰ Dz.U. Nr 89 poz. 556.

nagrodzeń¹¹ i art. 22 dekretu z 8 stycznia 1946 r. o podatku dochodowym¹². Jednolity kształt na gruncie obu podatków, w postaci przewidzianej w tekście pierwotnym dekretu o podatku dochodowym z 1946 r., nadał zwyczajom art. 1 dekretu z 19 listopada 1946 r. o zmianie dekretu z 18 sierpnia 1945 r. o podatku od wynagrodzeń¹³. Wówczas to podatek podwyższano o 20% podatnikom niezamężnym lub nieżonatym w wieku powyżej 21 lat i niemającym na utrzymaniu dzieci, a pobierającym wynagrodzenie (osiągającym dochód) powyżej 120 tys. zł w skali roku. Zwyzka ta nie miała jednak zastosowania do wymienionych podatników mających na utrzymaniu dzieci przez okres dłuższy niż 10 lat. Ponadto podatek podwyższano o 10% jeżeli podatnik był zamężny lub żonaty, a nie miał na utrzymaniu dzieci i pobierał wynagrodzenie (osiągał dochód) powyżej 160 tys. zł rocznie. Na podstawie art. 1 pkt 3 dekretu z 25 marca 1948 r. o zmianie dekretu z 18 sierpnia 1945 r. o podatku od wynagrodzeń¹⁴, podwojono granice wynagrodzenia, które powodowały stosowanie zwyczaj na gruncie tego podatku.

Dekret o podatku dochodowym z 1946 r. został uchylony przez art. 31 ust. 1 pkt 1 dekretu z 25 października 1948 r. o podatku dochodowym¹⁵. Natomiast dekret o podatku od wynagrodzeń z 1945 r. został uchylony przez art. 18 ust. 1 pkt 1 ustawy z 4 lutego 1949 r. o podatku od wynagrodzeń¹⁶. Zarówno ustawa o podatku od wynagrodzeń z 1949 r. w art. 14, jak i dekret o podatku dochodowym z 1948 r. w art. 24, wciąż przewidywały instytucję prorodzinnych zwyczaj podatkowych. Podatek dochodowy podwyższano wówczas o 20% podatnikom w wieku ponad 21 lat, osiagającym dochód ponad 240 tys. zł w skali roku, niezamężnym lub nieżonatym i niemającym na utrzymaniu dzieci. Podatek podwyższano także o 10% podatnikom zamężnym lub żonatym od przeszło lat dwóch, jeżeli nie mieli na utrzymaniu dzieci, a osiągalni dochód ponad 300 tys. zł rocznie. Powyższe zwyczki nie miały zastosowania do wymienionych podatników, którzy mieli na utrzymaniu dzieci przez okres co najmniej 10 lat. Ponadto w art. 24 ust. 3 dekretu o podatku dochodowym z 1948 r. przewidziano zastrzeżenie, że gdyby skutkiem

¹¹ Dz.U. Nr 38 poz. 220 (dalej: dekret o podatku od wynagrodzeń z 1945 r.). Zwyzka ta wynosiła 20% podatku dla podatników w wieku ponad 18 lat, niezamężnych lub nieżonatych, pobierających wynagrodzenie w wysokości powyżej 60 tys. zł rocznie i niemających na utrzymaniu dzieci, oraz 10% podatku dla podatników zamężnych lub żonatych od przeszło dwóch lat, pobierających wynagrodzenie w wysokości powyżej 80 tys. zł rocznie i niemających na utrzymaniu dzieci.

¹² Dz.U. Nr 2 poz. 14 (dalej: dekret o podatku dochodowym z 1946 r.).

¹³ Dz.U. Nr 70 poz. 381.

¹⁴ Dz.U. Nr 17 poz. 117.

¹⁵ Dz.U. Nr 52 poz. 414 (dalej: dekret o podatku dochodowym z 1948 r.).

¹⁶ Dz.U. Nr 7 poz. 41 (dalej: ustawa o podatku od wynagrodzeń z 1949 r.).

stosowania pierwszej zwyczajki miało być przekroczenie przez podatek 65% łącznej sumy dochodów, zwyczajka ta nie odnosiła skutku do dochodu powyżej tej granicy. Podatek od wynagrodzeń podwyższano wówczas w sposób analogiczny do podatku dochodowego, z tym że pierwsza zwyczajka dotyczyła podatników nieżonatych i niezamężnych w wieku ponad 25 lat. Należy także zaznaczyć, że na gruncie tego podatku zwyczajki nie miały zastosowania do twórców i osób wynagradzanych za działalność naukową, oświatową, artystyczną, literacką i publicystyczną. Co warto podkreślić, zgodnie z art. 1 pkt 7 ustawy z 31 stycznia 1959 r. o zmianie ustawy o podatku od wynagrodzeń¹⁷, pierwsza zwyczajka miała zastosowanie już tylko do podatników nieżonatych¹⁸.

Dekret o podatku dochodowym z 1948 r. został uchylony przez art. 22 pkt 2 ustawy z 16 grudnia 1972 r. o podatku dochodowym¹⁹. Ustawa ta nie przewidywała instytucji prorodzinnych zwyczajek podatkowych i została uchylona na podstawie art. 54 ust. 1 pkt 4 ustawy z 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych²⁰. Podobnie na podstawie art. 54 ust. 1 pkt 1 ustawy o podatku dochodowym uchylona została ustawa o podatku od wynagrodzeń z 1949 r. Podsumowując należy zauważyć, że:

- W historii polskich podatków dochodowych zwyczajki przybierały dwójaką postać – podwyższenia podatku osób nieposiadających małżonka, a od 1939 r. podwyższenia podatku osób bezdzietnych, pozostających w związku małżeńskim.
- Na gruncie podatku od wynagrodzeń zwyczajka w pierwszej postaci od 1959 r. miała zastosowanie tylko do nieżonatych mężczyzn, przy zachowaniu tejże zwyczajki również dla kobiet w zakresie podatku dochodowego.
- Stosowanie zwyczajki podatkowej w stosunku do osób niezamężnych lub nieżonatych bezpośrednio nie zachęca ich do posiadania dzieci, a jedynie do wstąpienia w związek małżeński. Znaczenie dla zwiększenia przyrostu naturalnego miała więc tylko zwyczajka stosowana względem bezdzietnych małżeństw.

Jak już wspomniano, stosowane były również zniżki (ulgi) podatkowe. Prorodzinna zniżkę podatkową przewidywał art. 26 ustawy o podatku dochodowym z 1920 r. oraz ustawy o podatku dochodowym z 1923 r. Konstrukcja tej zniżki ściśle wiązała się z konstrukcją podatku przybierającego postać progresji całościowej (schodkowej). Jeżeli na utrzymaniu podatnika (głowy

¹⁷ Dz.U. Nr 11 poz. 60.

¹⁸ Zwyczajkę tę w czasach Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej popularnie określano mianem „bykowego”. Określenie miało różne znaczenia w historii, w XIX w. np. nazwą tą określano podatek za krycie krów.

¹⁹ Dz.U. Nr 53, poz. 339; zwanej dalej ustawą o podatku dochodowym z 1972 r.

²⁰ Dz.U. Nr 80, poz. 350; zwanej dalej ustawą o podatku dochodowym.

rodziny), który nie osiągał dochodu ponad 24 tys. marek polskich, znajdował się więcej niż jeden członek rodziny, stopę podatkową obniżano o dwa stopnie na każdego kolejnego członka rodziny. Jeżeli zastosowanie tej ulgi spowodowałoby obniżenie stopy poniżej pierwszego stopnia, podatnik był całkowicie zwolniony od podatku. Zgodnie z art. 27 wymienionych ustaw jako członków rodziny uwzględniano dzieci ślubne, nieślubne i przysposobione, krewnych męża i żony w linii wstępnej i zstępnej, rodzeństwo męża i żony oraz dzieci ich rodzeństwa. W 1923 r. granicę dochodu uprawniającą do stosowania ulgi podniesiono do 10 mln marek polskich²¹. W 1924 r. ustalono ją na poziomie 6 891 zł²², a w 1925 r. – 7 200 zł²³. W połowie 1925 r. regulację dotyczącą zniżki przeniesiono do art. 27, natomiast regulację określającą członków rodziny do art. 28 ustawy o podatku dochodowym z 1923 r.

Powojenny dekret o podatku od wynagrodzeń z 1945 r. w art. 9 również przewidywał prorodzinną zniżkę podatkową. Dotyczyła ona podatników będących głowami rodziny, uzyskującymi wynagrodzenie poniżej 120 tys. zł rocznie i niebędących jednocześnie podatnikami podatku dochodowego, a ponadto mających na utrzymaniu więcej niż dwoje dzieci lub mających na utrzymaniu więcej niż czworo dzieci. W pierwszym przypadku podatek podlegał obniżeniu o 25%, a w drugim o 50%. Jeżeli podatnik (głowa rodziny) miał na utrzymaniu więcej niż sześcioro dzieci, podlegał on całkowitemu zwolnieniu z podatku. Za dzieci uważano wówczas dzieci nieletnie (w wieku do lat 18), nieposiadające własnych źródeł dochodów, ślubne i nieślubne a także przysposobione i pasierbów. Zniżka przysługiwała również z tytułu utrzymywania dzieci starszych (do 24 lat), jeżeli pobierały naukę lub odbywały praktykę zawodową i nie posiadały własnych źródeł dochodów. Warto zaznaczyć, że zniżka przyjmowała szerszy zakres w stosunku do kobiet będących głowami rodzin. Wówczas podatek podlegał obniżeniu o 25%, jeżeli miały one na utrzymaniu więcej niż jedno dziecko albo obniżeniu o 50%, jeżeli miały na utrzymaniu więcej niż dwoje dzieci. Kobieta (głowa rodziny), która utrzymywała więcej niż czworo dzieci, podlegała całkowitemu zwolnieniu od podatku. Od 1946 r., jeżeli oboje małżonkowie pobierali wygradzenie, zniżkę uwzględnić mógł tylko mąż, chyba że był on zwolniony od podatku na podstawie ustaw odrębnych – wtedy to zniżkę mogła wyjątkowo uwzględnić żona²⁴. Również w 1946 r. podwojono górną granicę rocznego wynagrodzenia

²¹ Dz.U. Nr 77, poz. 607.

²² Dz.U. Nr 16, poz. 165.

²³ Dz.U. Nr 36, poz. 242.

²⁴ Dz.U. Nr 29 poz. 187.

uprawnijącą do skorzystania ze zniżki²⁵, która uległa ostatecznemu podwyższeniu do poziomu 360 tys. zł rocznie w 1948 r. Wówczas ograniczono także możliwość uwzględniania zniżki przez podatników uzyskujących wynagrodzenie od więcej niż jednego pracodawcy. Zniżka mogła być wtedy stosowana wyłącznie do jednego wskazanego przez podatnika wynagrodzenia²⁶.

W art. 21 dekret o podatku dochodowym z 1946 r. przewidywał analogiczną ulgę ujętą w sposób niemal identyczny, jak w pierwotnym brzmieniu dekretu o podatku od wynagrodzeń z 1945 r. Górna granica dochodu – pierwotnie określona na poziomie 120 tys. zł rocznie uległa podwojeniu w 1947 r.²⁷ Dekret o podatku dochodowym z 1948 r. także przewidywał analogiczną ulgę do dekretu o podatku dochodowym z 1946 r., z tym że górna granica dochodu została określona na poziomie 360 tys. zł rocznie, a ponadto zniżka nie przysługiwała podatnikom niemającym miejsca zamieszkania lub pobytu na terytorium Rzeczypospolitej. Zniżka ta nie przysługiwała także kobietom będącym głowami rodziny jeżeli mąż pobierał wynagrodzenie.

Ustawa o podatku od wynagrodzeń z 1949 r. zawierała w art. 13 zniżkę prorodzinną uregulowaną w taki sam sposób, jak w dekreście o podatku od wynagrodzeń z 1945 r. w brzmieniu z 1947 r., z tym że zniżka nie przysługiwała również żonie, jeżeli mąż był podatnikiem podatku dochodowego albo oboje małżonkowie pobierali wynagrodzenie. Co więcej, zniżki nie mogli stosować podatnicy wynagradzani jako twórcy lub osoby wykonujące działalność naukową, oświatową, artystyczną, literacką i publicystyczną. Ponadto w 1956 r. upoważniono ministra finansów do dalszego obniżania podatku w drodze rozporządzeń w stosunku do podatników uprawnionych do zniżki²⁸.

Ustawa o podatku dochodowym z 1972 r. początkowo nie przewidywała instytucji prorodzinnej zniżki podatkowej. Niemniej dodany w 1976 r. art. 8a ust. 3 w pkt. 1 i 2 przewidywał podwyższenie kwoty wolnej od podatku (ustalonej na poziomie 72 tys. zł w skali rocznej) o 24 tys. zł, jeżeli podatnik pozostawał w związku małżeńskim oraz podwyższenie kwoty wolnej od podatku o 12 tys. zł na każde dziecko pozostające na utrzymaniu podatnika, a także na każdego z rodziców i rodzeństwa, niezdolnych do pracy i pozostających na utrzymaniu podatnika²⁹. Podsumowując można zauważyć:

²⁵ Dz.U. Nr 70 poz. 831.

²⁶ Dz.U. Nr 17 poz. 117.

²⁷ Dz.U. Nr 19 poz. 74.

²⁸ Dz.U. Nr 44 poz. 201.

²⁹ Dz.U. Nr 40 poz. 231.

1. W procesie historycznym zniżki prorodzinne powodowały obniżenie podatku proporcjonalnie do liczby pozostających na utrzymaniu dzieci.
2. W przypadku rodzin wielodzietnych (o liczbie dzieci przekraczających 6) zniżki te przyjmowały postać całkowitego zwolnienia od podatku.
3. Wyjątkowo preferencyjnie traktowane były kobiety będące głowami rodziny i mające na utrzymaniu dzieci.
4. W okresie powojennym opodatkowanie podatkiem dochodowym lub pobieranie wynagrodzenia od wielu pracodawców powodowało w pierwszym przypadku całkowitą niemożność stosowania zniżki na gruncie podatku od wynagrodzeń, a w drugim przypadku ograniczenie tej możliwości do jednego wynagrodzenia.
5. Zniżki przysługiwały z tytułu utrzymywania dzieci ślubnych jak i poza-mażeńskich. Instytucja małżeństwa nie miała więc wpływu na prowadzenie polityki w zakresie zwiększenia liczby narodzin.

Współczesny system finansowania polityki prorodzinnej w Polsce

Współczesny polski system finansowania polityki prorodzinnej³⁰ z budżetu państwa jest uregulowany wielotorowo. Składa się na niego siedem elementów – instytucji szeroko rozumianego prawa finansowego:

1. możliwość łącznego opodatkowania³¹ małżonków podatkiem dochodowym od osób fizycznych przez kreowanie odrębnego podmiotu podatkowego³², uregulowana w art. 6 ust. 2–3a oraz 8–13 ustawy z 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych³³;
2. możliwość opodatkowania osób samotnie wychowujących dzieci na zasadach dających efekt podobny do łącznego opodatkowania małżonków, uregulowana w art. 6 ust. 4–13 ustawy o podatku dochodowym;
3. zwolnienia przedmiotowe: alimentów i świadczeń z funduszu alimentacyjnego, uregulowane w art. 21 ust. 1 pkt 127 i pkt 8 ustawy o podatku dochodowym;
4. podatkowa ulga prorodzinna uregulowana w art. 27f ustawy o podatku dochodowym;

³⁰ Rozumiany jako system finansowany ze środków publicznych, dotyczący wsparcia rodzin albo osób samotnie wychowujących dzieci, bez względu na niepełnosprawność wychowywanych przez nie dzieci.

³¹ K. Ostrowski, *Prawo finansowe*, Warszawa 1970, s. 149.

³² A. Kostecki, *Podmiotowość podatkowa małżonków*, „Państwo i Prawo” 1965, nr 1.

³³ Dz.U. z 2010 r. Nr 149 poz. 996, z późn. zm. Element prorodzinny ma tutaj charakter względny, ponieważ sam fakt łącznego opodatkowania małżonków nie jest powiązany z utrzymywaniem dzieci.

5. świadczenia z funduszu alimentacyjnego uregulowane w ustawie z 7 września 2007 r. o pomocy osobom uprawnionym do alimentów³⁴;
6. jednorazowa zapomoga z tytułu urodzenia się dziecka³⁵, uregulowana w art. 15b i 15c ustawy z 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych;
7. świadczenia z tytułu renty rodzinnej uregulowane w art. 65–74 ustawy z 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych³⁶.

System ten opiera się na konstrukcji podatku dochodowego od osób fizycznych i systemie świadczeń społecznych³⁷. Warto także podkreślić, że tylko dwie z tych instytucji motywują osoby fizyczne do działań ukierunkowanych na wzrost przyrostu naturalnego poprzez jednokrotny lub wielokrotniony dopływ środków finansowych, mający charakter powszechny lub względnie powszechny: są to ulga prorodzinna oraz jednorazowa zapomoga. Co więcej, przekazanie środków ma miejsce w momencie urodzenia dziecka, ewentualnie rozpoczęcia lub w trakcie wychowywania. Brak jednak powszechnej instytucji, która ma na celu wsparcie dziecka w momencie jego usamodzielniania się.

Ulga i zapomoga a pozostałe elementy systemu

Wszystkie nadmienione instytucje zapewniają dostęp do środków osobom utrzymującym dzieci, a nie samym dzieciom – z wyjątkiem środków pochodzących z funduszu alimentacyjnego i zwolnionych alimentów, a także rent i emerytur, którymi wyjątkowo dysponować mogą dzieci dorosłe³⁸.

Dla odliczenia kwoty ulgi prorodzinnej od kwoty podatku wystarczy osiągnięcie dochodu ponad kwotę wolną od podatku w wysokości kwoty ulgi i możliwych do odliczenia składek zdrowotnych³⁹. Środki z tytułu ulgi prorodzinnej są dostępne dla większości podatników wychowujących dzieci, mają

³⁴ Dz.U. z 2007 r. Nr 192 poz. 1378 z późn. zm. (dalej: ustawa o pomocy).

³⁵ Oprócz tego świadczenia, system świadczeń rodzinnych obejmuje również zasiłek rodzinny oraz dodatki do zasiłku rodzinnego, świadczenia opiekuńcze: zasiłek pielęgnacyjny i świadczenia pielęgnacyjne. Świadczenia te są jednak wypłacane jedynie z tytułu posiadania dzieci pochodzących z rodzin najuboższych lub w wypadku ich niepełnosprawności. Zob. art. 5 ust. 1 i 2, art. 16 ust. 2 oraz art. 17 ust. 1. ustawy z 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych (Dz.U. z 2006 r. Nr 139 poz. 922 z późn. zm.; dalej: ustawa o świadczeniach rodzinnych).

³⁶ Dz.U. z 2009 r. Nr 153 poz. 1222 (dalej: ustawa o emeryturach).

³⁷ W. Wójtowicz, P. Smoleń, *Podatek dochodowy od osób fizycznych – prorodzinny czy neutralny?*, Warszawa 1999, s. 19.

³⁸ Art. 9 ust. 1 ustawy o pomocy oraz art. 67 ust. 2 ustawy o emeryturach.

³⁹ Art. 27f ust. 1 ustawy o podatku dochodowym.

więc charakter względnie powszechny. Jednocześnie można też stwierdzić, że efektywność ulgi jest w mniejszym stopniu zależna od wysokości dochodów, niż ma to miejsce we wspomnianych przypadkach łącznego opodatkowania opartych na zasadzie *income splitting* (ilorazu małżeńskiego)⁴⁰, które są tym bardziej korzystne, im większe występują rozbieżności w wysokości dochodów pomiędzy małżonkami – z zastrzeżeniem, że w przypadku rozwiązania dotyczącego osób samotnie wychowujących dzieci, te drugie nie mogą uzyskiwać dochodu podlegającego opodatkowaniu⁴¹. Ponadto należy zauważyć, że samo łączne opodatkowanie małżonków nie motywuje ich do działań ukierunkowanych na wzrost przyrostu naturalnego, gdyż nie jest zależne ani od liczby potomków, ani w ogóle od ich posiadania, podobna sytuacja ma miejsce w przypadku łącznego opodatkowania osób samotnie wychowujących dzieci.

Możliwość otrzymania zapomogi oraz jej wysokość są całkowicie niezależne od wysokości dochodu⁴². Co więcej, wysokość środków, które może otrzymać osoba fizyczna z ich tytułu jest wprost proporcjonalna do liczby dzieci. Należy też zauważyć, że zarówno ulga, jak i zapomoga mają zastosowanie bez względu na sytuację rodzinną, jak ma to miejsce w przypadku środków z funduszu alimentacyjnego i wspomnianych zwolnień, co jednoznacznie przesądza ich powszechny bądź względnie powszechny charakter.

Wszystkie nadmienione instytucje podatku dochodowego od osób fizycznych realizujące założenia polityki prorodzinnej wiążą się z ograniczeniem funkcji fiskalnej podatku, realizując jednocześnie jego funkcję stymulacyjną⁴³. Funkcję tę na gruncie szeroko rozumianego prawa finansowego realizuje również wspomniana zapomoga i fundusz alimentacyjny oraz świadczenia z tytułu renty rodzinnej. Żaden jednak z powyższych elementów systemu nie stymuluje ludności do oszczędzania w celu gromadzenia środków dla usamodzielniającego się dziecka. Instytucje, które mogą motywować do powszechnego oszczędzania powinny mieć charakter jednokrotnego świadczenia podstawowego i świadczeń uzupełniających. Należy zauważyć, że instytucją, która ma charakter powszechnego świadczenia pojedynczego jest zapomoga. Z kolei względnie powszechne uzupełnianie środków na wychowanie dzieci zapewnia jedynie ulga prorodzinna. Oszczędzanie wiąże się z zamrożeniem środków na dany okres. W przypadku wszystkich wspomnianych wyżej środków oszczędzanie ma miejsce wyłącznie w przypadku, gdy osoby uprawnione do otrzymania środków same podejmą taką decyzję.

⁴⁰ W. Wójtowicz, P. Smoleń, *Podatek dochodowy od osób fizycznych...*, s. 54.

⁴¹ Art. 6 ust. 4 i 8 ustawy o podatku dochodowym.

⁴² Art. 15b ust. 2 ustawy o świadczeniach rodzinnych.

⁴³ W. Wójtowicz, P. Smoleń, *Podatek dochodowy od osób fizycznych...*, s. 19.

Ze względu na powyższe cechy zapomogi i ulgi warto dokonać analizy łącznego funkcjonowania tych instytucji oraz rozważyć powołanie do życia nowej – stymulującej do oszczędzania, tak żeby osoby młode miały możliwość skorzystania ze zgromadzonych środków w momencie usamodzielniania się.

Geneza ulgi

Ulga prorodzinna została wprowadzona do podatku dochodowego artykułem 1 pkt 30 ustawy z 16 listopada 2006 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych⁴⁴. Zgodnie z jej art. 21, kwota ulgi mogła zostać odliczona od kwoty podatku⁴⁵ z tytułu osiągnięcia dochodu od 1 stycznia 2007 r.

Jeżeli zważyć ówczesne brzmienie art. 27f ust. 1 ustawy o podatku dochodowym, to należy stwierdzić, że prawo odliczenia przysługiwało podatnikowi, który wychowywał⁴⁶ własne lub przysposobione dzieci⁴⁷. Zgodnie z ust. 3 prawo to dotyczyło łącznie obojga rodziców⁴⁸. W razie separacji lub rozwodu do ulgi uprawniony był rodzic, u którego dzieci faktycznie zamieszkiwały (ust. 4). Gdyby rodzice rozwiedli się albo pozostawali w separacji, odliczenie przysługiwało im proporcjonalnie do liczby miesięcy, w jakich zamieszkiwały u nich dzieci (ust. 5). W roku podatkowym 2007 kwota ulgi stanowiła iloczyn 120 zł i liczby dzieci wychowywanych (ust. 2). Faktycznie jednak podatnicy nie odliczyli od podatku kwoty w tej wysokości, gdyż na podstawie ustawy z 5 września 2007 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym⁴⁹, kwota ulgi z tytułu wychowywania dzieci przez okres roku podatkowego została podniesiona do iloczynu liczby wychowywanych

⁴⁴ Dz.U. z 2006 r. Nr 217 poz. 1588.

⁴⁵ Odliczenie to mogło mieć miejsce wyłącznie od kwoty podatku obliczanego na zasadach ogólnych, zgodnie z art. 27 ustawy o podatku dochodowym. Warto także zaznaczyć, że odliczenie kwoty tej miało miejsce i ma nadal po odliczeniu od kwoty podatku składek na ubezpieczenie zdrowotne (art. 27b ustawy o podatku dochodowym).

⁴⁶ „Dla skorzystania z ulgi na dzieci nie był zatem wystarczający fakt bycia rodzicem małoletnich dzieci. Co istotne, kwota ulgi przysługiwała w pełnej wysokości, o ile tylko względem podatnika w danym roku podatkowym zaistniał stan wychowywania dzieci, nawet jeśli nie trwał on przez cały rok podatkowy”. A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Komentarz do art. 27(f) ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych*, Lex 2009, teza 12.

⁴⁷ Jeżeli były to dzieci: małoletnie, dzieci uczące się do ukończenia 25 roku życia lub otrzymujące zasiłek pielęgnacyjny i zasadniczo nieosiągające dochodów bez względu na wiek, zob. art. 6 ust. 4 ustawy o podatku dochodowym.

⁴⁸ Warto zauważyć, że wspólne wychowywanie dzieci w związku małżeńskim, które pochodzą z wcześniejszego małżeństwa umożliwia skorzystanie z ulgi z tytułu wychowywania wszystkich tych dzieci, jeżeli małżonkowie podlegają łącznemu opodatkowaniu. Zob.: Interpretacja indywidualna Izby Skarbowej w Katowicach z 9 lutego 2001 r. (IBPBII/1/415-957/09/ŚS) Lex, pisma urzędowe do art. 27f.

⁴⁹ Dz.U. z 2007 r. Nr 191 poz. 1361.

dzieci i dwukrotności kwoty zmniejszającej podatek określonej w art. 27 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym⁵⁰. Zmiana ta weszła w życie z mocą wsteczną, mając zastosowanie do dochodów osiąganych w roku 2007, co można uznać za efekt trwającej wówczas kampanii wyborczej. Należy zauważyć, że wprowadzone przepisy od samego początku budziły liczne kontrowersje interpretacyjne.

Ostatnie zmiany i obecny stan prawny dotyczący ulgi

Najpoważniejsze zmiany art. 27f ustawy o podatku dochodowym miały miejsce w myśl art. 1 pkt 21 ustawy z 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw⁵¹. Zgodnie z art. 14 ustawy, zmiany odnosiły skutek do dochodów osiągniętych od 1 stycznia 2009 r. i co szczególnie ważne, zachowały moc do dziś.

Rozszerzeniu uległ krąg podmiotów uprawnionych do skorzystania z ulgi i obejmuje on podatników, którzy w danym roku podatkowym wykonywali władzę rodzicielską⁵² lub pełnili funkcję opiekuna prawnego⁵³ jeśli dziecko z nimi zamieszkiwało lub sprawowało opiekę⁵⁴ przez pełnienie funkcji rodziny zastępczej w okresie roku podatkowego (ust. 1). Kwotę ulgi nieznacznie podwyższono do jednej szóstej kwoty zmniejszającej podatek za każdy miesiąc kalendarzowy, w którym podatnik sprawował pieczę nad dzieckiem⁵⁵. Ponadto umożliwiono podatnikowi odliczenie jednej trzydziestej powyższej kwoty za każdy dzień sprawowania pieczy nad dzieckiem, jeżeli była ona sprawowana odrębnie przez obojga podatników w tym samym miesiącu

⁵⁰ Kwota ta wynosiła więc 1060,16 zł z tytułu wychowywania 1 dziecka. Warto zwrócić uwagę, że nowy sposób ujmowania kwoty ulgi powodował błędy rachunkowe nawet wśród pracowników urzędu skarbowego. Zob.: Interpretacja indywidualna Ministra Finansów – Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z 4 maja 2010 r. (IBPBII/1/415-141/10/BD) Lex, pisma urzędowe do art. 27f.

⁵¹ Dz.U. z 2008 r. Nr 209 poz. 1316. Zmiany te niwelowały najpoważniejsze mankamenty dotyczące interpretacji ulgi.

⁵² Zob. art. 92–94 ustawy z 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 1964 r. Nr 9 poz. 59 z późn. zm.; dalej: kodeks rodzinny).

⁵³ Por. art. 145 §2 kodeksu rodzinnego.

⁵⁴ Zgodnie z kodeksem rodzinnym, sprawowanie opieki można rozumieć jako sprawowanie pieczy. Warto zaznaczyć, że również na gruncie ustawy o podatku dochodowym ustawodawca posługuje się tym terminem (art. 27f ust. 1 i ust. 2).

⁵⁵ Od zmiany tej kwota ulgi wynosi 1112,04 zł w skali roku i 92,67 zł w skali miesiąca kalendarzowego.

(ust. 3)⁵⁶. Jednocześnie wprowadzono zastrzeżenie, że odliczenie z tytułu ulgi nie przysługuje od danego miesiąca, w którym dziecko zostało na podstawie orzeczenia sądu umieszczone w placówce wychowawczej albo wstąpiło w związek małżeński (ust. 2). Od czasu ostatnich zmian ulga może zostać odliczona albo w częściach równych, albo w dowolnie obranej proporcji przez podatników pozostających w związku małżeńskim (ust. 4). Wyraźnie określono dane dzieci, jakie muszą być zawarte w zeznaniu podatkowym: nr PESEL bądź imiona i nazwiska dzieci oraz ich datę urodzenia w przypadku braku numeru (ust. 4). Co więcej, wymieniono obowiązki dowodowe podatnika w razie wezwania do udokumentowania uprawnienia do ulgi przez organy podatkowe lub organy kontroli skarbowej (ust. 5)⁵⁷. Ponadto utrzymano w mocy wymóg dotyczący małoletniości dzieci albo uczenia się przez nie do 25 roku życia, przy jednoczesnym nieosiąganiu przez nie dochodów podlegających opodatkowaniu⁵⁸ oraz wyjątek nieuwzględniania wieku dzieci otrzymujących zasiłek pielęgnacyjny lub rentę socjalną (ust. 6)⁵⁹. Co szczególnie istotne, od roku podatkowego 2009, w związku ze wspomnianymi zmianami, nie jest możliwe odliczenie kwoty ulgi prorodzinnej, jeśli do podatnika lub dziecka mają zastosowanie przepisy dotyczące: odrębnego opodatkowania dochodów z pozarolniczej działalności gospodarczej w oparciu o stawkę 19% (art. 30c ustawy o podatku dochodowym) lub opodatkowania przychodów na zasadach określonych w ustawie o zryczałtowanym podatku dochodowym⁶⁰ lub opodatkowania podatkiem tonażowym (ust. 7)⁶¹. Od kwoty podatku za lata

⁵⁶ Kwota ta wynosiła więc 3,09 zł za każdy dzień sprawowania pieczy.

⁵⁷ W tym w szczególności obowiązek przedłożenia:

- 1) odpisu aktu urodzenia dziecka,
- 2) zaświadczenia sądu rodzinnego o ustaleniu opiekuna prawnego dziecka,
- 3) odpisu orzeczenia sądu o ustaleniu rodziny zastępczej lub umowy zawartej między rodziną zastępczą a starostą,
- 4) zaświadczenia o uczęszczaniu pełnoletniego dziecka do szkoły.

⁵⁸ Warto zauważyć, że za takie można uznać dochody uzyskane za granicą. Zob.: Interpretacja indywidualna Ministra Finansów – Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z 15 września 2010 r. (IBPBII/1/415-604/10/ASz), Lex, pisma urzędowe do art. 27f. Rozumienie takie jest kontrowersyjne ze względu na literalne brzmienie art. 6 ust. 4 pkt 3 ustawy o podatku dochodowym.

⁵⁹ W związku z art. 6 ust. 4 pkt 2 i 3 ustawy o podatku dochodowym. Sytuacja, w której nie uwzględnia się wieku takiego dziecka może mieć miejsce wówczas, gdy podatnik realizuje obowiązek alimentacyjny lub pełni funkcję rodziny zastępczej. Warto także zwrócić uwagę, że faktyczna realizacja obowiązku alimentacyjnego nie przesądza uprawnienia do ulgi. Zob.: Interpretacja indywidualna Ministra Finansów – Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 2 czerwca 2010 r. (IPPB4/415-202/10-4/JK), Lex, pisma urzędowe do art. 27f.

⁶⁰ Z wyjątkiem dzieci opodatkowanych w formie karty podatkowej (art. 6 ust. 9 ustawy o podatku dochodowym).

⁶¹ Należy zauważyć, że rozwiązanie to jest niezwykle niesprawiedliwe dla osób prowadzących działalność gospodarczą.

2007 i 2008 kwotę ulgi mógł odliczyć płatnik, na wniosek podatnika, a także sam podatnik. Z kolei od roku 2009 już tylko podatnik⁶².

Geneza zapomogi i obecny stan prawny

Jednorazowa zapomoga z tytułu urodzenia się dziecka (popularnie zwana be-cikowym) została wprowadzona do systemu prawnego w myśl art. 1 ust. 1 pkt 30 ustawy z 29 grudnia 2005 r. o zmianie ustawy o świadczeniach rodzinnych⁶³. Podmiotem uprawnionym do zapomogi był „ojciec lub matka albo opiekun prawny”. Świadczenie przysługiwało jedynie wnioskodawcy, który złożył wniosek w terminie 3 miesięcy od dnia narodzin do właściwego organu⁶⁴. Kwota świadczenia z tytułu urodzenia się żywego dziecka⁶⁵ została określona na poziomie 1000 zł.

Artykuł 15b ustawy o świadczeniach rodzinnych regulujący zapomogę, podlegał kilkukrotnym zmianom. Pierwsza z nich miała miejsce w roku 2007⁶⁶. Rozszerzono wówczas krąg podmiotów uprawnionych do zapomogi o opiekuna faktycznego (ust. 1), co wiązało się z uprawnieniem do zapomogi także w razie przysposobienia dziecka, które urodziło się żywe po 8 lutego 2006 r.⁶⁷ Ponadto termin złożenia wniosku został wydłużony do 12 miesięcy od urodzenia albo przysposobienia dziecka (ust. 3). W ramach kolejnych zmian⁶⁸ wprowadzono regulację, że wniosek złożony po terminie jest pozostawiany bez rozpoznania⁶⁹ a także, iż może on zostać złożony do osiągnięcia przez dziecko 18 roku życia, w przypadku dziecka objętego opieką prawną albo faktyczną oraz przysposobionego (ust. 3). Wprowadzono także normę

⁶² Zob.: art. 1 ust. 1 pkt 42 lit. b ustawy z 16 listopada 2006 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2006 r. Nr 217 poz. 1588) i art. 1 pkt 31 lit b ustawy z 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2008 r. Nr 209 poz. 1316).

⁶³ Dz.U. z 2006 r. Nr 12, poz. 67.

⁶⁴ Zob.: art. 20 w związku z art. 23 ust. 2 ustawy o świadczeniach rodzinnych. Praktycznie wnioski są najczęściej przyjmowane przez urzędy gmin albo działające w ich ramach Miejskie Ośrodki Pomocy Społecznej.

⁶⁵ Bez znaczenia jest przy tym fakt późniejszego zgonu dziecka. Zob.: decyzja SKO we Wrocławiu z 12 września 2006 r. (SKO 4318/8/06), LexPolonica Nr 2148553.

⁶⁶ W oparciu o ustawę z 24 maja 2007 r. o zmianie ustawy o świadczeniach rodzinnych oraz ustawy o podatku rolnym (Dz.U. z 2007 r. Nr 109 poz. 747).

⁶⁷ Zob.: wyrok WSA w Poznaniu z 13 marca 2008 r. (IV S.A./Po 878/07), Lex Nr 493169.

⁶⁸ Zob. art. 7 pkt 3 ustawy z 6 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy kodeks pracy oraz niektórych ustaw (Dz.U. z 2008 r. Nr 237 poz. 1654) i art. 1 pkt 6 ustawy z 17 października 2008 o zmianie ustawy o świadczeniach rodzinnych (Dz.U. z 2008 r. Nr 223 poz. 1456).

⁶⁹ Jest więc terminem zawitym – nieprzywracany. Zob.: wyrok NSA z 17 stycznia 2008 r. (I OSK 2006/06), Lex Nr 340427.

stanowiącą, że zapomoga należna jest jedynie wtedy, gdy członkowi rodziny nie przysługuje za granicą świadczenie z tytułu urodzenia dziecka, chyba że przepisy o koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego lub dwustronne umowy międzynarodowe stanowią inaczej (ust. 4). Ponadto zastrzeżono, że zapomoga przysługuje wyłącznie wtedy, gdy kobieta pozostawała pod opieką medyczną⁷⁰ nie później niż od 10. tygodnia ciąży do porodu (ust. 5). Co oczywiste, ustęp ten nie ma zastosowania do osób będących opiekunami prawnymi lub faktycznymi dziecka (ust. 7). Pozostawanie pod opieką medyczną podlega potwierdzeniu odpowiednim zaświadczeniem (ust. 6)⁷¹.

Brytyjski system Child Trust Fund

Child Trust Fund to system kont, który w swoich założeniach miał opierać się na finansowaniu ze środków publicznych szczebla centralnego, przy uzupełnieniu środkami prywatnymi⁷². Konta te są przypisane do konkretnych dzieci – beneficjentów i prowadzone przez instytucje prywatne (banki bądź *building societies* – kasy oszczędnościowo-mieszkaniowe). Środki na nich gromadzone winny wzrastać przy braku możliwości ich podjęcia do uzyskania przez dziecko pełnoletniości. System ten został zaprojektowany w celu wzmocnienia w przyszłych pokoleniach nawyku oszczędzania i zapewnienia młodym osobom usamodzielniającym się dostępu do aktywów finansowych w momencie rozpoczęcia dorosłego życia, bez względu na ich sytuację rodzinną⁷³.

W okresie pełnego funkcjonowania systemu w latach 2005–2010 jego charakter kształtował się następująco: konto w ramach systemu otwierane było dla każdego dziecka, które urodziło się po 1 sierpnia 2002 r. (włącznie)

⁷⁰ Forma wykonywanej opieki podlega dalszej regulacji w formie rozporządzenia. Zob. Rozporządzenie Ministra zdrowia z 14 września 2010 r. w sprawie opieki medycznej nad kobietą w ciąży, uprawniającej do dodatku z tytułu urodzenia dziecka oraz wzoru zaświadczenia potwierdzającego pozostawanie pod tą opieką (Dz.U. z 2010 r. Nr 183 poz. 1234).

⁷¹ Obecnie może je – oprócz lekarza – wystawić także położna. Zob. art. 1 ustawy o zmianie ustawy o świadczeniach rodzinnych oraz ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 50 poz. 301).

⁷² System ten od momentu jego wdrożenia od 1 stycznia 2005 do 6 kwietnia 2005 r. podlegał modyfikacjom, które ograniczały jego finansowanie ze środków publicznych. Daleko idące jego ograniczenie przewiduje *The Savings Accounts and Health in Pregnancy Bill*, nad którym debata odbyła się już na poziomie Izby Lordów. Jest ona i tak formalnością, gdyż Izba nie ma prawa do zmian aktów finansowych (www.services.parliament.uk/bills/2010-11/savingsaccountsandhealthinpregnancygrant.html).

⁷³ *Regulation 1. Regulatory Impact Assessment: Child Trust Fund Full Regulatory Impact Assessment*, zatwierdzonej przez Sekretarza ds. Finansowych Skarbu 25 listopada 2005 r.

i zamieszkiwało w Wielkiej Brytanii⁷⁴. Rodzicom bądź innym osobom sprawującym pieczę nad dzieckiem, którzy wystąpili o *child benefit* (świadczenie rodzinne) przesyłany był bon na sumę 250 funtów na jedno dziecko⁷⁵. Osoba uprawniona, która otrzymała bon, była odpowiedzialna za jego wykorzystanie przez powierzenie obsługi konta instytucji prywatnej (np. bankowi)⁷⁶. Dzieci z rodzin o niskim poziomie dochodu otrzymywały dodatkowo 250 funtów⁷⁷. Skarb dokonywał kolejnych wpłat na konto każdego dziecka w ramach systemu, kiedy obchodziło ono 7 urodziny. Wpłata ta wynosiła 250 bądź 500 funtów dla dzieci z rodzin o niższym dochodzie⁷⁸.

Rodzice, dziecko i inne osoby mogły dokonywać dodatkowych wpłat na konto do kwoty 1200 funtów rocznie na wszystkich wpłacających⁷⁹. Z faktu tego wynika dodatkowa korzyść podatkowa dla rodziców. W ramach bowiem *income tax* (podatku dochodowego od osób fizycznych), dochody rodziców przekazane na rzecz dzieci pomniejszające podstawę opodatkowania nie mogą przekroczyć limitu 100 funtów na jedno dziecko⁸⁰. Ta górna granica uniemożliwia przekazywanie środków przez rodziców na rzecz dzieci w celu wykorzystania kwoty wolnej od podatku (minimum podatkowego) przysługującej dziecku. Natomiast kwoty wpłat na konto w ramach systemu traktowane są odrębnie od tego limitu⁸¹. Szeroki wachlarz ulg podatkowych związanych z dochodem z tytułu środków gromadzonych na kontach dotyczy zarówno *income tax* (podatku dochodowego), jak i *capital gains tax* (podatku od zysków ze źródeł kapitałowych)⁸². Można więc zauważyć wysoki stopień skoordynowania systemu kont z systemem podatkowym. Ponadto należy podkreślić, że nie ma możliwości wypłaty środków z konta w ramach systemu aż do osiemnastych urodzin dziecka⁸³.

⁷⁴ *Section 2, Child Trust Fund Act 2004*. Wszystkie akty brytyjskie (zarówno *general*, jak i *statutory instruments*) dostępne są na stronie internetowej: www.legislation.gov.uk, obsługiwanej przez The National Archives (Archiwa Narodowe).

⁷⁵ *Regulation 7 (4) (a) Child Trust Fund Regulations 2004* (S.I. 2004/1450).

⁷⁶ *Section 5, Child Trust Fund Act 2004*.

⁷⁷ *Regulation 7 (4) (b), Child Trust Fund Regulations 2004* (S.I. 2004/1450).

⁷⁸ *Regulation 5, The Child Trust Funds (Amendment) Regulations 2009* (S.I. 2009/475).

⁷⁹ *Regulation 9, Child Trust Fund Regulations 2004* (S.I. 2004/1450).

⁸⁰ Celem wprowadzenia tej regulacji jest ograniczenie transferu środków pieniężnych dla uniknięcia bądź obniżenia opodatkowania.

⁸¹ Zob.: Wyjaśnienia Urzędu Skarbu i Cel Jej Królewskiej Mości: www.hmrc.gov.uk/tdsi/children.htm.

⁸² *Child Trust Fund Act 2004, Section 13; Regulation 24. Child Trust Fund Regulations 2004* (S.I. 2004/1450).

⁸³ *Child Trust Fund Act 2004, Section 4 (d)*.

Ze względu na postępujący kryzys gospodarczy, na podstawie ostatnich zmian⁸⁴, od 2 sierpnia 2010 r.⁸⁵ zmniejszono wysokość przekazywanych kwot do 50 funtów i odpowiednio 100 funtów dla dzieci o niskim dochodzie. Był to pierwszy przejaw realizacji programu nowego rządu koalicyjnego, którego celem jest wstrzymanie przekazywania środków publicznych na konta. Pozostawianie uregulowań dotyczących *Child Trust Fund* w brytyjskim systemie prawa finansowego ma obecnie rację bytu wyłącznie ze względu na regulacje dotyczące ulg podatkowych w przypadku kontynuowania wpłat na konta.

Wnioski

Z ekonomicznego punktu widzenia stan rzeczy dotyczący ulgi prorodzinnej przedstawia się następująco: rodzice, z których dochodów potrącana jest zaliczka na podatek dochodowy, tracą dostęp do swoich środków pieniężnych do czasu zwrotu nadpłaty przez urząd skarbowy. Korzysta na tym wyłącznie państwo, mając możliwość obracania wspomnianymi środkami. Po upływie roku określona grupa rodziców, którzy w trakcie roku podatkowego wychowywali dzieci może otrzymać zwrot części środków pieniężnych tytułem ulgi prorodzinnej, dopełniając obowiązku terminowego złożenia właściwie wypełnionego zeznania podatkowego.

Jeszcze mniej skomplikowana jest sytuacja dotycząca zapomogi: jeżeli dziecko urodzi się żywe i osoba uprawniona terminowo złoży wniosek, otrzyma z budżetu państwa środki pieniężne zwolnione od opodatkowania.

System ten nie stymuluje żadnych rozsądnych zachowań rynkowych, a jedynie gratyfikuje rodziców ze względu na fakt urodzenia się dziecka i zamieszkiwania dziecka z danym rodzicem (rodzicami). Nie daje on żadnej gwarancji, że środki otrzymane przez rodziców rzeczywiście zostaną przeznaczone na wychowanie i dobro dziecka.

W dobie kryzysu istotne jest wprowadzanie rozwiązań prawnofinansowych realizujących cel fiskalny. Jeżeli jednak istnieje taka możliwość, warto rozważyć wprowadzenie rozwiązań realizujących jednocześnie funkcję stymulacyjną, której przełożeniem na gruncie celów⁸⁶ będzie realizacja długofalowej polityki prorodzinnej przy gromadzeniu oszczędności.

Natomiast brytyjski system *Child Trust Fund* jest wsparciem dla instytucji finansowych, dla których skutki kryzysu są szczególnie dotkliwe i stymuluje on ludność do oszczędzania. Jednocześnie nie pomniejsza on środków pozo-

⁸⁴ Regulation 3, (4) *The Child Trust Funds (Amendment No. 3) Regulations 2010* (S.I. 210/1894).

⁸⁵ *The Child Trust Funds (Amendment No. 3) Regulations 2010* (S.I. 210/1894), Regulation 1 (3).

⁸⁶ K. Ostrowski, *Prawo finansowe...*, s. 32.

stających w jej dyspozycji, gdyż jest finansowany ze środków publicznych, a ponadto wskazuje możliwości oszczędzania, dzięki którym można zapewnić lepszy start przyszłemu pokoleniu.

Warto też podkreślić, że jedynym przejawem koordynacji instytucji ulgi prorodzinnej i zapomogi jest zwolnienie przedmiotowe uregulowane w art. 21 ust. 1 pkt 8 ustawy o podatku dochodowym, na podstawie którego dochody uzyskane z tytułu zapomogi nie podlegają opodatkowaniu.

Jednocześnie należy odnieść się negatywnie do zachowania rządu brytyjskiego, który w oparciu o *Savings Accounts and Health in Pregnancy Act 2011*, wstrzymał finansowanie systemu *Child Trust Fund* ze środków publicznych.

Postulaty de lege ferenda

W związku z powyższym należy postulować:

1. Ujednolicenie regulacji dotyczącej systemu finansowania polityki prorodzinnej w jednej ustawie, dzięki czemu stałby się on bardziej przejrzysty.
2. Dostosowanie tego systemu do realiów społecznych tak, żeby jego funkcjonowanie motywowało rodziców do rozsądnych zachowań rynkowych.
3. Rozpoczęcie realizacji długofalowej polityki prorodzinnej, związanej z wychowaniem dzieci w duchu odpowiedzialności i oszczędności, której wzorem godnym naśladowania jest system *Child Trust Fund*.

Abstract

Legal and Financial Instruments of Family Policy – Postulate of Changes Inspired by the British Child Trust Fund Accounts System

The paper contains legal analysis of financial law instruments used to implement family policy in the Republic of Poland. It is worth noting, that the Polish family policy system is based on elements of the structure of the personal income tax and social benefits such as joint taxation of spouses or single parents, maintenance exemption or maintenance benefits. Only two elements of this structure are common or relatively common and motivate Polish society to increase the birth rate, they are: personal income tax family relief and lump-sum child benefit. What is more, the transfer of funds from the system takes place at the time of childbirth or during its upbringing. However, there is no universal legal institution which aims at supporting children at the time when they are becoming independent and at inducing them to save money. It causes, that there is no guarantee, that the funds received by the parents are spent for education and welfare of the child. Therefore, the paper contains *de lege ferenda* postulates inspired by the Child Trust Fund system which implements these assumptions to the United Kingdom's system of financial law. Furthermore, introducing a similar solution to the Polish legal system would support *ad hoc* financial institutions, which have suffered because of the recession, but the final beneficiaries of the reform would be young Polish citizens.

Literatura

Bińkowski T., *Polityka rodzinna w III RP*, [w:] *Stan realizacji polityki społecznej w XXI wieku*, red. M. Miłka, G. Wilk-Jakubowski, Wydawnictwo Współpracy Polska–Wschód, Kielce 2009.

Kostecki A., *Podmiotowość podatkowa małżonków*, „Państwo i Prawo”, 1965, nr 1.

Langrod R., Franz A., *Państwowy podatek dochodowy*, Wydawnictwo Biblioteka Prawnicza, Warszawa 1933.

Ostrowski K., *Prawo finansowe*, PWN, Warszawa 1970.

Wójtowicz W., Smoleń P., *Podatek dochodowy od osób fizycznych – prorodzinny czy neutralny?*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 1999.

Marcin Sala-Szczypiński

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Postępowania kontrolne prowadzone przez inspekcję sanitarną (część pierwsza)

W niniejszym artykule przedmiotem analizy będą kompetencje kontrolne, przesłanki i zasady prowadzenia kontroli przez pracowników inspekcji sanitarnej, zgodnie z przepisami ogólnymi, to znaczy zgodnie z ustawą o Państwowej Inspekcji Sanitarnej z 14 marca 1985 r. (Dz.U. Nr 212, poz. 1263 z późn. zm.). Ze względu na obszerność i stopień skomplikowania, modyfikacje zasad kontroli wynikające z ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej oraz ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia z 25 sierpnia 2006 r. (Dz.U. Nr 136, poz. 914), omówione zostaną w osobnym artykule.

Ogólne kompetencje kontrolne wynikające z ustawy o Państwowej Inspekcji Sanitarnej

Ustawodawca posługuje się w ustawie o państwowej inspekcji sanitarnej zarówno pojęciem kontroli jak i nadzoru¹ nie definiując ich, stąd też konieczne jest przybliżenie tych pojęć w odwołaniu do ustaleń o charakterze ogólnym. W literaturze spotkać się można z różnymi definicjami. W najszerszym ujęciu kontrola polega na obserwowaniu określonych zjawisk, analizowaniu ich charakteru, natomiast zastosowanie środków władczych w celu usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości należy już do nadzoru². To właśnie możliwość stosowania środków władczych odróżnia nadzór od kontroli w większości

¹ Np. w art. 4. ust. 1: „Do zakresu działania Państwowej Inspekcji Sanitarnej w dziedzinie bieżącego nadzoru sanitarnego należy kontrola przestrzegania przepisów określających wymagania higieniczne i zdrowotne”.

² E. Ura, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2008, s. 291 i nast.

prezentowanych ujęć³. Istotą nadzoru jest wyciąganie konsekwencji z zachowania organu podporządkowanego, które jest obserwowane przez organ nadzorczy z punktu widzenia określonych kryteriów nadzoru, przy czym kryteria te powinny być ustalone przez ustawodawcę jednoznacznie, a środki nadzoru zebrane w zamkniętym katalogu⁴. Należy jednak stwierdzić, że kontrola może też być traktowana jako element nadzoru, jej wstępny etap – takie intencje miał ustawodawca regulując kontrolę na gruncie ustawy o Państwowej Inspekcji Sanitarnej, co jest powiązane z faktem powierzenia inspektorowi również nadzoru. Prezentowane w doktrynie definicje kontroli obejmują zasadniczo te same elementy. J. Boć definiuje kontrolę jako proces, który składa się z następujących etapów: ustalenia istniejącego stanu, zbadania jego zgodności ze stanem postulowanym oraz wskazanie zasięgu i przyczyn rozbieżności, przekazanie ich wyników kontrolowanemu i podmiotowi zwierzchniemu nad kontrolującym⁵. Według innej definicji, kontrola to zespół czynności podejmowanych przed uprawnione podmioty na podstawie przepisów prawa, którego celem jest zweryfikowanie stanu faktycznego ze stanem postulowanym (odpowiadającym wzorcowi ustanowionemu w przepisach prawa) oraz wyciągnięcie stosownych wniosków, które znajdują swój wyraz w wynikach kontroli⁶.

Ustawa z 14 marca 1985 r. o Państwowej Inspekcji Sanitarnej określa w sposób bardzo szeroki zakres działania inspekcji sanitarnej – jest ona powołana do realizacji zadań z zakresu zdrowia publicznego. Art. 1 ustawy zawiera przykładowe wyliczenie dziedzin, nad którymi inspekcja sprawuje nadzór w celu ochrony zdrowia ludzkiego przed niekorzystnym wpływem szkodliwości i uciążliwości środowiskowych, zapobiegania powstawaniu chorób. Nadzorem inspekcji sanitarnej objęte są warunki: higieny środowiska, higieny pracy w zakładach pracy, higieny radiacyjnej, higieny procesów nauczania i wychowania, higieny wypoczynku i rekreacji, zdrowotne żywności, żywienia i przedmiotów użytku, higieniczno-sanitarne, jakie powinien spełniać personel medyczny, sprzęt oraz pomieszczenia, w których są udzielane świadczenia zdrowotne. Wykonywanie tych zadań polega na sprawowaniu zapobiegawczego i bieżącego nadzoru sanitarnego, a z oboma rodzajami nadzoru łączy się konieczność przeprowadzenia kontroli.

Przepisy zawierające wyliczenie zadań i kompetencji inspekcji, które wiążą się z przeprowadzeniem kontroli mają charakter przykładowy, posługując się

³ Z. Duniewska, B. Jaworska-Dębska, R. Michalska-Badziak, E. Olejniczak-Szałowska, M. Stahl, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2009, s. 482 i nast.

⁴ J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Kraków 2006, s. 139 i nast.

⁵ J. Boć, *Kontrola administracji*, Wrocław 1994, s. 31 i nast.

⁶ M. Sieradzka, *Swoboda działalności gospodarczej. Komentarz*, Lex 2010, pkt 3 uwag do art. 77.

zwrotem „w szczególności”, co pozornie stwarza domniemanie kompetencji inspekcji sanitarnej, nie jest to jednak domniemanie, które daje kompetencję do działań władczych we wszystkich tych dziedzinach – musi bowiem istnieć przepis materialnoprawny, stanowiący podstawę wydania rozstrzygnięcia o charakterze władczym (działania opiniodawcze nie wymagają zawsze takiej szczególnej podstawy, chyba że są odrębnie uregulowane np. jako wydawane w trybie art. 106 k.p.a., jednak wydawane bez szczególnej podstawy nie mają charakteru wiążącego). Taką interpretację potwierdza utrwalone orzecznictwo:

Określony w art. 3 ustawy o Państwowej Inspekcji Sanitarnej zakres działania Państwowej Inspekcji Sanitarnej w dziedzinie zapobiegawczego nadzoru sanitarnego – w związku z użyciem zwrotu „w szczególności” nie został przez ustawodawcę określony wyczerpująco. Zwrot „w szczególności” nie oznacza jednak dopuszczalności domniemywania kompetencji nadzorczych. Zwrot ten wskazuje jedynie na to, że zakres działania Państwowej Inspekcji Sanitarnej w dziedzinie zapobiegawczego nadzoru sanitarnego może być regulowany również innymi przepisami rangi ustawowej⁷.

Normy kompetencyjne muszą być interpretowane w sposób ścisły i literalny (obowiązuje zakaz dokonywania wykładni rozszerzającej przepisów kompetencyjnych, a także wyprowadzania kompetencji w drodze analogii)⁸. Osiągnięcie założonego celu i realizacja postawionych zadań nadzorowych, które stanowią nie tylko uprawnienie, ale i obowiązek inspekcji sanitarnej⁹, będzie możliwe tylko dzięki zagwarantowaniu odpowiednich, skorelowanych uprawnień kontrolnych i decyzyjnych.

Ustawa o Państwowej Inspekcji Sanitarnej nie wskazuje wprost kręgu podmiotów, które mogą być kontrolowane przez organy inspekcji sanitarnej. Skoro do zakresu działania inspekcji sanitarnej w dziedzinie bieżącego nadzoru sanitarnego należy kontrola przestrzegania przepisów określających wymagania higieniczne i zdrowotne, to kontroli będą podlegać wszystkie podmioty wykonujące działalność normowaną właśnie przez przepisy określające

⁷ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z 15 lutego 2008 r., II SA/Kr 1274/07 (publ.: www.legalis.pl – System Informacji Prawnej, dalej: Legalis).

⁸ Wyrok WSA we Wrocławiu z 26 stycznia 2005 r., IV SA/WR 807/04, Orzecznictwo w sprawach samorządowych z 2005 r., nr 2 poz. 43.

⁹ Zgodnie z wyrokiem WSA w Bydgoszczy z 23 września 2008 r. (II SA/Bd 515/08, publ.: Legalis): „W świetle przepisów art. 1 pkt 6 oraz art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 14 marca 1985 r. o Państwowej Inspekcji Sanitarnej [...] Inspektor Sanitarny jest ustawowo zobligowany do kontrolowania zakładów produkujących żywność i środki spożywcze, w tym sprawdzania zgodności prowadzonej produkcji z przepisami ją normującymi”.

wymagania higieniczne i zdrowotne, chyba że podmiot taki zostanie wyraźnie wyłączony spod kontroli inspekcji sanitarnej. Podobnie należy określić zakres podmiotów podlegających kontroli w przypadku nadzoru zapobiegawczego.

Ustawa nie definiuje także pojęcia kontroli, jednak określa uprawnienia inspektora sanitarnego związane z kontrolą – w związku z wykonywaną kontrolą inspektor sanitarny ma prawo wstępu do: a) zakładów pracy oraz wszystkich pomieszczeń i urządzeń wchodzących w ich skład, b) obiektów użyteczności publicznej, obiektów handlowych, ogrodów działkowych i nieruchomości oraz wszystkich pomieszczeń wchodzących w ich skład, c) środków transportu i obiektów z nimi związanych, w tym również na statki morskie, żeglugi śródlądowej i powietrzne, d) obiektów będących w trakcie budowy. Przedstawione wyliczenie ma charakter przedmiotowy a nie podmiotowy – inspektorowi sanitarnemu przysługuje prawo wstępu do powyższych miejsc bez względu na to, kto jest ich zarządzającym czy właścicielem. Przykładowo, prawo wejścia do zakładu pracy przysługuje bez względu na status prowadzącego zakład pracy i przedmiot działalności (przepisy szczególne mogą tu doprecyzowywać zakres kontroli lub właściwość inspektora – powiatowego lub wojewódzkiego – ale nie zmieniają ogólnej zasady). W ustawie nie zdefiniowano szerzej pojęcia zakładu pracy. Zasadne zatem jest dla zdefiniowania zakładu pracy odwołanie się do definicji zawartej w Kodeksie pracy.

Pojęcie zakładu pracy może mieć charakter przedmiotowy lub podmiotowy. W znaczeniu przedmiotowym¹⁰ jest to zespół środków majątkowych i osobowych oraz organizacyjnych, natomiast z znaczeniu podmiotowym zakład pracy jest tożsamy z pracodawcą. Zgodnie z art. 3 Kodeksu pracy, pracodawcą jest jednostka organizacyjna, choćby nie posiadała osobowości prawnej, a także osoba fizyczna, jeżeli zatrudnia ją pracowników. W świetle utrwalonego orzecznictwa Sądu Najwyższego, aby daną jednostkę organizacyjną uznać za zakład pracy, musi ona zostać stworzona zgodnie z przepisami prawa i mieć z tego tytułu zdolność do zatrudniania pracowników i dokonywania czynności prawnych w zakresie stosunku pracy. Za pracodawcę uważa się zatem np. spółkę cywilną, a nie jej wspólników (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 29 stycznia 1999 r., II UKN 507/98 – „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 7–8, s. 51).

Statuujący powyższe prawo wstępu przepis posługuje się zwrotem „na terenie miast i wsi”, który jednak nie niesie ze sobą żadnej treści normatywnej – w szczególności z faktu, że powołany podział nie ma charakteru wyczerpującego, nie można wywodzić wniosku, iż inspektor nie ma prawa wstępu do obiektów położonych poza miastami i wsiami (niezależnie od tego, która de-

¹⁰ *Kodeks pracy. Komentarz*, red. W. Musiański, Warszawa 2011, wyd. 8, uwaga II.1 do art. 23¹.

finicja wymienionych pojęć zostanie zastosowana), zwrot ten nie wpływa także na rozgraniczenie kompetencji inspekcji sanitarnej i np. weterynaryjnej. Niewątpliwie jednak takie sformułowanie może rodzić wątpliwości i należy postulować jego zmianę.

W tym miejscu jednak warto zauważyć, że art. 25 ustawy był już parokrotnie nowelizowany, a część wprowadzonych zmian także może być źródłem wątpliwości. Przykładowo, ustawą o zmianie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz o zmianie niektórych innych ustaw z 19 grudnia 2008 r. (Dz.U. 2009 Nr 18, poz. 97), ustawodawca uchylił poprzednie brzmienie przepisu, który wcześniej przyznawał inspektorowi sanitarnemu prawo wstępu do wymienionych miejsc „o każdej porze dnia i nocy, na terenie miast i wsi”. Konsekwencje wykreślenia części przepisu potwierdzającej możliwość wstępu do kontrolowanych miejsc „o każdej porze dnia i nocy” należy ustalać uwzględniając inne zmiany wprowadzone przedmiotową ustawą nowelizującą – chodzi tu o dodany do ustawy o swobodzie działalności gospodarczej art. 80a, którego ust. 1 ma następujące brzmienie:

Kontrolę przeprowadza się w siedzibie kontrolowanego lub w miejscu wykonywania działalności gospodarczej oraz w godzinach pracy lub w czasie faktycznego wykonywania działalności gospodarczej przez kontrolowanego.

Wydaje się, że z punktu widzenia ochrony praw przedsiębiorcy przepisy dotyczące czasu kontroli zostały w ten sposób zsynchronizowane w sposób pozwalający uniknąć sprzeczności. Jednakże w istocie taka sprzeczność nie mogłaby powstać, zgodnie bowiem z art. 37 ust. 2 ustawy, „do kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorcy stosuje się przepisy rozdziału 5 ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej”, co oznacza, że normy dotyczące kontroli przedsiębiorcy zawarte u ustawie o swobodzie działalności gospodarczej mają charakter *lex specialis* i w razie kolizji uchylają stosowanie reguł wynikających z ustawy o Państwowej Inspekcji Sanitarnej. Nie można jednak pominąć faktu, że przepisy ustawy o Państwowej Inspekcji Sanitarnej regulują kontrolę nie tylko przedsiębiorców, ale również innych podmiotów. W takiej sytuacji, w przypadku braku przepisów szczególnych, może powstać wątpliwość, w jakich godzinach dopuszczalne będzie prowadzenie czynności kontrolnych. Należy stwierdzić, że uchylenie we wspomnianej nowelizacji odnoszącego się do czasu kontroli zwrotu „o każdej porze dnia i nocy” nie wyklucza prowadzenia kontroli w porze nocnej – kontrola musi jednak zawsze być związana z czasem prowadzenia poddanej jej działalności i nie może być nadmiernie uciążliwa dla kontrolowanego (a tym bardziej nie może prowadzić do jego szykanowania).

Dalsze uprawnienia inspektora sanitarnego związane z wykonywaną kontrolą stanowią: prawo żądania pisemnych lub ustnych informacji oraz wyzywania i przesłuchiwanie osób; prawo żądania okazania dokumentów i udostępniania wszelkich danych, a także prawo do pobierania próbek do badań laboratoryjnych. Ponieważ wszystkie te uprawnienia związane są z wykonywaną kontrolą, odnosi się do nich zasada celowości, która wprowadza ograniczenia podmiotowe i przedmiotowe kontroli (działania kontrolne mogą być podejmowane wyłącznie w celu prowadzenia skutecznej kontroli przestrzegania przepisów określających wymagania higieniczne i zdrowotne).

W odrębnym przepisie (art. 26) ustawodawca uregulował prawo wstępu do mieszkań. Nietykalność mieszkania jest dobrem osobistym wymienionym *expressis verbis* w art. 23 kodeksu cywilnego, chronionym na gruncie prawa cywilnego¹¹. Z art. 24 k.c. wynika, że ochrona dóbr osobistych przysługuje jedynie przed działaniem bezprawnym¹², a wśród okoliczności wyłączających bezprawność wymienia się działanie w ramach porządku prawnego, stąd niezwykle istotne jest precyzyjne określenie przesłanek i zakresu dopuszczalnej ingerencji organu administracji.

Zgodnie z ustawą o Państwowej Inspekcji Sanitarnej, inspektor ma prawo wstępu do mieszkań w razie podejrzenia lub stwierdzenia choroby zakaźnej, zagrożenia zdrowia czynnikami środowiskowymi, a także jeżeli w mieszkaniu jest lub ma być prowadzona działalność produkcyjna lub usługowa. W ustawie brak definicji mieszkania, poszukując jej można pomocniczo odwołać się do definicji zawartej w ustawie z 24 czerwca 1994 r. o własności lokali (Dz.U. Nr 80, poz. 903 z późn. zm.), według której (art. 2 ust. 2), samodzielnym lokalem mieszkalnym jest wydzielona trwałymi ścianami w obrębie budynku izba lub zespół izb przeznaczonych na stały pobyt ludzi, które wraz z pomieszczeniami pomocniczymi służą zaspokajaniu ich potrzeb mieszkaniowych. Ma się tu jednak do czynienia z dwoma pojęciami – niewątpliwie każdy samodzielny lokal mieszkalny jest mieszkaniem, ale zakres znaczeniowy pojęcia może być szerszy (np. przy braku spełnionej przesłanki samodzielności lokalu), dlatego, jak wspomniano, definicja ta może być stosowana jedynie pomocniczo.

Przesłankami wstępu do mieszkania są między innymi: podejrzenie lub stwierdzenie choroby zakaźnej oraz zagrożenie zdrowia czynnikami środowiskowymi. Choroby zakaźne określone zostały w ustawie o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi z 5 grudnia 2008 r. (Dz.U.

¹¹ M. Pazdan, [w:] *System prawa cywilnego*, t. 1: *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2007, rozdz. XVI: *Dobra osobiste i ich ochrona*.

¹² S. Dmowski, [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, red. S. Dmowski, S. Rudnicki, Warszawa 2001, s. 86.

Nr 234 poz. 1570). Ustawa ta, oprócz wyliczenia chorób zakaźnych (w załączniku do ustawy), wprowadza rozróżnienie na choroby zakaźne (choroby, które zostały wywołane przez biologiczne czynniki chorobotwórcze, które ze względu na charakter i sposób szerzenia się stanowią zagrożenie dla zdrowia publicznego), oraz choroby szczególnie niebezpieczne i wysoce zakaźne (choroba zakaźna łatwo rozprzestrzeniająca się, o wysokiej śmiertelności, powodująca szczególne zagrożenie dla zdrowia publicznego i wymagająca specjalnych metod zwalczania, w tym: cholera, dżuma, ospa prawdziwa, wirusowe gorączki krwotoczne). Inspektor sanitarny ma prawo wstępu do mieszkania niezależnie od rodzaju zakaźnej, którą podejrzewa.

Wstęp będzie możliwy także wtedy, gdy w mieszkaniu jest lub ma być prowadzona działalność produkcyjna lub usługowa. Nie ma przy tym znaczenia, czy będzie to działalność wykonywana przez właściciela mieszkania czy przez osoby trzecie, nieistotne jest także, czy w związku z prowadzoną działalnością będą zatrudniani pracownicy (wtedy jednak należy uwzględnić przepisy o wstępie do zakładu pracy i jego kontroli).

Wstęp do mieszkań osób korzystających z immunitetów dyplomatycznych jest dozwolony jedynie w porozumieniu z właściwym przedstawicielem dyplomatycznym.

Czynności kontrolne w praktyce najczęściej wykonywane są przez upoważnionych pracowników stacji. W obecnym stanie prawnym można wskazać dwie podstawy normatywne upoważnień do działania w imieniu inspektora. Po pierwsze, zgodnie z art. 35 ustawy, państwowy inspektor sanitarny lub Główny Inspektor Sanitarny może upoważnić odpowiednio pracowników podległej mu stacji sanitarno-epidemiologicznych lub pracowników Głównego Inspektoratu Sanitarnego do wykonywania w jego imieniu określonych czynności kontrolnych i wydawania decyzji – szczegółowe zasady i tryb wydawania upoważnień określone zostały w Rozporządzeniu Ministra Zdrowia w sprawie zasad i trybu upoważniania pracowników stacji sanitarno-epidemiologicznych lub Głównego Inspektoratu Sanitarnego do wykonywania określonych czynności kontrolnych i wydawania decyzji w imieniu państwowych inspektorów sanitarnych lub Głównego Inspektora Sanitarnego z 31 grudnia 2009 r. (Dz.U. 2010 Nr 2 poz. 10).

Główny Inspektor Sanitarny może udzielić upoważnienia pracownikom Głównego Inspektoratu Sanitarnego, a państwowy inspektor sanitarny – pracownikom podległej mu stacji sanitarno-epidemiologicznej, do wykonywania czynności kontrolnych w ramach: 1) zapobiegawczego i bieżącego nadzoru sanitarnego, 2) zapobiegania chorobom zakaźnym i innym chorobom powodowanym warunkami środowiska oraz ich zwalczania – w zakresie niezbędnym

do ustalenia stanu faktycznego i jego zgodności z obowiązującymi wymaganiami higienicznymi i zdrowotnymi. W ramach czynności, o których mowa powyżej, upoważniony pracownik jest uprawniony do: 1) przeprowadzania kontroli w jednostce kontrolowanej, w tym: a) dokonywania wizji lokalnej terenów przeznaczonych na lokalizację obiektów budowlanych, b) kontroli obiektów budowlanych w toku budowy, c) uczestniczenia w dopuszczaniu do użytkowania obiektów budowlanych; 2) wykonywania czynności nadzoru sanitarnego, w tym pobierania próbek oraz przeprowadzania badań i analiz laboratoryjnych, badań i pomiarów środowiskowych; 3) dokonywania ustaleń kontroli; 4) sporządzania dokumentacji w zakresie czynności nadzoru sanitarnego oraz czynności laboratoryjnych, służących do opracowywania protokołów kontroli oraz projektów wystąpień pokontrolnych; 5) uzgadniania dokumentacji projektowej w zakresie wymagań higienicznych i zdrowotnych; 6) oceny wykonywania zadań z zakresu promocji zdrowia, w tym edukacji zdrowotnej. Upoważnień udziela się pisemnie i mogą one być udzielane na czas oznaczony lub jednorazowo. Upoważnienia zawierają: 1) wskazanie podstawy prawnej; 2) oznaczenie organu, który wystawił upoważnienie; 3) datę i miejsce wystawienia upoważnienia; 4) imię, nazwisko i stanowisko służbowe upoważnionego pracownika oraz numer jego legitymacji służbowej; 5) zakres upoważnienia; 6) termin upływu ważności lub okres, na jaki udzielono upoważnienia; 7) podpis osoby udzielającej upoważnienia, z podaniem zajmowanego stanowiska lub funkcji, wraz z pieczęcią okrągłą. Upoważnienie jednorazowe zawiera ponadto dane jednostki kontrolowanej.

Kolejną podstawę do działania w imieniu inspektora sanitarnego, i to o znacznie szerszym zakresie, znaleźć można w art. 268a kodeksu postępowania administracyjnego, zgodnie z którym organ administracji publicznej może w formie pisemnej upoważniać pracowników kierowanej jednostki organizacyjnej do załatwiania spraw w jego imieniu w ustalonym zakresie, a w szczególności do wydawania decyzji administracyjnych, postanowień i zaświadczeń.

Pewne wątpliwości może budzić wzajemna relacja obu przepisów stanowiących podstawę do wydawania upoważnień. Norma kompetencyjna zawarta w art. 268 k.p.a. ma szersze zastosowanie (o czym świadczy użyty w przepisie zwrot „w szczególności”) i stanowi w relacji do art. 35 ustawy i wydanego na jego podstawie rozporządzenia normę ogólną. Wprawdzie pod pojęciem „załatwienie sprawy” najczęściej rozumie się wydanie w sprawie rozstrzygnięcia merytorycznego lub decyzji o umorzeniu postępowania¹³,

¹³ Wyrok WSA w Warszawie z 20 sierpnia 2009 r., sygn. akt I SAB/Wa 111/09; Wyrok WSA w Warszawie z 23 czerwca 2009 r., sygn. akt I SAB/Wa 63/09.

to jednak trzeba pamiętać, że pojęcie „załatwienia sprawy” odnosi się nie tylko do czynności kończącej postępowanie, ale obejmuje cały ciąg czynności od wszczęcia postępowania do podjęcia decyzji¹⁴, w tym także zgromadzenie materiału dowodowego pozwalającego na wydanie w sprawie decyzji¹⁵. Załatwienie sprawy obejmuje zatem również czynności kontrolne, niezbędne do zgromadzenia materiału dowodowego. Wobec powyższego należy uznać, że ma się tu do czynienia z regulacją, w której ustawodawca ograniczył swobodę organu udzielającego pełnomocnictwa do dokonania kontroli poprzez sprecyzowanie zakresu czynności kontrolnych w art. 35 ustawy i wydanym na jego podstawie rozporządzeniu.

Gwarancje prawidłowej realizacji uprawnień kontrolnych inspekcji sanitarnej

Prawidłowa realizacja kompetencji kontrolnych inspekcji gwarantowana jest między innymi przepisami karnymi, mającymi na celu ochronę osób przeprowadzających kontrolę, a także prawidłowości przebiegu kontroli. W pierwszej kolejności należy wskazać regulację wynikającą z art. 35 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym, osoby dokonujące czynności kontrolnych podlegają przy wykonywaniu swoich zadań szczególnej ochronie prawnej, przewidzianej w odrębnych przepisach dla funkcjonariuszy publicznych.

Interpretacja tego przepisu nasuwa pewne wątpliwości, jego redakcja sugeruje bowiem, że osoby dokonujące czynności nie są funkcjonariuszami publicznymi, a jedynie korzystają z takiej jak oni ochrony. Tymczasem zgodnie z definicją pojęcia zawartą w art. 115 ust. 4 kodeksu karnego, funkcjonariuszem publicznym jest osoba będąca pracownikiem administracji rządowej, innego organu państwowego lub samorządu terytorialnego, chyba że pełni wyłącznie czynności usługowe, a także inna osoba w zakresie, w którym uprawniona jest do wydawania decyzji administracyjnych. W praktyce wszystkie osoby przeprowadzające kontrole są pracownikami administracji rządowej, są zatem funkcjonariuszami i z należnej im ochrony korzystają wprost, a art. 35 ust. 2 ustawy, stanowi swoiste *superfluum*. Ochronie tej służą przede wszystkim przepisy wprowadzające typy przestępstw określone w rozdz. XXIX kodeksu karnego (Przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego). Ustawodawca spenalizował tu naruszenie nietykalności cielesnej funkcjonariusza publicznego (zagrożone karą grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat

¹⁴ Wyrok WSA w Poznaniu z 17 lutego 2010 r., sygn. akt II SA/Po 784/09.

¹⁵ Wyrok WSA w Krakowie z 1 lutego 2010 r., sygn. akt II SAB/Kr 122/09.

3 – art. 222 k.k.) oraz znieważenie funkcjonariusza publicznego (zagrożone karą grzywny, karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku – art. 226 k.k.).

Warto zaznaczyć, że prawidłowy przebieg kontroli gwarantują także przepisy służące przeciwdziałaniu korupcji – pracownicy inspekcji sanitarnej mogą bowiem być narażeni na działania korupcyjne. Pięć podstawowych form korupcji według kodeksu karnego, to: sprzedajność („łapownictwo bierne” – dotyczy przyjmujących korzyść – art. 228 k.k.); przekupstwo („łapownictwo czynne” – dotyczy wręczających korzyść – art. 229 k.k.); płatna protekcja (art. 230 k.k.); czynna płatna protekcja (handel wpływami – art. 230a); nadużycie funkcji (przekroczenie uprawnień, niedopełnienie obowiązków – art. 231 k.k.). Przedmiotem ochrony jest tu prawidłowość funkcjonowania instytucji publicznych jak również bezinteresowność osób pełniących funkcję publiczną oraz zaufanie społeczne do rzetelności działań instytucji państwowych¹⁶.

Ustawa o Państwowej Inspekcji Sanitarnej wprowadza szczególny przepis karny – art. 38, który w ust. 1 stanowi: „Kto utrudnia lub udaremnia działalność organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej, podlega karze aresztu do 30 dni, karze ograniczenia wolności albo karze grzywny”. Orzekanie w tych sprawach następuje w trybie przepisów ustawy z 24 sierpnia 2001 r. Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (Dz.U. z 2008 r. Nr 133 poz. 848, Nr 214 poz. 1344 i Nr 237 poz. 1651). W przypadku kontroli udaremnienie to sprawienie, że kontrola nie zostaje zrealizowana (nie zostaje doprowadzona do końca lub czynności kontrolne nie zostają nawet rozpoczęte) natomiast utrudnianie oznacza stworzenie przeszkody (która wprawdzie może być przezwyciężona, ale opóźnia realizację czynności kontrolnych).

Spenalizowane w kodeksie karnym działania fizycznie skierowane przeciw osobom kontrolującym i te mające na celu ich korumpowanie, zarazem utrudniają działalność inspekcji sanitarnej. W wielu przypadkach będzie zatem miał miejsce zbieg przepisów.

Wykonanie czynności kontrolnych inspekcji sanitarnej napotykać może fizyczny opór kontrolowanych. Opór ten pracownicy inspekcji przełamywać mogą jedynie siłą argumentów, argument siły jest bowiem wykluczony – funkcjonariusze inspekcji sanitarnej nie mają uprawnień do stosowania przymusu bezpośredniego w związku z przeprowadzaną kontrolą. Jeżeli istnieje uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa lub wykroczenia, pracownicy inspekcji mają prawo korzystać z pomocy policji, na zasadach określo-

¹⁶ A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Cwiakalski et al., *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2: *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, Kraków 2006, wyd. 2, Komentarz do art. 228–231.

nych w ustawie z 6 kwietnia 1990 r. o policji (Dz.U. Nr 287 poz. 1687). Należy jednak zauważyć, że ustawa o inspekcji sanitarnej nie przewiduje zasad udzielania takiej pomocy. W tym zakresie wskazane byłoby wprowadzenie regulacji wzorowanej na ustawie z 29 stycznia 2004 r. o Inspekcji Weterynaryjnej (Dz.U. Nr 112 poz. 744), która w art. 19 (określającym obowiązki i uprawnienia pracowników Inspekcji Weterynaryjnej) w ust. 6. stanowi:

Powiatowy albo wojewódzki lekarz weterynarii może wystąpić do właściwego miejscowo komendanta Policji z wnioskiem o pomoc, jeżeli jest to niezbędne do przeprowadzenia kontroli przez Inspekcję. Na wniosek powiatowego albo wojewódzkiego lekarza weterynarii właściwy miejscowo komendant Policji zapewnia pomoc przy przeprowadzaniu kontroli.

Brak regulacji odnoszącej się wprost do udzielania pomocy funkcjonariuszom inspekcji sanitarnej podczas podejmowania czynności kontrolnych może stanowić istotną przeszkodę zwłaszcza w sytuacjach, w których nie dochodzi do jednoznacznej realizacji znamion przestępstwa lub wykroczenia po stronie kontrolowanego podmiotu.

W razie wydania w wyniku kontroli decyzji wskazującej obowiązki, które mają być wykonane przez kontrolowany podmiot, organ inspekcji sanitarnej staje się wierzycielem co do nałożonego obowiązku. Zgodnie z przepisami ustawy z 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, stosując przymus bezpośredni organ egzekucyjny może korzystać z pomocy udzielanej przez policję w trybie Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie sposobu udzielania przez policję lub straż graniczną pomocy lub asysty organowi egzekucyjnemu i egzekutorowi przy wykonywaniu czynności egzekucyjnych z 29 sierpnia 2001 r. (Dz.U. Nr 101 poz. 1106). Zgodnie z § 2 powyższego rozporządzenia, organowi egzekucyjnemu i egzekutorowi przy wykonywaniu czynności egzekucyjnych udzielają pomocy właściwe ze względu na miejsce prowadzenia egzekucji organy policji, na pisemne wezwanie organu egzekucyjnego. W pilnych przypadkach, zwłaszcza gdy zwłoka groziłaby udaremnieniem egzekucji, udzielenie pomocy następuje także na osobiste wezwanie organu egzekucyjnego i egzekutora.

Koszty kontroli

Obowiązek pobrania opłaty za przeprowadzone czynności kontrolne wykonywane przez organ Państwowej Inspekcji Sanitarnej w związku ze sprawowaniem bieżącego nadzoru sanitarnego, wynika z art. 36 ust. 1 ustawy o Państwowej Inspekcji Sanitarnej. Stosownie bowiem do tego przepisu, za

badania laboratoryjne oraz inne czynności wykonywane przez organy Państwowej Inspekcji Sanitarnej w związku ze sprawowaniem bieżącego i zapobiegawczego nadzoru sanitarnego, pobiera się opłaty w wysokości kosztów ich wykonania, z zastrzeżeniem ust. 2. Zastrzeżenie, o którym mowa dotyczy nadzoru bieżącego i stanowi, że opłat nie pobiera się, jeżeli w wyniku badań i innych czynności nie stwierdzono naruszeń wymagań higienicznych i zdrowotnych. Opłaty ponosi osoba lub jednostka organizacyjna obowiązana do przestrzegania wymagań higienicznych i zdrowotnych.

Sposób naliczania tych opłat określa rozporządzenie Ministra Zdrowia z 5 marca 2010 r. w sprawie sposobu ustalania wysokości opłat za badania laboratoryjne oraz inne czynności wykonywane przez organy Państwowej Inspekcji Sanitarnej (Dz.U. z 2010 r. Nr 36 poz. 203). Zgodnie z tym rozporządzeniem, wysokość opłat za badania laboratoryjne oraz inne czynności ustala się na podstawie bezpośrednich i pośrednich kosztów ich wykonania. Do bezpośrednich kosztów wykonania badań laboratoryjnych oraz innych czynności zalicza się koszty poniesione w związku z wykonaniem konkretnego badania laboratoryjnego oraz innej czynności obejmujące: średnie wynagrodzenie pracowników stacji sanitarno-epidemiologicznych wykonujących badania laboratoryjne lub inne czynności, obliczane według godzinowych stawek osobistego zaszerogowania wraz z pochodnymi od wynagrodzenia; koszty materiałowe, koszty podróży służbowych pracowników, przeciętne koszty związane z działalnością rzeczoznawców do spraw sanitarnohigienicznych.

Do pośrednich kosztów wykonania badań laboratoryjnych oraz innych czynności zalicza się koszty działalności stacji sanitarno-epidemiologicznych poniesione w związku z wykonaniem konkretnego badania laboratoryjnego oraz innej czynności, obejmujące: średnie wynagrodzenie pracowników administracji i obsługi wraz z pochodnymi od wynagrodzenia; koszty usług pocztowych, telekomunikacyjnych i pralniczych; koszty zużytej energii elektrycznej, wody i gazu; koszty zakupu, zużycia i konserwacji aparatury i sprzętu laboratoryjnego; koszty transportu.

Szczegółowe wysokości opłat za badania laboratoryjne oraz inne czynności, a także średnie wynagrodzenia pracowników oraz czasochłonność poszczególnych prac, ustalane są w praktyce w zarządzeniach wydawanych przez dyrektorów wojewódzkich stacji sanitarno-epidemiologicznych, zgodnie z kompetencjami wynikającymi z art. 10 ust. 4 ustawy (państwowy wojewódzki, państwowy powiatowy i państwowy graniczny inspektor sanitarny kierują działalnością, odpowiednio, wojewódzkiej, powiatowej i granicznej stacji sanitarno-epidemiologicznej).

Wystarczającą przesłanką wydania decyzji ustalającej opłatę jest dokonana ocena wyników kontroli. Obowiązek poniesienia opłaty za czynności wykonywane przez organy Państwowej Inspekcji Sanitarnej w związku ze sprawowaniem bieżącego i zapobiegawczego nadzoru sanitarnego, w następstwie których w wyniku badań stwierdzono naruszenia wymagań higienicznych i zdrowotnych, istnieje samoistnie, niezależnie od decyzji merytorycznych w danej sprawie. Stanowisko takie jest ugruntowane w orzecznictwie sądów administracyjnych. Zgodnie z wyrokiem WSA w Warszawie¹⁷:

1. Wystarczającą podstawą do obciążenia przez organ opłatą w wysokości kosztów wykonanych czynności jest stwierdzenie istnienia uchybień w zakresie wymagań higienicznych i zdrowotnych. 2. Brak jest podstaw do przyjęcia, że dopiero potwierdzenie naruszenia wymagań znajdujące się w odrębnej decyzji wydanej w tym przedmiocie, stanowi podstawę do pobrania przez organy inspekcji sanitarnej opłaty.

Ustawodawca odrębnie uregulował kwestię opłat za czynności kontrolne prowadzone na gruncie ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Podmioty działające na rynku spożywczym podlegające urzędowym kontrolom organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej są obowiązane do pokrywania opłat uwzględniających koszty związane z czynnościami wykonywanymi w ramach urzędowych kontroli żywności. Podmioty te ponoszą opłaty, jeżeli zostaną stwierdzone przez kontrolujących niezgodności z przepisami prawa żywnościowego, w tym jeżeli zachodzi konieczność pobrania próbek żywności albo materiałów lub wyrobów przeznaczonych do kontaktu z żywnością do badań i wykonania badań laboratoryjnych w celu potwierdzenia niezgodności. Kontrolowany ponosi także koszty kontroli sprawdzającej, mającej na celu ustalenie, czy wyknięte uchybienia zostały usunięte. Ustawa wskazuje też jednoznacznie podmiot zobowiązany do poniesienia opłat – jest nimi obciążany producent środka spożywczego lub inny podmiot działający na rynku spożywczym odpowiedzialny za towar w obrocie. Jeżeli jednak stwierdzono niezgodności wskazujące, że mogły one powstać na etapie, gdy zakwestionowany środek spożywczy znajdował się w obrocie i producent nie ponosi odpowiedzialności za powstałe niezgodności, wówczas opłatami jest obciążany kontrolowany.

Zgodnie z delegacją ustawową wydane zostało rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie opłat za czynności wykonywane przez organy Państwowej Inspekcji Sanitarnej w ramach urzędowych kontroli żywności z 8 maja

¹⁷ Wyrok WSA w Warszawie z 15 grudnia 2008 r., sygn. akt VII SA/Wa 1676/08 (publ.: Legalis).

2009 r. (Dz.U. Nr 78 poz. 656), które określa wysokość opłat mających na celu pokrycie kosztów ponoszonych przez organy Państwowej Inspekcji Sanitarnej za czynności wykonywane w ramach urzędowych kontroli żywności, w tym metody obliczania niektórych opłat, stawki opłat oraz sposób wnoszenia opłat.

Pomijając w tym miejscu szczegółowe wyliczenia zawarte z rozporządzeniu należy jednak wskazać, że opłaty za czynności wykonywane przez pracowników Państwowej Inspekcji Sanitarnej w ramach urzędowych kontroli żywności obejmują koszty wykonania między innymi czynności kontrolnych w zakresie spełniania przez podmiot działający na rynku spożywczym obowiązujących wymagań higienicznych. Stawka opłaty za wykonanie tych czynności obejmuje stawkę ryczałtową z tytułu przeprowadzenia czynności kontrolnych – 45 zł oraz stawkę ryczałtową za każdą rozpoczętą godzinę przeprowadzenia czynności kontrolnych – 15 zł.

Odnosząc się do zakresu pojęcia „czynności kontrolnych w zakresie spełniania przez podmiot działający na rynku spożywczym obowiązujących wymagań higienicznych” Wojewódzki Sąd Administracyjny w Lublinie uznał, że

Wizyta związana z załatwianiem wniosku o zatwierdzenie zakładu do wprowadzania do obrotu żywności nie jest kontrolą urzędową. Z tego powodu nie mają tu zastosowania zasady ponoszenia opłat za tego rodzaju kontrole, zawarte w art. 75 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz.U. Nr 171, poz. 1225 ze zm.), zgodnie z którym podmioty działające na rynku spożywczym podlegające urzędowym kontrolom organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej są obowiązane w określonych wypadkach do pokrywania opłat uwzględniających koszty związane z czynnościami wykonywanymi w ramach urzędowych kontroli żywności¹⁸.

Abstract

Control Proceedings of Sanitary Inspections (part I)

The aim of this article is to present the competences of the State Sanitary Inspection in the scope of conducting sanitary controls. Sanitary inspection is competent for inspecting food facilities, investigating public health nuisances, and implementing disease control. The tasks of the State Sanitary Inspection bodies and its principal competences are set out in the Act on State Sanitary Inspection of 14th March 1985. These laws govern the methods of conducting sanitary controls, including the duty to notify control, rules of authorising employee to act on inspector's authority, duties of providing informations etc. The paper describes also costs of proceedings.

¹⁸ Wyrok WSA w Lublinie z 14 lipca 2010 r., sygn. akt III SA/Lu 107/10 (publ.: Legalis).

Agnieszka Kubiak-Cyruł

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Alternatywne metody rozstrzygania sporów konsumenckich w prawie Unii Europejskiej

Wprowadzenie

W ostatnich latach instytucje Unii Europejskiej przeprowadziły szeroko zakrojone konsultacje na temat określenia działań pobudzających wzrost gospodarczy i wzmocnienie zaufania obywateli¹. W ich rezultacie Komisja UE wskazała dwanaście kluczowych obszarów, w których w pierwszym rzędzie należy podjąć działania, by ożywić funkcjonowanie jednolitego rynku². Wśród tych tzw. dwunastu dźwigni, na czwartym miejscu wymieniono konieczność przygotowania regulacji w sprawie alternatywnych metod rozstrzygania sporów konsumenckich.

W uzasadnieniu do komunikatu wydanego w tej sprawie przez Komisję podkreślono, że jednolity rynek obecny jest w życiu codziennym konsumentów, gdy podróżują, dokonują zakupów, a także w obrocie elektronicznym³. Zbyt często jednak spotykają się oni z różnego rodzaju nieuczciwymi praktykami go-

¹ European Parliament resolution of 20 May 2010 on delivering a single market to consumers and citizens (2010/2011(INI)); Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie komunikatu Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Akt o jednolitym rynku – Dwanaście dźwigni na rzecz pobudzenia wzrostu gospodarczego i wzmocnienia zaufania «Wspólnie na rzecz nowego wzrostu gospodarczego»”, COM (2011) 206, wersja ostateczna, Dz.Urz. UE C 24 z 28.01.2012, s. 99–105.

² Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów – Akt o jednolitym rynku. Dwanaście dźwigni na rzecz pobudzenia wzrostu gospodarczego i wzmocnienia zaufania „Wspólnie na rzecz nowego wzrostu gospodarczego”, Bruksela, 13.04.2011 KOM (2011) 206, wersja ostateczna, s. 10. Projekt Rezolucji Ustawodawczej Parlamentu Europejskiego w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie programu ochrony konsumentów na lata 2014–2020 (COM (2011) 0707) – C7-0397/2011 – 2011/0340 (COD)).

³ *Ibidem*.

dzącymi w ich interesy. W przypadku konfliktu z przedsiębiorcą, konsumenci rzadko podejmują działania mające na celu wyegzekwowanie poszanowania ich praw, bo nie wierzą w możliwość prostego i szybkiego rozstrzygnięcia sprawy. W związku z tym Komisja podkreśliła, że warunkiem rozwoju jednolitego rynku, a przede wszystkim jednolitego rynku cyfrowego, jest bezwzględne wzmocnienie zaufania konsumentów i zagwarantowanie egzekwowania ich praw. Podstawowym sposobem osiągnięcia tego celu ma być ustanowienie wysokiej jakości europejskiego systemu pozasądowych procedur rozstrzygania sporów z przedsiębiorcami. Dzięki nim będzie można łatwo i szybko znaleźć rozwiązania konfliktów, niewiążące się z nadmiernymi kosztami dla konsumentów i jednocześnie pozwalające na zachowanie dobrych stosunków przedsiębiorców z klientami. Ocenia się, że wprowadzenie unijnego systemu alternatywnych metod rozstrzygania sporów sprzyjać będzie skuteczniejszemu dochodzeniu roszczeń konsumenckich. Procedury te znajdą zastosowanie także w obrocie elektronicznym, co doprowadzić ma do zwiększenia zaufania konsumentów do transgranicznego handlu elektronicznego i wygeneruje dodatkowe oszczędności, szacowane na około 0,19% PKB Unii Europejskiej, tj. 22,50 mld euro⁴. Obecnie koszty nierozstrzygniętych sporów konsumenckich szacuje się na 0,4% PKB UE⁵.

W większości państw członkowskich UE konsumenci mają możliwość kierowania swych skarg do podmiotów zajmujących się pozasądowym rozstrzyganiem sporów (tzw. alternatywne systemy pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich, ADR – *Alternative Dispute Resolution*). Tak jest również w Polsce⁶. Jednakże zwykle możliwość ta ma ograniczony zasięg, obejmujący tylko wybrane branże detaliczne, bądź poszczególne regiony państw członkowskich. Ponadto jakość procedur aktualnie oferowanych konsumentom w ramach ADR często pozostawia wiele do życzenia. Ogromnym problemem jest także brak świadomości wśród konsumentów i przedsiębiorców na temat istnienia systemu ADR i zasad jego funkcjonowania. Próbę zmiany tej sytuacji stanowi unijna inicjatywa legislacyjna mająca na celu zreformowanie systemu ADR.

⁴ Consumer Empowerment in the EU. Commission Staff Working Paper, Brussels, 07.04.2011, SEC (2011) 469, final. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów – Akt o jednolitym rynku. Dwanaście dźwigni na rzecz pobudzenia wzrostu gospodarczego i wzmocnienia zaufania „Wspólnie na rzecz nowego wzrostu gospodarczego”, Bruksela, 13.4.2011 KOM (2011) 206, wersja ostateczna, s. 10.

⁵ Komisja Europejska – Komunikat prasowy, Konsumenci: Komisja przedstawia wnioski dotyczące szybszego, prostszego i tańszego rozwiązywania sporów z przedsiębiorcami, IP/11/1461.

⁶ K. Gajda-Roszczyńska, *Sprawy o ochronę indywidualnych interesów konsumentów w postępowaniu cywilnym*, Lex 2012 (wraz z cytowaną tam literaturą).

Pod koniec 2011 r. Komisja Europejska opublikowała pakiet wniosków ustawodawczych, których przyjęcie umożliwi rozwój odpowiedniej jakości procedur służących rozwiązywaniu problemów konsumenckich bez potrzeby wchodzenia na drogę sądową. Projektowana regulacja składa się z dyrektywy w sprawie alternatywnych metod rozstrzygania sporów konsumenckich (ADR)⁷ oraz rozporządzenia w sprawie internetowego systemu rozstrzygania sporów konsumenckich (ODR)⁸. Przyjęcie tego pakietu stanowi działanie priorytetowe przewidziane w Akcie o jednolitym rynku z 2011 r. Parlament Europejski 12 marca 2013 r. przyjął w głosowaniu proponowany przez Komisję Europejską tekst dyrektywy i rozporządzenia. Państwa członkowskie będą miały 18 miesięcy od momentu wejścia tej dyrektywy w życie na przeprowadzenie implementacji. Natomiast unijna internetowa platforma ułatwiająca rozstrzygania sporów konsumenckich powinna rozpocząć działanie pod koniec 2015 r. Celem tego opracowania jest przedstawienie ogólnych założeń projektowanych regulacji.

Dyrektywa w sprawie ADR w sporach konsumenckich

W celu poprawy możliwości dochodzenia roszczeń przez konsumentów na obszarze UE przygotowano projekt dyrektywy w sprawie alternatywnych metod rozstrzygania sporów konsumenckich. Stanowi on kontynuację dotychczasowych działań podejmowanych w tej kwestii przez instytucje UE. Wśród najważniejszych wymienić należy dwa zalecenia Komisji w sprawie ADR w sporach konsumenckich⁹ oraz dyrektywę w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych, która propaguje polubowne rozstrzyganie sporów, w tym sporów konsumenckich¹⁰. Ponadto postanowie-

⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie alternatywnych metod rozstrzygania sporów konsumenckich oraz zmieniająca rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 i dyrektywę 2009/22/WE (dalej: projekt dyrektywy w sprawie ADR w sporach konsumenckich), Bruksela, 29.11.2011, KOM (2011) 793, w wersji przyjętej 12 marca 2013 r. na pierwszym czytaniu przez Parlament Europejski (P7_TC1-COD (2011) 0373).

⁸ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie internetowego systemu rozstrzygania sporów konsumenckich (dalej: projekt rozporządzenia w sprawie ODR w sporach konsumenckich) Bruksela, 29.11.2011, KOM (2011) 794, w wersji przyjętej 12 marca 2013 r. na pierwszym czytaniu przez Parlament Europejski (P7_TC1-COD (2011) 0374).

⁹ Zalecenie Komisji 98/257/WE z 30 marca 1998 r. w sprawie zasad stosowanych przez jednostki odpowiedzialne za pozasądowe rozwiązywanie sporów konsumenckich, Dz.Urz. UE L 115 z 17.04.1998. Zalecenie Komisji z 30 marca 1998 r. dotyczące zasad stosowanych przez organy pozasądowe odpowiedzialne za polubowne rozstrzyganie sporów konsumenckich nieobjętych zaleceniem 98/257/WE, Dz.Urz. UE L 109 z 19.04.2001.

¹⁰ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z 21 maja 2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych, Dz.Urz. UE L 136 z 24.05.2008, s. 3.

nia dotyczące ADR znajdują się także w unijnych regulacjach branżowych¹¹. Z uwagi jednak na ich ograniczony zasięg lub niewiązący charakter, nie wywarły one wyraźnego wpływu na praktykę dochodzenia roszczeń konsumentów.

Przełomem ma być przygotowywana dyrektywa. Dotychczasowe działania podejmowane z różnym efektem na szczeblu państw członkowskich, mają zostać pogłębione w związku z wprowadzeniem wspólnych unijnych zasad pozasądowego rozstrzygania sporów konsumenckich. Zgodnie z projektem dyrektywy, państwa członkowskie będą zobowiązane zapewnić konsumentom możliwości dobrowolnego składania skarg na działania przedsiębiorców do podmiotów oferujących niezależne, bezstronne, przejrzyste, skuteczne, szybkie i uczciwe alternatywne metody rozstrzygania sporów. Projektowana regulacja ma mieć zastosowanie w postępowaniach mających na celu pozasądowe rozstrzygnięcie krajowych i transgranicznych sporów dotyczących zobowiązań umownych, wynikających z umów sprzedaży lub umów o świadczenie usług między przedsiębiorcą mającym siedzibę w Unii a konsumentem mającym miejsce zamieszkania w Unii. Spory te rozwiązywane mają być przy udziale podmiotu ADR, którego rola polegać może na zaproponowaniu lub narzuceniu rozwiązania bądź doprowadzeniu do spotkania stron w celu ułatwienia polubownego rozstrzygnięcia¹². Podmiotem ADR na użytek tego aktu jest dowolny podmiot, bez względu na nadaną mu lub używaną w stosunku do niego nazwę, utworzony na stałe i oferujący rozstrzygnięcie sporu w ramach procedury ADR¹³.

Uwzględnić należy jednak szereg warunków dodatkowych. Po pierwsze, zakresem dyrektywy objęte mają zostać tylko podmioty utworzone na stałe i oferujące rozstrzygnięcie sporu w ramach procedury ADR. Poza tą regulacją pozostają więc procedury utworzone doraźnie dla pojedynczego sporu między konsumentem a przedsiębiorcą. Ponadto projektowana dyrektywa nie ma zastosowania do procedur toczących się przed podmiotami rozstrzygającymi spory, w przypadku gdy osoby fizyczne odpowiadające za rozstrzygnięcie sporu są zatrudnione lub wynagradzane wyłącznie przez indywidualnego przedsiębiorcę oraz do postępowań wszczynanych przez przedsiębiorcę przeciwko konsumentowi. Poza dyrektywą znajdują się również postępowania toczące

¹¹ Na przykład w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2009/72/WE z 13 lipca 2009 r., dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej, dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/73/WE z 13 lipca 2009 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego (Dz.Urz. UE L 211 z 14.08.2009, s. 55 i 94) oraz dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/48/WE z 23 kwietnia 2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki (Dz.Urz. UE L 133 z 22.05.2008, s. 66).

¹² Art. 2 projektu dyrektywy w sprawie ADR w sporach konsumenckich.

¹³ Art. 2 i 4, *ibidem*.

się w ramach systemów rozpatrywania skarg konsumenckich prowadzonych przez przedsiębiorców oraz w ramach bezpośrednich negocjacji między stronami. Nie ma też ona zastosowania do działań podejmowanych przez sędziów w celu rozwiązania sporu w toku postępowania sądowego dotyczącego tego sporu¹⁴. Z uwagi na szczególnie przedmiot sporu, omawiana dyrektywa nie ma zastosowania do usług niemających charakteru gospodarczego świadczonych w interesie ogólnym, usług zdrowotnych świadczonych przez pracowników ochrony zdrowia pacjentom w celu oceny, utrzymania lub poprawy ich stanu zdrowia, łącznie z przepisywaniem, wydawaniem i udostępnianiem produktów leczniczych oraz wyrobów medycznych, a także do publicznych instytucji świadczących usługi w zakresie kształcenia ustawicznego lub szkolenictwa wyższego¹⁵.

Przyjęcie proponowanej dyrektywy nie oznacza konieczności utworzenia specjalnego podmiotu ADR o ogólnych kompetencjach w tym zakresie, w każdym z państw członkowskich. Cele dyrektywy mogą zostać osiągnięte także poprzez wykorzystanie istniejących już podmiotów ADR w poszczególnych branżach detalicznych, pod warunkiem zmodyfikowania ich zakresu kompetencji w sposób określony w dyrektywie. Natomiast w branżach, w odniesieniu do których nie jest właściwy żaden konkretny podmiot ADR, państwa członkowskie powinny umożliwić utworzenie takiego podmiotu, tak by konsument miał możliwość przedstawienia swojego sporu z przedsiębiorcą podmiotowi ADR spełniającemu wymagania określone w omawianej dyrektywie¹⁶.

Projekt dyrektywy nakłada na państwa członkowskie obowiązek ścisłego monitorowania funkcjonowania podmiotów ADR. Komisja i organy właściwe wyznaczone zgodnie z art. 15 dyrektywy, będą publikować i uaktualniać wykaz podmiotów ADR, które spełniają wymogi dyrektywy¹⁷. Jednocześnie uważa się za konieczne, by państwa członkowskie ustanowiły kary za naruszanie przepisów dyrektywy związanych z informowaniem konsumentów przez przedsiębiorców oraz informacjami, które mają być przekazywane przez podmioty ADR właściwym organom, a także aby zapewniły ich egzekwowanie. Kary te powinny być skuteczne, proporcjonalne i odstraszające¹⁸.

Proponowana regulacja nie nakazuje, aby udział przedsiębiorców w procedurach ADR był obowiązkowy, ani aby wynik takich procedur był wiążący dla przedsiębiorców, gdy konsument wniósł przeciwko nim skargę. Równo-

¹⁴ Art. 2 ust. 2, *ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Preambuła p. 13, *ibidem*.

¹⁷ Preambuła p. 27 i art. 15, *ibidem*.

¹⁸ Preambuła p. 28 i art. 18, *ibidem*.

częście przepisy krajowe czyniące udział przedsiębiorców w takich procedurach obowiązkowy lub ich wynik wiążący dla przedsiębiorców, nie będą uważane za sprzeczne z dyrektywą, o ile przepisy takie nie utrudniają stronom korzystania z ich prawa dostępu do wymiaru sprawiedliwości¹⁹.

Podstawowym obowiązkiem przedsiębiorców w tym zakresie będzie udzielenie konsumentowi odpowiedniej informacji tak, aby konsument mógł szybko zidentyfikować podmioty ADR właściwe do rozpatrzenia jego skargi i aby wiedział, czy dany przedsiębiorca będzie uczestniczył w postępowaniu skierowanym do podmiotu ADR. Przedsiębiorcy powinni zatem przedstawiać takie informacje w swych głównych dokumentach handlowych i, jeśli mają stronę internetową, na swoich stronach internetowych²⁰.

Najistotniejszą częścią projektu dyrektywy są postanowienia określające obowiązek zapewnienia przez podmioty ADR odpowiedniego standardu oferowanych procedur. Do podstawowych zasad jakości wymienionych w projekcie zaliczyć należy: bezstronność²¹, przejrzystość²², skuteczność²³, sprawiedliwość²⁴ i dobrowolność²⁵. Brzmienie postanowień projektu dyrektywy w tym zakresie przesądza o wiążącym charakterze tej regulacji. Tym samym wprowadzony zostanie jednolity wysoki standard pozasądowych procedur umożliwiających dochodzenie roszczeń. Sprzyjać to będzie zwiększeniu zaufania zarówno konsumentów, jak i przedsiębiorców, do procedur ADR i jednocześnie wykreuje równe warunki uczestnictwa podmiotów ADR w tej działalności.

Dla konsumenta podstawowe znaczenie posiadają postanowienia dotyczące zasad dostępu, kosztów i czasu trwania postępowania ADR. Zgodnie z art. 8 projektu, procedura ADR powinna być nieodpłatna lub jeśli to niemożliwe, wiązać się z jedynie z umiarkowanymi kosztami. Spór konsumenta z przedsiębiorcą powinien zostać rozstrzygnięty zasadniczo w terminie 90 dni od daty otrzymania skargi przez podmiot ADR.

Wdrożenie tej dyrektywy wiązać się będzie w kosztami, których wysokość zależeć będzie istotnie od poziomu i zakresu działania funkcjonujących już podmiotów ADR. W ramach realizacji zobowiązania zapewnienia konsumentowi dostępu do pełnego zakresu ADR, państwa członkowskie samodzielnie decydują o wyborze środków. UE nie przewiduje wsparcia finanso-

¹⁹ Preambuła p. 23, *ibidem*.

²⁰ Art. 13, *ibidem*.

²¹ Art. 6, *ibidem*.

²² Art. 7, *ibidem*.

²³ Art. 8, *ibidem*.

²⁴ Art. 9, *ibidem*.

²⁵ Art. 10, *ibidem*.

wego dla realizacji tego celu. Oczekiwać więc należy, że koszty utworzenia systemu ADR odpowiedniej jakości, zarządzania nim i nadzorowania jego funkcjonowania, obciążą państwa członkowskie. Podkreślić należy jednak istotny wkład sektora prywatnego w finansowanie niektórych podmiotów świadczących usługi ADR w państwach członkowskich, także w Polsce.

Wprowadzenie w życie unijnego systemu pozasądowego rozstrzygania sporów stanowić będzie też obciążenie finansowe także dla przedsiębiorców, gdyż będą oni zmuszeni do dostosowania umów i dokumentów handlowych do wymogów dyrektywy związanych z obowiązkiem zapewnienia przejrzystej i jasnej informacji o właściwych dla nich podmiotach ADR. Wydaje się jednak, że koszty te mogą zostać zrekompensowane oszczędnościami wynikającymi z uczestnictwa w ADR, zamiast w postępowaniach sądowych.

Rozporządzenie w sprawie ODR w sporach konsumenckich

Istotnym uzupełnieniem przedstawionego wyżej projektu dyrektywy w sprawie ADR w sporach konsumenckich, jest projekt rozporządzenia w sprawie internetowego systemu rozstrzygania sporów konsumenckich. Akty te stanowią pakiet rozpatrywany łącznie w procedurze ustawodawczej przez instytucje UE. Podstawowym celem tej regulacji jest usprawnienie dochodzenia przez konsumentów roszczeń poprzez wprowadzenie unijnej internetowej platformy dla rozstrzygania sporów wynikających z elektronicznych transakcji handlowych. Rozwiązanie to zostało zapowiedziane już w „Europejskiej agendzie cyfrowej” w 2010 r.²⁶

Podkreślić należy wzajemną relację między dyrektywą w sprawie ADR a rozporządzeniem w sprawie ODR. Skuteczność rozwiązań uregulowanych w rozporządzeniu zależy bowiem od powstania systemu podmiotów ADR, oferujących procedury odpowiedniej jakości dla rozstrzygania sporów konsumenckich. Projekt rozporządzenia przewiduje stworzenie europejskiej platformy internetowego rozstrzygania sporów (platforma ODR), która przybierze postać interaktywnej, przyjaznej dla użytkowników strony internetowej. Podmioty świadczące usługi ADR utworzone w państwach członkowskich, notyfikowane Komisji zgodnie z dyrektywą w sprawie ADR, będą rejestrowane elektronicznie na platformie ODR. Konsument i przedsiębiorca będą mogli składać skargi za pośrednictwem elektronicznego formularza dostępnego we wszystkich językach urzędowych UE na stronie internetowej platfor-

²⁶ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów – Europejska agenda cyfrowa, Bruksela, 26.08.2010, KOM (2010) 245, wersja ostateczna/2, s. 15.

my, która automatycznie przekaze ją do właściwego podmiotu. System ODR stworzony zostanie więc w oparciu o funkcjonujące w państwach członkowskich podmioty ADR.

Z uwagi na konieczność uszanowania tradycji prawnych państw członkowskich, podmioty ADR, którym za pośrednictwem platformy przekazana zostanie skarga, stosować będą własne procedury, w tym także zasady dotyczące kosztów. Rozporządzenie wskazuje jednak pewne zasady wspólne tych procedur zapewniające sprawne osiągnięcie rozstrzygnięcia sporu²⁷.

Podstawowym zadaniem platformy będzie weryfikacja, czy skarga może być rozpatrzona w trybie pozasądowym. Następnie podjęte zostaną działania w celu doprowadzenia do porozumienia stron w kwestii jej przekazania podmiotowi ADR właściwemu do rozstrzygnięcia sporu. Podkreślić należy, że platforma ODR ma na celu umożliwienie stronom i podmiotowi ADR prowadzenia całości postępowania dotyczącego sporu przez Internet. Po zakończeniu procedury podmiot ADR będzie musiał przekazać platformie pewne dane związane z przebiegiem sporu (m.in. datę powiadomienia stron o sporze, datę rozstrzygnięcia sporu, wynik sporu). Dostęp do platformy i korzystanie z niej będzie nieodpłatne, co nie oznacza jednak nieodpłatnego działania podmiotów ADR. Za działanie, utrzymanie i bezpieczeństwo danych w odniesieniu do platformy ODR odpowiadać będzie Komisja²⁸.

Zakres zastosowania rozporządzenia wyznaczony został w art. 2, który stanowi, że stosuje się ono do rozstrzygania bez udziału sądu sporów między konsumentami a przedsiębiorcami, wynikających z transgranicznej internetowej umowy o sprzedaż towarów lub świadczenie usług. Podkreślić należy, że w preambule do projektu rozporządzenia dopuszczono możliwość zastosowania rozporządzenia także do krajowych transakcji internetowych²⁹. Istotne znaczenie posiada określenie miejsca zamieszkania lub siedziby stron sporu w chwili zamawiania towarów lub usług. Rozporządzenie bowiem ma zastosowanie do pozasądowego rozstrzygania sporów dotyczących zobowiązań umownych wynikających z internetowych umów sprzedaży lub umów o świadczenie usług zawieranych między konsumentami mieszkającymi w Unii a przedsiębiorcami mającymi siedzibę w Unii³⁰. Poza zakresem rozporządzenia są spory między konsumentem a przedsiębiorcą, jeżeli chociażby jedna ze stron nie miała siedziby/miejsca zamieszkania w Unii Europejskiej.

²⁷ Preambuła, p. 22 oraz art. 8, 9 i 11 projektu rozporządzenia...

²⁸ Art. 5, *ibidem*.

²⁹ Preambuła, p. 11, *ibidem*.

³⁰ Art. 2, *ibidem*.

Uwagi końcowe

Inicjatywa wprowadzenia unijnego systemu alternatywnych metod rozstrzygania sporów konsumenckich powinna zostać oceniona pozytywnie. Dotychczas funkcjonujące w UE podmioty ADR mają bardzo zróżnicowany charakter i zasięg. Zrealizowanie założeń projektowanych regulacji w praktyce istotnie ułatwi konsumentowi dochodzenie roszczeń w stosunku do przedsiębiorcy. Z drugiej strony, proponowane rozwiązania są korzystne również dla przedsiębiorców, gdyż pozwolą zaoszczędzić na kosztach postępowania sądowego i umożliwią bardziej efektywne zarządzanie relacjami z klientami. W obecnej wersji projektu dyrektywa miałaby zastosowanie do sporów wnoszonych przez konsumentów przeciwko sprzedawcom niemal we wszystkich dziedzinach działalności gospodarczej (nieliczne wyjątki to m.in. spory dotyczące świadczeń medycznych i edukacyjnych). Spodziewać się więc należy powstania nowych podmiotów oferujących usługi ADR w branżach, w których na razie taka możliwość nie istnieje. System ADR w UE nie będzie budowany od nowa, ale stworzony w przeważającej części w oparciu o aktualnie istniejące na terenie państw członkowskich podmioty ADR. Omawiane projekty regulacji w tym zakresie pozwolą na opracowanie wspólnych standardów ADR w państwach członkowskich UE. Nastąpi to w wyniku określenia wspólnych minimalnych zasad jakości, w celu zapewnienia bezstronności, przejrzystości i sprawności działania wszystkich podmiotów zajmujących się ADR. Istotnym czynnikiem w budowaniu zaufania konsumentów do obrotu elektronicznego będzie z pewnością unijna platforma internetowego rozstrzygania sporów. Nie ma jednak wątpliwości, że sukces projektowanych rozwiązań w zakresie ADR zależy od zbudowania świadomości konsumentów i przedsiębiorców co do korzyści wynikających z pozasądowego sposobu rozstrzygania sporów.

Abstract

Alternative Methods of Consumer Dispute Resolution in EU Law

Consumer protection legislation at EU and Member States' level has been significantly strengthened in the past decades. However, existing system of court proceedings discourage consumers from trying to seek redress when their rights are violated. This is because consumers believe court proceedings to be expensive, time-consuming and their outcome uncertain. The new legislative initiative in the EU will reform the system of alternative resolution of consumer disputes. The basic role plays ADR directive which will ensure that consumers can turn to quality alternative dispute resolution entities for all kinds of contractual disputes that they have with traders. The ODR Regulation will set up an EU-wide online platform for handling consumer disputes that arise from

online transactions. The platform will link all the national alternative dispute resolution entities and facilitate consumer access to their on line services. Member States have 24 months to implement the directive, while the ODR platform will be operational at the end of 2015.

Źródła

Akty prawne

Zalecenie Komisji 98/257/WE z 30 marca 1998 r. w sprawie zasad stosowanych przez jednostki odpowiedzialne za pozasądowe rozwiązywanie sporów konsumenckich (Dz. Urz. UE L 115, 17.04.1998).

Zalecenie Komisji z 30 marca 1998 r. dotyczące zasad stosowanych przez organy pozasądowe odpowiedzialne za polubowne rozstrzyganie sporów konsumenckich nieobjętych zaleceniem 98/257/WE (Dz.Urz. UE L 109, 19.04.2001).

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z 21 maja 2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.Urz. UE L 136, 24.05.2008).

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2009/72/WE z 13 lipca 2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej (Dz.Urz. UE L 211, 14.08.2009).

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/73/WE z 13 lipca 2009 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego (Dz.Urz. UE L 211, 14.08.2009).

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/48/WE z 23 kwietnia 2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki (Dz.Urz. UE L 133, 22.05.2008).

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie alternatywnych metod rozstrzygania sporów konsumenckich oraz zmieniająca rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 i dyrektywę 2009/22/WE, Bruksela, 29.11.2011, KOM (2011) 793, w wersji przyjętej 12 marca 2013 r. na pierwszym czytaniu przez Parlament Europejski (P7_TC1-COD(2011)0373).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie internetowego systemu rozstrzygania sporów konsumenckich, Bruksela, 29.11.2011, KOM (2011) 794, w wersji przyjętej 12 marca 2013 r. na pierwszym czytaniu przez Parlament Europejski (P7_TC1-COD(2011)0374).

Literatura

Consumer Empowerment in the EU, Commission Staff Working Paper, Brussels, 07.04.2011, SEC (2011) 469, final.

Gajda-Roszczyńska K., *Sprawy o ochronę indywidualnych interesów konsumentów w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2012.

European Parliament Resolution of 20 May 2010 on Delivering a Single Market to Consumers and Citizens (2010/2011 (INI)).

Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów – Europejska agenda cyfrowa, Bruksela, 26.08.2010, KOM (2010) 245, wersja ostateczna/2.

Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie komunikatu Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Akt o jednolitym rynku – Dwanaście dźwigni na rzecz pobudzenia wzrostu gospodarczego i wzmocnienia zaufania «Wspólnie na rzecz nowego wzrostu gospodarczego»”, Bruksela, 13.04.2011 COM (2011) 206, wersja ostateczna, *Dz. Urz. UE C 24 z 28.01.2012*.

Projekt Rezolucji Ustawodawczej Parlamentu Europejskiego w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie programu ochrony konsumentów na lata 2014–2020 (COM (2011) 0707) – C7-0397/2011 – 2011/0340 (COD)).

Justyna Węgrzynowicz-Cichońska
Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Akcja niema jako odpowiedź na współczesne oczekiwania inwestorów i spółek akcyjnych

Akcje nieme ze względu na kryterium, jakim jest prawo głosu, można podzielić na te w znaczeniu szerokim i wąskim. Za należące do pierwszej grupy uznaje się akcje z tzw. zamrożonym prawem głosu, np. akcje z zawieszonym prawem głosu, akcje bez prawa głosu w określonych sytuacjach¹. W ich przypadku prawo to zostaje odzyskane poprzez zmianę statutu, bądź uprawnionego z nich podmiotu². Akcje nieme w znaczeniu wąskim są z kolei regulowane w *Kodeksie spółek handlowych* i to one będą przedmiotem niniejszego tekstu.

Akcje nieme zostały wprowadzone do polskiego systemu prawnego przez ustawę – Kodeks spółek handlowych (KSH), 15 września 2000 r.³, następnie nowelizowane ustawą z 12 grudnia 2003 r. o zmianie ustawy Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw⁴. Jest to szczególny typ akcji zaliczany do kategorii akcji uprzywilejowanych, różniący się od pozostałych chociażby brakiem ograniczenia co do postaci, co wyrażono w przepisie art. 351 §1 KSH. Stanowi on, że akcje nieme są wyjątkiem od zasady mówiącej, że wszystkie akcje uprzywilejowane muszą być wydawane wyłącznie pod postacią akcji imiennych i w związku z powyższym mogą one być emitowane zarówno jako akcje imienne, jak i na okaziciela. Jak wynika z art. 351 §1 zd. 2 KSH, w związku z art. 334 §2 KSH, na wniosek akcjonariusza, jeżeli statut nie stanowi inaczej, dopuszczalna jest także możliwość konwersji z akcji imiennych na akcje na okaziciela bądź odwrotnie, z akcji na okaziciela na akcje imienne. Znamienne jest jednak, że dokonana w tym zakresie konwersja postaciowa nie powoduje odzyskania prawa głosu. Skutek taki może spo-

¹ M. Romanowski, *Akcje nieme*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 7, s. 55.

² *Ibidem*, s. 63.

³ Dz.U. z 2000 r. Nr 94 poz.1037 z późn. zm.

⁴ Dz.U. z 2003 r. Nr 229 poz. 2276.

wodować jedynie zniesienie uprzywilejowania akcji niemej i przekształcenie akcji na akcje głosową zgodnie z art. 419 §2 KSH.

Obrazowo miejsce akcji niemej w strukturze akcjonariatu spółki akcyjnej pokazuje A. Szumański⁵ na przykładzie komplementariuszy i akcjonariuszy spółki komandytowej – akcyjnej. Mianowicie akcjonariusze z akcji zwykłych analogicznie do komplementariuszy są w stanie w sposób istotny oddziaływać na spółkę, natomiast akcjonariusze z akcji niemych analogicznie do komandytariuszy, mają znacznie ograniczone możliwości ingerowania w jej politykę.

Akcje nieme najprawdopodobniej ze względu na relatywnie krótki czas ich istnienia w polskim systemie prawnym, pomimo niewątpliwie kuszącego, hybrydowego charakteru, zdecydowanie pomagającego inwestorom zorientowanym na zysk w osiągnięciu celu, wręcz niemożliwego do zrealizowania za pomocą poszczególnych instrumentów oddzielnie, nie są instrumentem popularnym na rynku. Możliwe jest, że brak powszechności spowodowany jest m.in. nieprecyzyjną i dostarczającą tematów do dyskusji regulacją przedmiotowej instytucji. Problematiczny jest już sam sposób nazewnictwa, nie ustalono również wspólnego stanowiska co do zakresu większości przysługujących akcjonariuszom praw korporacyjnych i majątkowych.

Już na wstępie zwrócić uwagę należy na fakt, że nie należy w stosunku do kodeksowych akcji niemych stosować literalnej wykładni ich nazwy, gdyż może ona błędnie sugerować całkowite pozbawienie akcjonariusza prawa głosu ze wspomnianej akcji. Polskie prawo nie dopuszcza bowiem w sposób definitywny i bezwarunkowy pozbawienia jakiejkolwiek akcji w sposób zupełny prawa głosu⁶. Konstytutywną cechą akcji niemej jest odebranie akcjonariuszowi głosu potencjalnego⁷ z akcji jako papieru wartościowego⁸.

W tym kontekście istotny jest brak możliwości istnienia akcji pozbawionych nawet potencjalnego prawa głosu, a jednocześnie nieposiadających żadnej rekompensaty tego stanu. Stałoby to w sprzeczności z zasadą równości, wyrażoną w art. 20 KSH, w zamian bowiem za uszczuplenie jednego z praw, drugie powinno zostać rozszerzone poza standardowe granice. I tak akcje nieme nie posiadają prawa głosu, w zamian za co nadają uprawnionym z nich szczególne przywileje dywidendowe.

Poruszyć też należy problem, czy rekompensowanie braku prawa głosu może odbyć się w innej formie niż rozszerzenie prawa do dywidendy, np.

⁵ A. Szumański, *Dokapitalizowanie spółki kapitałowej a ochrona przed jej przejściem*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1997, nr 9, s. 17.

⁶ M. Michalski, *Akcje nieme według prawa polskiego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004, nr 7, s. 2–3.

⁷ T. Staranowicz, *W sprawie pojęcia akcji niemych, polemika*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 1, s. 97.

⁸ M. Romanowski, *Akcje nieme...*, s. 63.

poprzez przyznanie uprawnienia do dokonania wyboru określonych członków zarządu czy udziału w masie likwidacyjnej. Regulacja taka wydaje się niemożliwa. Pomijając kwestię braku możliwości interpretacji rozszerzającej instytucji akcji niemej, ze względu na zasadę *exceptiones non sunt extendendae*⁹, a więc brak możliwości kształtowania ich przez autonomię woli stron, to akcja niema została utworzona w odpowiedzi na potrzebę legalizacji w prawie, wygodnego instrumentu finansowego, zarówno dla spółki, jak i akcjonariusza¹⁰, dla którego najważniejszy jest udział w dywidendzie.

Zarówno według Staranowicza¹¹, jak i Szumańskiego¹², skoro od początku istnienia akcji niemej prawo głosu w żaden sposób nie jest w niej ucieleśnione, to należy stwierdzić, że w ogóle ono nie istnieje. Niemniej bez względu na powyższe, bardzo istotną kwestią dla natury akcji niemych jest możliwość wykonywania prawa głosu w konkretnych warunkach. W przytoczonych powyżej sytuacjach należy zgodnie przyjąć, że prawo głosu powstaje z chwilą uzyskania możliwości oddania głosu, a zmiana uprawnionego z akcji niemych nie ma, jak w przypadku akcji niemych w znaczeniu szerokim, wpływu na odzyskanie przez nią powyższego uprawnienia, nie dochodzi bowiem do ustania przyczyny powodującej brak głosu.

Pozbawienie akcjonariusza z akcji niemych prawa głosu nie wpływa w żaden sposób na uszczuplenie bądź utratę innych praw korporacyjnych¹³, np. dotyczących uczestnictwa w walnym zgromadzeniu. Znamienne jest, że żaden z obowiązujących przepisów nie artykułuje zakazu udziału akcjonariuszy z akcji niemych w walnym zgromadzeniu¹⁴, odmiennie niż w regulacji zawartej w prawie francuskim¹⁵. Tak więc, posiadacz akcji niemej ma pełne prawo do uczestnictwa w walnym zgromadzeniu. Nie można wywodzić odmiennego wniosku pomimo regulacji artykułu 406 §1 KSH, poprzez który pozornie mogłoby się wydawać, że prawo do uczestniczenia w walnym zgromadzeniu mają wyłącznie te osoby, którym przysługuje prawo głosu¹⁶. Możliwość uczestnictwa w walnym zgromadzeniu staje się wyraźnie widoczną na przykładzie art. 422 §2 KSH, przewidującego szczególną regulację wnoszenia przez akcjonariuszy akcji niemych powództwa o stwierdzenie nieważności lub

⁹ A. Malarewicz, [w:] *Prawo gospodarcze prywatne*, red. T. Mróz, M. Stec, Warszawa 2005, s. 355.

¹⁰ A. Szumański, [w:] *Prawo spółek*, red. W. Pyzioł, A. Szumański, I. Weiss, Kraków 2004, s. 624.

¹¹ T. Staranowicz, *W sprawie pojęcia akcji niemych...*, s. 93–99.

¹² *System prawa prywatnego. Prawo papierów wartościowych*, red. A. Szumański, Warszawa 2006, s. 149.

¹³ *Ibidem*, s. 153.

¹⁴ M. Michalski, *Kontrola kapitałowa nad spółką akcyjną*, Kraków 2004, s. 377.

¹⁵ Art. 228-23 al. 3 C. com.

¹⁶ *System prawa...*, s. 153.

o uchylenie uchwały podjętej przez walne zgromadzenie¹⁷. Na jego mocy akcjonariusz akcji niemej może żądać po podjęciu uchwały zaprotokołowania sprzeciwu, z tego też należy wywodzić, że jego uczestnictwo jest oczywiste i niekwestionowalne¹⁸. Na przykładzie tym widoczna jest również różnica pomiędzy akcjonariuszem akcji głosowej a niemej, sprowadzająca się do tego, że w celu wyrażenia sprzeciwu przez akcjonariusza akcji niemej, odstąpiono od konieczności głosowania przeciwko zaskarżanej uchwale. Wspomniany artykuł nie obrazuje przesłanek dotyczących możliwości uczestnictwa w walnym zgromadzeniu, a jedynie selekcjonuje osoby uprawnione do uczestnictwa w walnym zgromadzeniu z wymienionej w przepisie grupy¹⁹. Ponadto zakładając, że na podstawie art. 406 §1 KSH nie można mówić o uczestnictwie akcjonariusza z akcji niemej w walnym zgromadzeniu, należy zauważyć, że następuje widoczny konflikt z art. 20 KSH, zakładającym zasadę równego traktowania wszystkich akcjonariuszy. Prawo do uczestnictwa w walnym zgromadzeniu akcjonariuszy nie wiąże się z prawem głosu, a z uprawnieniami wynikającymi ze statusu akcjonariusza²⁰ i brak jest podstaw do ich pozbawienia. Poza tym art. 406 §1 został prawie dosłownie przejęty z art. 399 §1 Kodeksu handlowego, tym samym ze względu na nieistnienie na podstawie Kodeksu handlowego z 1934 r. akcji niemej w rozważanym przepisie nie może być o nich mowy. Dopuszczenie akcjonariusza akcji niemej do udziału w walnym zgromadzeniu jest uwarunkowane tak samo, jak w przypadku każdego innego akcjonariusza wykazaniem legitymacji do uczestnictwa poprzez dochowanie wszystkich wymogów formalnych określonych w art. 406 KSH²¹.

Jak wspomniano, akcjonariusz akcji niemej może wnieść powództwo o uchylenie uchwały walnego zgromadzenia powołując się na pokrzywdzenie akcjonariusza zgodnie z art. 422 KSH. Sytuacja taka może mieć miejsce np. w przypadku, gdy spółka obniża określoną w statucie wysokość przywileju dywidendowego dla akcjonariuszy z akcji niemych, czy też pozbawia prawa do wyrównania zysku w kolejnych latach, które również jest zawarte w statucie. Sam fakt niewykazywania przez spółkę zysku za rok obrotowy oczywiście nie może uzasadniać wniesienia powództwa, ale dopuszczalny jest przypadek, w którym pokrzywdzony akcjonariusz dowiedzie, że spółka w rzeczywistości prowadzi rentowną działalność gospodarczą, a tylko w ramach prowadzonej kreatywnej księgowości zamyka rok obrotowy stratą²².

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ M. Michalski, *Akcje nieme...*, s. 3.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ M. Romanowski, *Akcje nieme...*, s. 61–62.

²¹ M. Michalski, *Akcje nieme...*, s. 3.

²² *System prawa...*, s. 153.

Należy również poruszyć kwestię dotyczącą możliwości wniesienia przeciwko spółce powództwa odszkodowawczego powołując się na art. 471 i nast. Kodeksu cywilnego, w stosunku do zmiany regulacji stanowiących podstawę emisji akcji niemych. W literaturze istnieją dwa poglądy dotyczące tego tematu. Zgodnie z pierwszym, jeżeli korzyść majątkowa, która wynika z instrumentu finansowego, jakim są akcje nieme, jest wyrażona wyłącznie w uprzywilejowanej dywidendzie z akcji, to taki problem powinno się rozstrzygać mając na uwadze tylko przepisy prawa spółek²³. Tym samym, jeżeli wyłącznie walne zgromadzenie posiada kompetencje do podjęcia uchwały o podziale zysków, to należałoby zaskarżyć właśnie uchwałę walnego zgromadzenia.

Bardziej przekonująca wydaje się jednak teoria druga, mająca na względzie hybrydalny charakter akcji niemych. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że akcje nieme pozbawione są prawa głosu, a więc nie mają możliwości wpływania na treść uchwały podejmowanej przez walne zgromadzenie. Wydaje się, że w takiej sytuacji dopuścić należy możliwość wniesienia powództwa na podstawie Kodeksu cywilnego, w trybie art. 471 przeciwko spółce, reprezentowanej przez zarząd²⁴. Można byłoby przypuszczać, że gdyby w omawianym przypadku ustawodawca chciał wyłączyć możliwość korzystania z przepisów Kodeksu cywilnego, wprost zaznaczyłby to w przepisie tak, jak w przypadku art. 425 §1 KSH wprost wykluczającym stosowanie art. 189.

Co więcej, akcjonariusz akcji niemej może zostać wybrany aby pełnić na walnym zgromadzeniu funkcję członka komisji skrutacyjnej²⁵ bądź przewodniczącego²⁶. Zgodnie bowiem z art. 409 §1 KSH, osobą tą może zostać każdy uprawniony do uczestnictwa w walnym zgromadzeniu, a więc zgodnie z powyższymi ustaleniami, również akcjonariusz akcji niemej.

Pomimo uczestnictwa akcjonariuszy z akcji niemych w walnym zgromadzeniu, co do zasady akcje te wciąż nie dają prawa głosu i podstawy, aby w jakikolwiek sposób być uwzględniane przy podejmowaniu uchwał. Liczone mogą być bowiem wyłącznie głosy, którymi zgodnie z art. 4 §1 pkt 9 KSH, są oddane „za”, „przeciw” lub „wstrzymujące się”. Zakładając policzenie głosów z akcji niemych, w przypadku obliczania np. bezwzględnej większości głosów, powstałaby sytuacja prowadząca do uznania głosów z akcji niemych jako głosów wstrzymujących się, co byłoby niezgodne z regulacją prawną i nie oddawałoby wyników głosowania. Nawet w sytuacji, w której zostałby oddany głos z akcji niemej nie uwzględnia się go przy obliczaniu. Nie jest nawet

²³ M. Romanowski, *Akcje nieme...*, s. 60.

²⁴ *System prawa...*, s. 154.

²⁵ R. Czerniawski, *Walne zgromadzenie spółki akcyjnej*, Warszawa 2009, s. 116.

²⁶ *System prawa...*, s. 356.

konieczne w tej sytuacji powoływanie się na nieważność czynności prawnej²⁷, ponieważ w powyższej sytuacji nie istnieje głos definiowany przez ustawodawcę w art. 4 §1 pkt 9 KSH.

Ze względu na brak prawa głosu wynikającego z akcji niemych, Kodeks spółek handlowych enumeratywnie wylicza sytuacje, w których akcje te mają możliwość skorzystania z niego. Przypadkami niewzbudzającymi kontrowersji jest podejmowanie uchwał w sprawie istotnej zmiany przedmiotu działalności spółki oraz podejmowanie uchwał o zmianie statutu, obniżenia kapitału zakładowego i umorzeniu akcji, które mogłyby naruszyć prawa akcjonariuszy z akcji niemych – w tym przypadku akcjonariusze z tych akcji uprawnieni są do głosowania w grupach.

W pierwszym z nich kluczowym staje się art. 416 §2 KSH stanowiący, że w przypadku powzięcia uchwały o istotnej zmianie przedmiotu działalności spółki, każda akcja ma jeden głos, bez przywilejów i ograniczeń. W ten sposób ustawodawca bezsprzecznie stanowi, że również każdej jednej akcji niemej, zostaje przyznane prawo do jednego głosu²⁸. Biorąc pod uwagę fakt, że spółka jest wspólnym przedsięwzięciem o uzgodnionym, a jednocześnie oznaczonym celu, do jakiego dążą wspólnicy, każda istotna zmiana przedmiotu działalności spółki dotyka kwestii dalszego uczestnictwa w spółce²⁹. Tym samym każdy akcjonariusz, bez względu na rodzaj posiadanych akcji, powinien mieć możliwość wypowiedzenia się w tej kwestii oraz wpływu na podejmowaną decyzję. Jest to bowiem decyzja kluczowa, która może diametralnie zmienić pozycję gospodarczą spółki.

Jedynym kryterium, które w tych okolicznościach różnicuje pozycję akcjonariuszy, jest wielkość udziału kapitałowego w spółce. Siła wpływu na decyzję w sprawie istotnej zmiany działalności spółki zależy bowiem od liczby posiadanych akcji, a nie ich rodzaju. Może więc w tym przypadku dojść do sytuacji, w której akcjonariusz z akcji niemych, które co do zasady nie posiadają prawa głosu, uzyska znaczący wpływ na podejmowaną decyzję. Choć może być to poniekąd zaskakujące ze względu na fakt, że celem akcjonariusza z akcji niemej jest nie podejmowanie decyzji w sprawie spółki, ale czerpanie zysków z posiadanych akcji, to pamiętać należy, że akcjonariusz inwestuje w konkretną gałąź handlową, która, jak oczekuje, przyniesie mu oczekiwane korzyści. Gdy w sposób istotny zmieniany jest przedmiot działalności spółki, akcjonariusz może uznać, że zmiany te działają na jego niekorzyść i inwestycja

²⁷ *Ibidem*, s. 154.

²⁸ W. Popiołek, [w:] J.A. Strzępka, E. Zielińska, W. Popiołek, P. Pinior, H. Urbańczyk, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 2003, s. 1196; A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2002, s. 541.

²⁹ M. Michalski, *Akcje nieme...*, s. 4.

nie jest zgodna z jego oczekiwaniami. W związku z powyższym, uzasadnione wydaje się przyznanie głosu w tak istotnej sprawie akcjonariuszowi z akcji niemej. Uchwały w powyższym przypadku zgodnie z art. 416 §1 KSH podejmowane są większością dwóch trzecich głosów w drodze jawnego i imiennego głosowania.

W przypadku uchwały o zmianie statutu, obniżeniu kapitału zakładowego i umorzeniu akcji, mogącej naruszyć prawa akcjonariuszy danego rodzaju akcji, a więc również akcji niemych, uchwała powinna być głosowana w danej grupie akcji. I tak np. uchwała w sprawie obniżenia przywileju dywidendowego danych akcji, musi być głosowana w grupie akcjonariuszy z nich uprawnionych. A będąca tego efektem, uchwała skutkująca umorzeniem akcji lub zmniejszeniem przywilejów wynikających z akcji niemej, powinna być głosowana w grupie tych akcji. Forma, w której głosowanie ma być dokonywane, jest uregulowana obligatoryjnie w statucie.

Podstawą tworzenia grup staje się rodzaj posiadanych akcji. W zakresie tym problemem staje się sytuacja, w której akcja spełnia kryteria przynależności do więcej niż jednej grupy³⁰. Istnieje pogląd mówiący, że jeśli akcjonariusz z akcji niemej kwalifikuje się do udziału w kilku grupach, to może w nich wszystkich uczestniczyć, natomiast zgodnie z odmienną koncepcją, przynależność do wielu grup wypacza i zniekształca prawo głosu, należy więc zweryfikować sytuację i umieścić akcje niemą w jednej z grup.

Problematyczna jest też sytuacja, która następuje przy wyborze rady nadzorczej w głosowaniu grupami. W tym przypadku dominującym tematem rozważań staje się brzmienie art. 385 §9 KSH. Stanowi on, że w przypadku głosowania grupami na członków rady nadzorczej, każdej akcji przysługuje tylko jeden głos bez przywilejów i ograniczeń, z uwzględnieniem art. 353 §3 KSH, który stanowi o akcjach niemych. W zakresie interpretacji powyższego przepisu istnieją dwie koncepcje.

Zgodnie z pierwszą, akcjom niemych w tych okolicznościach przysługuje prawo głosu³¹, w ustawie bowiem sformułowanie „z uwzględnieniem art. 353 §3 KSH”, wskazuje wprost na konieczność stosowania regulacji również do akcji niemych, co w tym przypadku przyznaje im prawo do głosu.

Druga koncepcja, znacznie bardziej przekonująca i zyskująca zarazem więcej zwolenników stanowi, że w tej sytuacji akcji niemej nie przysługuje prawo głosu³². Choć z pozoru wydaje się bowiem, że konstrukcja przepisu

³⁰ A. Szumański, [w:] S. Sołtyński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek...*, s. 967.

³¹ C. Podsiadlik, *Wrocie przejęcie spółki*, Warszawa 2003, s. 251.

³² J. Szwaja, [w:] S. Sołtyński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych...*, s. 653; K. Strzelczyk, [w:] J.P. Naworski, K. Strzelczyk, J. Raglewski, T. Siemiątkowski, R. Potrzeńcz, *Komentarz*, t. 1, Warszawa 2003, s. 645.

jest identyczna co w art. 416 §2 KSH, to jednak istnieje pomiędzy nimi znaczna rozbieżność. W art. 385 §9 KSH ważne jest bowiem sformułowanie „z uwzględnieniem art. 353 §3 KSH”, które całkowicie zmienia znaczenie przepisu i wyłącza z grupy akcji głosującej przy wyborze rady nadzorczej akcje nieme. Sformułowanie to zobowiązuje bowiem do uwzględnienia specyfiki akcji niemych, a tym samym braku możliwości wykonywania z nich prawa głosu.

Należy zadać również pytanie, dlaczego uzasadnionym miałyby być uwzględnienie w głosowaniu grupami akcjonariuszy z akcji niemych, skoro nie mogą oni głosować na forum walnego zgromadzenia? Nie istnieją żadne logiczne przesłanki, na podstawie których możliwe byłoby stwierdzenie, że modyfikacja sposobu wykonywania głosu przyznawałaby akcjom niemym uprawnienie głosowe³³. Nie należy twierdzić, że przepis art. 385 §9 KSH całkowicie wyklucza jakikolwiek udział akcjonariuszy akcji niemych podczas wyboru rady nadzorczej w głosowaniu grupami, gdyż akcje nieme nie są zupełnie pozbawione wpływu na jej skład osobowy³⁴. Pewną siłę daje im fakt, że jako akcje posiadają wartość nominalną, a tym samym stanowią ułamek w kapitale zakładowym spółki. Nie można więc odmówić im uwzględnienia przy ustalaniu kworum zarówno ustawowego, odwołującego się do wielkości kapitału zakładowego spółki, jak i statutowego³⁵, jeśli jest ono ustalane według innego kryterium niż liczba głosów³⁶, np. w oparciu o liczbę akcji.

Co do zasady art. 408 §1 KSH stanowi, że walne zgromadzenie jest ważne bez względu na liczbę reprezentowanych na nim akcji, jeśli przepisy działu 2. KSH, dotyczące spółki akcyjnej lub statutu, nie stanowią inaczej. Mając więc na uwadze powyższy przepis należy zauważyć, że statut spółki może wprowadzić warunek ważności walnego zgromadzenia, jakim może być właśnie kworum. Może więc dojść do sytuacji, gdy udział w walnym zgromadzeniu akcjonariuszy z akcji niemych stanie się niezbędny do podjęcia uchwały, w tym również tej dotyczącej wyboru członków rady nadzorczej.

Kolejną sytuacją, w której duże znaczenie odgrywa kworum, jest sytuacja, gdy na podstawie art. 385 §5 KSH, tworzone są grupy do wyboru rady nadzorczej. Grupy takie tworzy się poprzez podział ogólnej liczby reprezentowanych akcji przez liczbę członków rady nadzorczej. Jak zostało zauważone, „wynika z tego, że decydujące znaczenie dla powstania grupy do wyboru

³³ W. Popiołek, E. Zielińska, J. Strzępka, P. Pinior, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 965.

³⁴ M. Michalski, *Akcje nieme...*, s. 4.

³⁵ S. Sołtyśński, [w:] S. Sołtyśński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek...*, s. 385; A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych...*, s. 269.

³⁶ M. Michalski, *Kontrola...*, s. 380.

członka (członków) rady nadzorczej ma liczba akcji, a nie liczba reprezentowanych przez nie głosów³⁷. Akcje nieme mogą więc uczestniczyć w tworzeniu grupy, natomiast już w jej obrębie nie są uprawnione do oddania głosu.

Kolejną kwestią dotyczącą zakresu korporacyjnego oddziaływania z akcji niemych jest wykonywanie prawa głosu w przypadku podejmowania uchwały dotyczącej przymusowego wykupu akcjonariuszy mniejszościowych. Art. 418 §1 KSH mówi, że walne zgromadzenie może powziąć uchwałę o przymusowym wykupie akcji akcjonariuszy reprezentujących nie więcej niż 5% kapitału zakładowego przez nie więcej niż pięciu akcjonariuszy, posiadających łącznie nie mniej niż 95% kapitału zakładowego, z których każdy posiada nie mniej niż 5% kapitału zakładowego. Uchwała co do zasady wymaga większości 95% głosów. Szczególną uwagę należy jednak zwrócić na sformułowanie „Przepisy art. 416 § 2 i 3 stosuje się odpowiednio”. Na tej podstawie można wyprowadzić wniosek, że przytoczony art. 418 §1 KSH daje akcjonariuszom prawo wyłącznie jednego głosu, bez względu na ich ograniczenia czy przywileje. Może być również podstawą do stwierdzenia, że akcjonariusze legitymujący się akcją niemą, są uprawnieni do oddawania ważnych głosów odnośnie do przymusowego wykupu akcjonariuszy mniejszościowych³⁸. Zgodnie z art. 416 §2 w związku z §1, wykonywanie prawa głosu z akcji niemej ma bezwarunkowy charakter i dotyczy dowolnego przypadku istotnej zmiany przedmiotu działalności spółki³⁹. Wydaje się jednak, że słowo „odpowiednio”, użyte w przepisie, wymaga uwzględnienia specyfiki problematyki podejmowanej uchwały w sprawie przymusowego wykupu akcjonariuszy mniejszościowych. Porównując zatem istotną zmianę przedmiotu działalności spółki z przymusowym wykupem akcjonariuszy mniejszościowych należy zauważyć, że w pierwszym przypadku widoczna jest przyczyna, przez którą możliwe jest ugodzenie w interes akcjonariuszy z akcji niemych, w drugim przypadku zagrożenie to nie jest już wyraźnie widoczne, albowiem zmiana nie musi dotyczyć akcjonariuszy z akcji niemej. Regulacja dokonana na podstawie art. 416 §2 w związku z §1 KSH, a także art. 419 §1 oraz §2 KSH, skłania do przyjęcia, że stanowisko „akcje nieme za każdym razem korzystają z prawa głosu w sytuacji rozstrzygania o przymusowym wykupie, pozostawałoby w sprzeczności z kierunkową zasadą odnoszącą się do akcji niemych, w myśl której akcje tego rodzaju korzystają z prawa głosu tylko w celu ochrony szczególnie uzasadnionego interesu akcjonariusza upraw-

³⁷ *Ibidem*, s. 4.

³⁸ S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek...*, s. 385.

³⁹ M. Michalski, *Akcje nieme...*, s. 6–7.

nionego z akcji niemych”⁴⁰. Doszłoby do wypaczenia istoty akcji niemych, pojawiłaby się też absurdalna sytuacja, w której – gdyby w strukturze spółki większą część kapitału reprezentowały akcje nieme – akcjonariusze akcji niemej usunęliby przez wykup akcjonariuszy mniejszościowych, posiadających prawo głosu. Tak więc uwzględnić należy głosy oddane przez akcjonariuszy z akcji niemych wyłącznie w przypadku, gdy przedmiotem przymusowego wykupu akcjonariuszy mniejszościowych są właśnie akcje nieme. Zastosowanie takiej regulacji pełni przede wszystkim funkcję ochronną w stosunku do akcjonariuszy z akcji niemych, nie naruszając przy tym specyfiki posiadanych przez nich instrumentów finansowych.

Ostatnią sytuacją, w której akcje nieme zyskują głos i zgodnie z art. 419 §1 KSH wymagane jest głosowanie grupami, dotyczy zniesienia przywilejów akcji niemej. Na wspomnianym gruncie doktryna również nie jest zgodna.

Przeciwnicy uczestniczenia akcjonariuszy z akcji niemych w głosowaniu nad uchwałą dotyczącą zniesienia z nich przywilejów, swoje stanowisko argumentują tym, że akcje nieme co do zasady nie dają prawa głosu, natomiast z mocy prawa uzyskują je dopiero w sytuacji, gdy nastąpi zniesienie przywilejów dywidendowych⁴¹. Stanowisko takie właściwe byłoby jednak tylko przy założeniu, że art. 419 KSH pozbawiony odpowiednika art. 416 §2, dopuszcza nietraktowanie akcjonariusza z akcji niemych jako uczestnika korporacji⁴². Zwrot użyty w przepisie „głosowania w każdej grupie (rodzaju) akcji”, ze względu na kategoryczne odwołanie do wszystkich rodzajów akcji, oznacza także głosowanie w grupie akcji niemych.

Tym samym drugi pogląd wydaje się znacznie bardziej przekonujący. Opowiadają się za nim m.in. A. Szumański⁴³, R. Czerniawski⁴⁴ oraz M. Michalski⁴⁵. Wykazać tu można nieracjonalność sytuacji, w której akcjonariusz z akcji niemej nie mógłby głosować w sprawie dla niego wyjątkowo istotnej, mogącej wiązać się z utratą przywileju dywidendowego. Bez względu na uprzednie kwestie, należy uznać za słuszne i logiczne, aby akcjonariusze z akcji niemych z uwagi na *ratio legis* regulacji zawartych w art. 419 KSH, mogli wypowiedzieć się w powyższej kwestii, która dotyczy przecież zachowania przez nich instrumentu finansowego stanowiącego podstawę ich uczestnictwa w spółce i jednocześnie powierzenia jej swojego kapitału.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 7.

⁴¹ W. Popiołek, [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo*, red. J. A. Strzępka, Warszawa 2010, s. 251.

⁴² M. Michalski, *Akcje nieme...*, s. 4.

⁴³ A. Szumański, [w:] *Kodeks spółek handlowych...*, s. 968–969.

⁴⁴ R. Czerniawski, *Kodeks spółek handlowych...*, s. 529.

⁴⁵ M. Michalski, *Akcje nieme...*, s. 4.

Akcje nieme, oprócz cech charakterystycznych w zakresie korporacyjnego oddziaływania, posiadają także odmienne regulacje w związku z prawami majątkowymi. Przywilej dywidendowy z akcji niemych jest o wiele bardziej rozwinięty niż przywilej dotyczący dywidendy, jakim może cechować się akcja, której jest przyznane prawo głosu. Sytuacja taka wynika z regulacji przeprowadzonej w art. 353 §3 KSH, która w odniesieniu do akcji niemych wyłącza przepis art. 353 §1 KSH stanowiący, że w przypadku akcji głosowych, przywilej dywidendowy jest ograniczony wartościowo. Tak więc w odniesieniu do akcji niemych nie obowiązują wyznaczone górne granice tego uprzywilejowania wiążące dla pozostałych akcji. Niemniej dopuszczalna jest sytuacja, w której statut przewiduje akcje uprzywilejowane co do dywidendy oraz akcje nieme o takiej samej wielkości przywileju⁴⁶, bądź nawet mniejszej.

Wielkość przywileju dywidendowego stanowi niewątpliwie o atrakcyjności akcji niemej wśród zainteresowanych inwestorów. Może on być ustanowiony na poziomie kilkakrotności dywidendy przysługującej z akcji zwykłej, a w takiej sytuacji o jej górnym pułapie nie stanowią przepisy, a jedynie interes spółki i możliwość jej faktycznego wypłacenia. Niezbędne jest także wyrażenie na tak wysoką dywidendę zgody pozostałych akcjonariuszy, która powinna zostać wyrażona w formie podjętej na walnym zgromadzeniu uchwały o emisji akcji o określonej wysokości dywidendy⁴⁷.

Sposób oznaczenia wielkości uprzywilejowanej dywidendy nie jest ściśle oznaczony i charakteryzuje się dowolnością. Pomimo, że wydaje się, że najlepszym oznaczeniem uprzywilejowanej dywidendy z akcji niemych byłoby oznaczenie procentowe, ewentualnie oznaczenie różnicy wielkościowej tej dywidendy w stosunku do dywidendy z akcji zwykłych (np. w postaci ułamka), to dopuszczalne jest również oznaczenie w formie podania konkretnej kwoty lub kwoty minimalnej⁴⁸. Oczywiście różny sposób regulacji wiąże się z odmiennymi konsekwencjami, zarówno dla spółki, jak i akcjonariuszy. I tak wydaje się, że akcjonariusze dla własnego dobra i ochrony swojego interesu powinni skorzystać z ostatnich opcji. Dzięki niemu będą mieć pewność co do wysokości otrzymanej z dywidendy kwoty lub przynajmniej do jej minimalnego poziomu. Pierwsze rozwiązania wydają się bardziej korzystne dla spółki. Oprócz względów praktycznych, za tymi opcjami przemawia sama istota dywidendy. Jest to bowiem należność wypłacana z zysku osiągniętego przez spółkę i uzależniona od jego wielkości. Poprzez to sam charakter dywidendy nabiera charakteru warunkowego w stosunku do zysku spółki.

⁴⁶ W. Popiołek, [w:] J.A. Strzępka, P. Pinior, W. Popiołek, K. Urbańczyk, E. Zielińska, *Kodeks spółek handlowych...*, s. 1051.

⁴⁷ A. Szumański, *System prawa...*, s. 150–151.

⁴⁸ M. Michalski, *Akcje nieme...*, s. 7.

Istotny staje się problem, czy możliwe jest uprzywilejowanie akcji niemych w ten sposób, że pozostałe akcje w praktyce zostaną pozbawione dywidendy⁴⁹. Przyjmując bowiem, że wysokość dywidendy z akcji niemych nie jest niczym ograniczona, w skrajnym przypadku istniałaby możliwość spowodowania, że do czasu istnienia w spółce akcji niemych inne akcje, w tym również te uprzywilejowane co do dywidendy, nie będą uczestniczyć w podziale uzyskanego zysku za ostatni rok obrotowy. W przypadku tym należałoby uwzględnić naturę spółki akcyjnej oraz charakter akcji i cel ich posiadania. W ten sposób można dojść do wniosku, że brak stosowania wspomnianych limitów wartościowych nie jest w żaden sposób powiązany z możliwością pozbawienia pozostałych akcji dywidendy. Uregulowania zawarte w statucie nie mogą bowiem ingerować w prawo dotyczące dywidendy, które zostało przyznane akcjom głosowym. Jak słusznie zostało zauważone, sytuacja taka godziłaby zarówno w naturę spółki akcyjnej⁵⁰, jak i naturę prawną papieru wartościowego, jakim jest akcja⁵¹. Istotnym argumentem staje się w tym przypadku także art. 347 §1, zgodnie z którym, akcjonariusze spółki mają prawo do udziału w zysku wykazanym przez nią w sprawozdaniu finansowym, zbadanym przez biegłego rewidenta, który został przeznaczony przez walne zgromadzenie do wypłaty akcjonariuszom. Ponadto art. 304 §3 KSH stanowi, że statut może zawierać dodatkowe postanowienia, odmienne od tych przewidzianych w ustawie wyłącznie wtedy, gdy ustawa zezwala na to, a w KSH nie sformułowano zezwolenia na pozbawienie dywidendy akcjonariuszy akcji zwykłych, ze względu na wysokość uprzywilejowania akcji niemych. W zaistniałych okolicznościach nie było potrzeby wprowadzenia ograniczenia stanowiącego górną granicę uprzywilejowania dla akcji niemej ze względu na fakt, że w praktyce zagrożenie wyłączeniem prawa do dywidendy pozostałych akcji pozostaje w sferze wyłącznie teoretycznej⁵². Przyjmuje się również, że sytuacja, w której akcjonariusze z akcji niemych otrzymaliby większą część zysku spółki, byłaby sprzeczna z naturą spółki akcyjnej, podobnie jak powyższa sytuacja, dotycząca pozbawienia dywidendy pozostałych akcji na skutek wysokiego uprzywilejowania akcji niemych⁵³. Wtedy to największa część wypracowanego zysku przypadłaby akcjonariuszom mającym niewielki wpływ na działalność spółki, a przecież istotnym założeniem spółki akcyjnej jest ryzyko inwestycyjne wiążące się z podejmowaniem decyzji i czerpaniem zysku z akcji w zależności od ich trafności.

⁴⁹ M. Romanowski, *Akcje nieme...*, s. 58.

⁵⁰ M. Michalski, *Akcje nieme...*, s. 7.

⁵¹ *Ibidem*, s. 58.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ I. Komarnicki, *Akcje uprzywilejowane co do dywidendy*, „Rejent” 2003, nr 2, s. 56.

Pomimo uregulowań niewątpliwie faworyzujących akcje nieme, nie należy pomijać kwestii związanej z konkretyzacją prawa do dywidendy. Następuje ona bowiem, co do zasady, tylko wtedy, gdy spółka wypracuje odpowiedni zysk i gdy zostaną podjęte odpowiednie decyzje w zakresie podziału dywidendy⁵⁴. Jeżeli spółka nie zamknie roku obrotowego zyskiem lub przeznaczy go na cele inne niż wypłata dywidendy dla akcjonariuszy, to dywidenda nie zostanie wypłacona przez spółkę również akcjonariuszom z akcji niemych. Dopuszcza się jednak także odmienną regulację przez zawarcie odpowiedniego przepisu w statucie spółki.

Kolejnym przywilejem dywidendowym przysługującym akcjom niemym jest możliwość korzystania przez akcjonariuszy, którzy się nimi legitymują, z pierwszeństwa zaspokojenia przed pozostałymi akcjami. Wynika to z art. 353 §3 KSH, który wyłącza możliwość stosowania art. 353 §2 KSH, tym samym akcje nieme, jako jedyne z akcji uprzywilejowanych co do dywidendy, mogą korzystać z prawa pierwszeństwa zaspokojenia. Sama ustawowa regulacja (art. 353 §3 KSH w powiązaniu z art. 353 §2 KSH) nie przyznaje wprost akcjom niemym prawa do pierwszeństwa w zaspokojeniu. Daje ona jedynie możliwość ustanowienia przepisów umożliwiających unormowanie kwestii pierwszeństwa w sposób faworyzujący akcje nieme w statucie. *A contrario*, jeżeli statut nie zawiera odpowiednich postanowień, to akcje nieme nie posiadają przyznanego pierwszeństwa do zaspokojenia ich w podziale zysku rocznego⁵⁵, a więc należy traktować je na równi z pozostałymi akcjami. Brak takiego unormowania, zdecydowanie osłabia pozycję oraz atrakcyjność akcji niemych dla inwestora. Często bowiem dla osób zainteresowanych akcjami niemymi, możliwość otrzymania dywidendy przed pozostałymi akcjami jest bardzo ważnym czynnikiem, zmniejszającym ponoszone ryzyko inwestycyjne.

Akcje nieme posiadają ponadto pierwszeństwo zaspokojenia dywidendy w stosunku do świadectw użytkowych. Wniosek taki można wysnuć na podstawie art. 361 §2 KSH stanowiącego, że jeżeli statut nie stanowi inaczej, świadectwa użytkowe uczestniczą na równi z akcjami w dywidendzie oraz w nadwyżce majątku spółki, pozostałej po pokryciu wartości nominalnej akcji.

Odmienna regulacja stosowana jest z kolei w przypadku świadectw założycielskich. Art. 355 §2 zd. 2 KSH stanowi bowiem *lex specialis* w stosunku do art. 353 §3 zd. 2 KSH⁵⁶. Zgodnie z regulacją, w pierwszej kolejności zaspokajana jest minimalna dywidenda akcji, bez względu na uprzywilejo-

⁵⁴ Tak W. Popiołek, *Akcje uprzywilejowane co do dywidendy*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci prof. Kazimierza Kruczalaka*, Gdańsk 1999, s. 32.

⁵⁵ M. Romanowski, *Akcje nieme...*, s. 59.

⁵⁶ A. Szumański, *System...*, s. 151.

wanie, następnie świadectwa założycielskie, a później pozostała dywidenda, gdzie pierwszeństwo przysługuje już akcji niemej.

W ten sposób w spółce wytwarza się swoista kolejność, według której są zaspokajani akcjonariusze w zakresie przysługującego im prawa do dywidendy, a na głównej pozycji znajdują się akcjonariusze z akcji niemych⁵⁷.

Ważna staje się również kwestia wyrównania dywidendy z lat ubiegłych (regulowana w art. 353 §4 KSH). Powinna być ona wypłacona przed dywidendą za ostatni rok obrotowy⁵⁸. Uzasadnieniem tej tezy wydaje się art. 451 §1 KC w związku z art. 2 KSH⁵⁹ stanowiącym, że w sprawach dotyczących spółek, m.in. ich funkcjonowania, nieuregulowanych w KSH, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Zgodnie więc z art. 451 §2 KSH to, co przypada na poczet danego długu, wierzyciel może przede wszystkim zaliczyć na poczet związanych z tym długiem zaległych należności ubocznych oraz zalegające świadczenia główne. Dopuszczalna jest też sytuacja, w której kolejność spełniania świadczeń pomiędzy spółką a osobą uprawnioną, będzie regulowana odmiennie w drodze umowy.

Prawo do wyrównania z zysku w kolejnych latach, przysługuje nie później niż w ciągu kolejnych trzech lat obrotowych. Samo wyrównanie z zysku w latach następnych to znacząca różnica pomiędzy uprawnionymi z akcji zwykłych a uprawnionymi z akcji niemych, jeśli bowiem posiadacz pierwszej z nich nawet w bezspornym przypadku, gdy spółka w danym roku obrotowym wykaże zysk, ale nie przeznaczy go na wypłatę dywidendy, w żadnych okolicznościach nie otrzyma „zaległej” dywidendy w kolejnych latach. Konstrukcja taka daje podstawy do zabronionego na gruncie prawa polskiego umawiania się spółki i akcjonariusza na wysokość dywidendy⁶⁰. Na podstawie wspomnianego wcześniej przepisu nie została naruszona zasada, że prawo do wypłacenia dywidendy występuje wyłącznie wtedy, gdy spółka wygenerowała zysk za poprzedni rok obrotowy i nie ma strat za poprzednie lata. Niemniej przepis art. 353 §4 nie jest sformułowany dość dokładnie, w związku z czym zakres przywileju nie jest jasny. Nie jest bowiem sprecyzowane, czy chodzi o sytuację, w której spółka wypracowała zysk, natomiast nie został on przeznaczony na dywidendy bądź też nie pokrył ich w całości, czy też o sytuację, w której spółka nie wypracowała zysku.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 3, Warszawa 2008, s. 385.

⁶⁰ A. Szumański, [w:] W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Warszawa 2004, s. 626. Sceptycznie do takiej koncepcji podchodzi W. Popiołek, [w:] S. Włodyka, *Prawo papierów wartościowych*, Warszawa 2004, s. 127.

Można uznać, że KSH nie rozstrzyga w bezpośredni sposób, co stanie się w chwili, gdy akcjonariuszowi z akcji niemej nie zostanie wypłacona dywidenda z powodu przeznaczenia jej na kapitał zapasowy czy rezerwowy na mocy podjętej na walnym zgromadzeniu uchwały. W tych okolicznościach możliwe jest rozróżnienie dwóch sposobów oznaczenia wysokości dywidendy dla akcji niemych⁶¹. Pierwszym jest oznaczenie zaległej dywidendy w kwocie precyzyjnie określonej, drugim oznaczenie jako kwoty nie niższej niż dana wielkość. Nie są one wtedy zależne od kwoty przeznaczonej przez walne zgromadzenie na wypłatę dywidend ani od oznaczonej wielkości w proporcji do zysku przeznaczonego uchwałą walnego zgromadzenia na wypłatę dywidend.

Zarówno w przypadku, gdy kwota określona jest precyzyjnie, jak i gdy oznaczona jest jako kwota „nie niższa niż...”, akcjonariusz może wnieść powództwo przeciwko spółce o uchylenie uchwały na podstawie art. 422 §1 KSH. Jednakże pierwszym z omawianych przypadków akcjonariusz musi wykazać, że podjęta przez walne zgromadzenie uchwała miała na celu pokrzywdzenie jego jako akcjonariusza oraz że jest sprzeczna ze statutem. W przypadku drugim, oprócz powyższego, akcjonariusz musi wykazać również wysokość dywidendy, która mu się należy⁶². Prawdopodobieństwo dochodzenia roszczeń w tej sytuacji jest stosunkowo niewielkie, ponieważ akcjonariusz musi dowieść, że celem uchwały jest pokrzywdzenie go i chęć uniknięcia wypłaty dywidendy ze względu na przysługujące mu szczególne uprawnienia, co wywołuje problemy dowodowe. Również trudne jest wykazanie wysokości zysku, który powinien być przeznaczony na dywidendy, a jak wiadomo, sądowi brak kompetencji do wypowiedzania się w kwestii prowadzonej polityki spółki. Opłacalne dla akcjonariusza akcji niemych jest uniezależnienie swojej dywidendy od uchwały podjętej przez walne zgromadzenie. W celu dochodzenia dywidendy nie jest dopuszczalne powództwo wytoczone spółce na zasadach ogólnych kodeksu postępowania cywilnego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (art. 471 kc.)⁶³. Byłoby ono sprzeczne z charakterem akcji niemej jako papieru wartościowego, bo w ten sposób można dochodzić jedynie dywidendy, która została przyznana poprzez podjęcie uchwały przez walne zgromadzenie akcjonariuszy, natomiast nie została wypłacona.

Kolejną sporną kwestią w doktrynie pozostaje zagadnienie, czy akcji niemej w takiej sytuacji przysługuje prawo do tzw. kumulacji dywidendy w sytuacji, w której to spółka nie wypracowała zysku czy wręcz wygenerowała stratę.

⁶¹ M. Romanowski, *Akcje nieme...*, s. 58–59.

⁶² *Ibidem*, s. 59–60.

⁶³ *Ibidem*, s. 60.

Zgodnie z pierwszym poglądem⁶⁴, w razie gdyby spółka nie osiągnęła zysku w ostatnim roku obrotowym albo poniosła stratę, to akcjonariusz akcji niemej choć nie ma prawa do tego, by została mu wypłacona dywidenda, to jednak nabywa on wierzytelność pieniężną, która równa będzie niewypłaconej dywidendzie⁶⁵. Rozwiązanie to byłby wyjątkowo korzystne dla inwestorów oraz zgodne z ich gospodarczym interesem. Gdyby jednak w kumulacji dywidendy można doszukiwać się obietnicy przyszłego wypłacenia kwoty jako zaległej dywidendy za okres, w którym spółka nie wygenerowała zysku, to istniałoby niewątpliwe podobieństwo do pewnego rodzaju oprocentowania, tak jak w przypadku wypłacania dywidendy, gdy spółka nie osiągnęła zysku, co stałoby w sprzeczności z wyrażonym z art. 346 KSH zakazem pobierania odsetek od posiadanych akcji⁶⁶.

W przypadkach, gdy wypłata dywidendy uznana zostanie za zasadną, określona suma zostanie akcjonariuszowi wypłacona, jeżeli spółka zamknie kolejny rok obrotowy zyskiem i jeżeli jego wysokość pozwoli na zaspokojenie wierzytelności uprawnionego⁶⁷. Oprócz zaległej dywidendy zostanie także wypłacona przysługująca dywidenda za ostatni rok obrotowy.

Celem ustanowienia wyrównania z zysku w latach następnych jest przede wszystkim ochrona osoby uprawnionej z akcji niemej⁶⁸ i zapewnienia spełnienia obowiązku wypłaty dywidendy uprzywilejowanej dla akcji niemych. Akcje nieme posiadają umiarkowane znaczenie gospodarcze. Cechują je zarówno zalety, jak i wady.

Niewątpliwym ich plusem jest, że dzięki tej instytucji spółka pozyskuje kapitał od dotychczasowych, bądź nowych akcjonariuszy nie obawiając się przy tym wrogiego przejęcia⁶⁹. Emisja takich akcji mogłaby zapobiec pierwszemu w historii Polskiej Giełdy Papierów Wartościowych w Warszawie wrogiemu przejściu, do którego doszło 27 maja 2008 r. Wtedy to spółka Vistula & Wólczanka SA przejęła pakiet kontrolny słynnej jubilerskiej spółki W. Kruk. Prawdopodobnie gdyby W. Kruk emitował akcje nieme, akcjami tymi zainteresowałby się inwestor nastawiony na zysk⁷⁰, a nie zainteresowany przejściem, tym samym zniwelowane zostałoby ryzyko przejścia rodzinnej spółki. Chociaż dzięki zmodyfikowanej kontrofercie W. Kruk nie stracił całkowicie kontroli nad swoją spółką, to jednak wrogie przejście zostało doko-

⁶⁴ A. Szumański, *System...*, s. 152.

⁶⁵ M. Romanowski, *Akcje nieme...*, s. 151–152.

⁶⁶ M. Michalski, *Akcje nieme...*, s. 7.

⁶⁷ M. Romanowski, *Akcje nieme...*, s. 58–59.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 59.

⁶⁹ I. Knurowska, *Ochrona przed wrogim przejściem spółki akcyjnej*, Kraków 2000.

⁷⁰ A. Szumański, [w:] W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek...*, s. 624.

nane. Jeżeli więc spółka potrzebuje dodatkowych środków finansowych, a nie może pozwolić sobie na zadłużenie wobec osób trzecich i przy tym nie chce zaburzać struktury głosowej, są one bardzo dobrym rozwiązaniem. Pomysłem godnym rozważenia był projekt emisji akcji niemych przez Giełdę Papierów Wartościowych w Warszawie SA. Zapewniała ona pozyskanie kapitału, a jednocześnie zabezpieczenie przed utratą kontroli nad tak ważną dla gospodarki państwa spółką. Niemniej nie skorzystano z takiego rozwiązania. Prawdopodobnie wynika to z faktu, że ten szczególny rodzaj akcji jest znany inwestorom, a także spółkom wyłącznie w sferze teoretycznej i nie potrafią oni tak sprawnie, jak w stosunku do pozostałych akcji, poruszać się w ich sferze.

Akcje nieme są również dobrym rozwiązaniem dla drobnych inwestorów, którzy najczęściej nie wykonują swojego prawa głosu, głównie z powodu zmniejszonej możliwości wpływu na losy spółki. Korzystniejszą dla nich jest akcja niema, albowiem w zamian za pozbawienie prawa głosu, z którego i tak nie korzystają, uzyskują prawo do wyższej dywidendy. Dodatkowym impulsem do rozpowszechnienia akcji niemych w polskim środowisku gospodarczym powinna stać się bardziej rozbudowana i szczegółowa regulacja, która jednoznacznie rozwiązywałaby istniejące przy obecnym stanie prawnym kontrowersje. Znaczna rozbieżność wśród poglądów doktryny sprawia, że inwestor może czuć się zdezorientowany i nie wiedzieć, jakie prawa mu przysługują, a jakim podlega obowiązkowi, co z pewnością zniechęca kalkulującego oraz nastawionego na zysk inwestora. Przykładem może być chociażby kontrowersyjna teoria dotycząca wypłaty dywidendy w przypadku nieosiągnięcia przez spółkę zysku bądź wygenerowania straty. Sytuacja, w której jednoznacznie doszłoby do stwierdzenia, że w takim przypadku spółka nie wypłaca uprawnionemu z akcji niemej dywidendy, byłaby dodatkowym bodźcem dla spółki zachęcającym do emisji. Przeciwna regulacja uświadomiłaby zaś spółkę co do jej obowiązków w stosunku do akcjonariusza.

Z powodu dość krótkiego czasu istnienia akcji niemych w prawie polskim i stosunkowo niedługiego okresu obowiązywania przepisów dotyczących tego instrumentu, ocena znaczenia i istotności omawianych akcji uprzywilejowanych jest dość trudna. Należy więc oprzeć się także na doświadczeniach gospodarczych państw, które w swoim systemie prawnym posiadają podobną instytucję. Następująca globalizacja i w jej efekcie pojawianie się międzynarodowych korporacji oraz standaryzacja zachowań inwestorów z różnych krajów powodują, że analogia taka będzie znajdowała zastosowanie do polskiego systemu prawnego oraz zachowań gospodarczych. Fakt niesprawdzenia się *preferred stock* na amerykańskim rynku gospodarczym, a także niemieckim i francuskim, prowokuje do przyjęcia stanowiska, że akcje nieme nie rozpo-

wszechnią się w Polsce. Być może odpowiedzialnością za to obarczyć należy system podatkowy, który poprzez niekorzystną regulację podatkową dotyczącą akcji niemych zmniejsza bezpośredni dochód z nich, poprzez co stają się mniej atrakcyjne dla inwestora. Zorientowany na zysk inwestor w takiej sytuacji zdecyduje się prawdopodobnie na inny instrument, np. na obligacje. Przeszkodą w popularyzacji akcji niemych staje się także mentalność inwestorów, którzy nie chcą ponosić odpowiedzialności, jaka wiąże się z uczestnictwem w spółce, jeżeli nie mogą wywrzeć na spółkę jakiegokolwiek wpływu, także dotyczącego rozporządzania zainwestowanymi przez niego środkami. Niemniej odpowiednio wysokie uprzywilejowanie wysokości dywidendy, które zrekompensuje ponoszone ryzyko, z pewnością skusi inwestora zorientowanego. Mogłoby to zachęcić inwestorów do korzystania z możliwości lokowania swoich środków w ten rodzaj akcji uprzywilejowanych, dzięki czemu zdobyliby doświadczenie, które pomogłoby czuć im się pewniej jako akcjonariuszom z akcji niemych, a z czasem umożliwiłoby im korzystanie w pełni z możliwości, jakie oferuje akcja niema.

Mimo wszystko nie należy negować wprowadzenia akcji niemych do KSH. Ustawodawca proponuje w ten sposób spółce kolejny sposób na pozyskiwanie kapitału, a inwestorowi na dokonanie inwestycji. Umożliwia również swobodne dokonywanie wyborów zarówno inwestorowi, jak i spółce w szerszym wachlarzu możliwości oraz elastyczne kreowanie stosunków gospodarczych. Rolą systemu prawnego powinno być bowiem umożliwienie uczestnikom relacji gospodarczych subiektywnego dokonywania wyborów, w oferowanej gamie rozwiązań tak, aby uczestnicy danego układu gospodarczego mogli podjąć decyzję uwzględniającą ich własny cel i najbardziej wygodny instrument.

Abstract

Non-Voting Shares as an Answer to Expectations of Contemporary Investors and Joint-Stock Companies

Although introduced already in 2000, the non-voting shares did not become a popular instrument among investors, which seems to result from the poor level of knowledge of the instrument among investors and unfavourable tax regulations. Yet such shares award the investor with major potential related to the acquisition of dividend, at the same time not bereaving them fully of influencing the future of the company, in contradiction of what the name might suggest. What seems to be a benefit of the non-voting shares for the issuing company is the priceless possibility of acquiring capital from investors without the risk of a hostile takeover and/or the investors' excessive interference with the operation of the company.

Literatura

- Czerniawski R., *Kodeks spółek handlowych. Przepisy o spółce akcyjnej*, Warszawa 2004.
- Kidyba A., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2002.
- Knurowska I., *Ochrona przed wrogim przejęciem spółki akcyjnej*, Kraków 2000.
- Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo*, red. J.A. Strzępka, Warszawa 2010.
- Komarnicki I., *Akcje uprzywilejowane co do dywidendy*, „Rejent” 2003, nr 2.
- Michalski M., *Akcje nieme według prawa polskiego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004, nr 7.
- Michalski M., *Kontrola kapitałowa nad spółką akcyjną*, Kraków 2004.
- Prawo gospodarcze prywatne*, red. T. Mróz, M. Stec, Warszawa 2009.
- Naworski J.P., Strzelczyk K., Raglewski J., Siemiątkowski T., Potrzeszcz R., *Komentarz*, t. 1, Warszawa 2003.
- Popiołek W., *Akcje uprzywilejowane co do dywidendy*, [w:] *Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej prof. dr hab. Kazimierza Kruczałaka*, Gdańsk 1999.
- Popiołek W., Zielińska E., Strzępka J., Pinior P., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2006.
- Pyziół W., Szumański A., Weiss I., *Prawo spółek*, Kraków 2004.
- Romanowski M., *Akcje nieme*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 7.
- Sołtysiński S., Szajkowski A., Szumański A., Szwaja J., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 3, Warszawa 2008.
- Staranowicz T., *W sprawie pojęcia akcji niemych, polemika*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 1.
- Strzępka A., Zielińska E., Popiołek W., Pinior P., Urbańczyk H., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 2003.
- System prawa prywatnego. Prawo papierów wartościowych*, red. A. Szumański, Warszawa 2006.
- Szumański A., *Dokapitalizowanie spółki kapitałowej, a ochrona przed jej przejęciem*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1997, nr 9.
- Włodyka S., *Prawo papierów wartościowych*, Warszawa 2004.

RECENZJE
sprawozdania
varia

Martyna Huszcza

**Marcin Gołaszewski, Anna Ibek, Michał Widacki,
Współczesne standardy badań poligraficznych,
red. M. Gołaszewski, Wydawnictwo Agencji
Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Warszawa 2013**

W ostatnim czasie nakładem Centralnego Ośrodka Szkolenia Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego ukazała się książka *Współczesne standardy badań poligraficznych*, Marcina Gołaszewskiego, Anny Ibek i Michała Widackiego – doktorantów Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego.

W pierwszej części omówiono podstawy badań poligraficznych, w której autorzy skupili się na określeniu definicji kłamstwa, następnie skrótkowo przedstawili koncepcje procesu wprowadzania w błąd oraz detekcji nieszczerości za pomocą poligrafu.

Kolejny rozdział poświęcony został walidacji testów wykorzystywanych w badaniach poligraficznych oraz wpływie rezultatów metaanalizy, przeprowadzonej przez American Polygraph Association w 2011 roku. W trzecim rozdziale przedstawiono, potwierdzone naukowo, systemy analizy danych testowych w badaniach poligraficznych.

Część druga książki omawia standardy i procedury badań poligraficznych. Autorzy zaprezentowali rodzaje testów wykorzystywanych do badań oraz przybliżyli obecnie obowiązujące – od 1 stycznia 2012 roku – standardy American Polygraph Association.

W ostatniej części przedstawiono wybrane problemy i wskazówki metodyczne, w której zwrócono uwagę na sposób formułowania opinii z badań poligraficznych. Autorzy przedstawili wzory możliwych opinii z uwzględnieniem wykorzystania różnych testów. Przytoczyli też najczęściej popełniane błędy przez samych ekspertów badań poligraficznych, ale także organy procesowe podczas interpretacji wyników badań.

Publikacja zawiera obszerne omówienie wspomnianego wyżej raportu American Polygraph Association (APA) z 2011 roku, będącego wynikiem metaanalizy praktyki. Miała ona odpowiedzieć na kluczowe w tej dziedzinie pytanie: co przy obecnym stanie nauki i doświadczeniu praktyków wiadomo na temat dokładności badań poligraficznych oraz ich wartości diagnostycznej? Równocześnie odpowiada na pytanie kolejne – które ze znanych technik przeprowadzanych badań mają najwyższą wartość diagnostyczną i w związku z tym uzyskały rekomendację tej największej światowej organizacji, zrzeszającej ekspertów z obszaru badań poligraficznych, zarówno ze Stanów Zjednoczonych, jak i całego świata.

Nie ulega wątpliwości, że lektura tej książki powinna w końcu zamknąć w Polsce bezsensowną dyskusję na temat, czy technika oparta na testach GKT (CIT) jest lepsza od techniki opartej na testach pytań kontrolnych (do czego, niestety, wciąż z dużym uporem próbują przekonać niektórzy polscy autorzy). Technika GKT (CIT) w świetle raportu APA ma jedynie znaczenie pomocnicze.

Publikacji przedstawia także współcześnie stosowane na całym świecie systemy analiz zapisów poligraficznych (analizę numeryczną, globalną i *quasi-numeryczną*). Autorzy prezentują też aktualne standardy, opracowane w USA i rekomendowane przez American Polygraph Association. Niestety, na ich tle wyraźnie widać, jak dalece odbiegające od tych standardów są prowadzone w Polsce badania poligraficzne.

Nie ulega wątpliwości, że publikacja ta otwiera nowy etap dyskusji na temat badań poligraficznych w Polsce. Wyznacza jej jednak inny, zdecydowanie wyższy, poziom. Zachęca do dyskusji na temat poziomu prowadzonych badań poligraficznych w Polsce.

Książka ta jest godna polecenia przede wszystkim dla tych, którzy badania poligraficzne w Polsce wykonują – praktykom, a także tym, którzy je po prostu zlecają i chcą wykorzystać w procesie karnym. Nie zmienia to faktu, że jest to również ciekawa lektura dla tych wszystkich, którzy po prostu interesują się kryminalistyką, a także procesem karnym i pragną poszerzyć wiedzę na temat metodologicznych rozważań dotyczących dowodu z badań poligraficznych.

Martyna Huszcza

Sprawozdanie z promocji „*Dzieł wybranych*” Edmunda Krzymuskiego, tom 1: „*Szkoła klasyczna w defensywie*”, w wyborze i z przedmową Jana Widackiego, [Oficyna Wydawnicza AFM, Kraków 2013], Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, 11 kwietnia 2013 r.

11 marca w Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego odbyła się promocja wydanego przez Oficynę AFM pierwszego tomu *Dzieł wybranych* Edmunda Krzymuskiego – wybitnego przedstawiciela prawa karnego przełomu XIX i XX wieku. Publikację otwiera tekst „Szkoła klasyczna w defensywie”, a kolejne, to artykuły „Repressya przestępstw wobec fatalizmu filozofii współczesnej”, „Znaczenia naukowe statystyki, moralności i doniosłość jej wywodów dla repressyi przestępstw” oraz „Determinizm i poczytanie przestępstw w świetle najnowszych badań”. Dwa następne teksty: „Teorya karna Kanta ze stanowiska jego ogólnej nauki o rozumie praktycznym” – praca habilitacyjna Edwarda Krzymuskiego z 1882 r., oraz „Włoska szkoła pozytywna” z 1889 r., ukazały się w następnych tomach *Dzieł wybranych*.

Spotkanie promocyjne stało się dobrym pretekstem do dyskusji nad istotą prawa karnego, a także przypomnieniem, że filozoficzna refleksja nad prawem karnym jest bardzo potrzebna. W spotkaniu udział wzięli przedstawiciele krakowskiego środowiska akademickiego w tym reprezentujący Uniwersytet Jagielloński i Krakowską Akademię, a także przedstawiciele praktyki. Przybyli specjaliści z zakresu prawa karnego, kryminologii i filozofii, m.in.: prof. dr hab. Jan Woleński, prof. dr hab. Stanisław Waltoś, prof. dr hab. Andrzej Zoll, prof. dr hab. Janina Błachut oraz sędziowie: sędzia Sądu Najwyższego Andrzej Stępka oraz sędzia Sądu Apelacyjnego w Krakowie Andrzej Duski, a także dziekan Okręgowej Rady Adwokackiej mec. Jan Kuklewicz.

Gości przywitał prof. dr hab. Jerzy Malec – rektor Krakowskiej Akademii, natomiast spotkaniu przewodniczył dziekan Wydziału Prawa, Administracji

i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii prof. dr hab. Jan Widacki. Otwierając spotkanie podkreślił on znaczenie filozofii w procesie tworzenia prawa i jego stosowania, a także zrozumienia istoty podstawowych instytucji prawa karnego. Następnie przybliżył biografię Edmunda Krzymuskiego.

Edmund Krzymuski był wybitnym przedstawicielem nurtu klasycznego w prawie karnym. Jednak wbrew powszechnemu przekonaniu, nie był on Kantystą. Bronił klasycznej koncepcji prawa karnego przed wpływami pozytywizmu. Krzymuski deklarował również swoje przywiązanie do teorii Krauzego-Ahrensa, nazywał ją „teorią organiczną”. W odróżnieniu od Kanta uważał, że sprawiedliwa odpłata nie jest celem samym w sobie, ale jest nim prewencja, zarówno indywidualna, jak i generalna. Jednak kara spełnia swą prewencyjną rolę tylko wówczas, gdy jest sprawiedliwa.

Edmund Krzymuski był autorem kilku książek, m.in. *Teorii państwa Ahrensa* (1875 r.), w tym także cenionych podręczników: *Wykładu prawa karnego* (1885 r.) i *Wykładu procesu prawa karnego* (1891 r.). W swojej *Historii filozofii prawa* (1923 r.) przeprowadził oryginalną systematykę nurtów w filozofii prawa.

Jako pierwszy w dyskusji głos zabrał prof. dr hab. Andrzej Zoll, który podkreślił, że dorobek naukowy prof. Edwarda Krzymuskiego ma ogromne znaczenia dla kultury prawnej, a przede wszystkim dla poznania i zrozumienia korzeni obowiązującego prawa karnego.

Z kolei prof. dr hab. Jan Woleński podkreślił wzajemne oddziaływanie prawa i filozofii, chociażby w kontekście wpływu terminologii prawniczej na filozoficzną, i odwrotnie. Natomiast prof. dr hab. Janina Błachut zachęcała do dyskusji nad istotą i celowością kary.

Na zakończenie prof. dr hab. Jan Widacki podkreślił, że warto sięgać do dzieł takich myślicieli, jak Edmund Krzymuski czy Józef Rosenblatt, chociażby po to, by zobaczyć, jak twórczo wykorzystywać związek prawa karnego i filozofii oraz jak sama filozofia pomocna jest w rozumieniu podstawowych instytucji prawa karnego. Może to być również pretekstem do głębszej refleksji na temat podstaw, celów, a nawet samej istoty prawa, zwłaszcza prawa karnego.

Martyna Huszcza

Sprawozdanie z wyjazdu doktorantów Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego do Uniwersytetu w Grazu – kolebki europejskiej kryminalistyki (13–15 czerwca 2013 r.)

W dniach 13–15 czerwca 2013 roku uczestnicy seminarium doktoranckiego prof. Jana Widackiego przebywali w Grazu (Austria), gdzie odwiedzili m.in. Uniwersytet Karola Franciszka i Hans Gross Kriminalmuseum. Wybór miejsca był nieprzypadkowy – Graz jest bowiem miastem o ogromnym znaczeniu kulturalno-naukowym. Znajdują się tam 4 uniwersytety i 2 inne szkoły wyższe, do których uczęszcza ponad 40 tys. studentów. W 2003 roku Graz został kulturalną stolicą Europy.



Hans Gross (1847–1915), patron muzeum, był austriackim sędzią śledczym, a później profesorem prawa karnego na uniwersytetach w Czerniowcach i Grazu. Jest on powszechnie uważany za „ojca kryminalistyki”.

W 1893 roku wydał słynny podręcznik dla sędziów śledczych (*Handbuch für Untersuchungsrichter*). Rok wydania tego podręcznika uznawany jest w Europie za umowną datę narodzin nauki kryminalistyki. W roku 1912 Gross utworzył na Uniwersytecie Karola Franciszka w Grazu pierwszą w świecie katedrę kryminalistyki (Institut für Kriminalistik), która istniała do 1978 roku. Kontynuacją zlikwidowanej katedry jest obecnie wspomniane wyżej Hans Gross Kriminalmuseum. Dyrektorem placówki jest Christian Bachhiesl. Na marginesie dodać wypada, że jest on także członkiem Rady Redakcyjnej „Studiów Prawniczych”, półrocznika wydawanego przez Krakowską Akademię im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego.

Muzeum jest placówką naukową i dydaktyczną. Jego zbiory obejmują około 3000 eksponatów, w większości dowodów rzeczowych z ponad 1500 różnych spraw karnych. Znajduje się tam np. kamienna, wydrążona od wewnątrz kolumna, która służyła jako podstawa pod wazon do kwiatów, ale jednocześnie była miejscem ukrycia zwłok zamordowanej kobiety, jest także zbiór preparatów medyczno-sadowych, a wśród nich kolekcja czaszek, na których widać różne rodzaje urazów spowodowane rozmaitymi narzędziami. Są również narzędzia służące do włamań, fałszowania monet i banknotów, sfalszowane dokumenty, znakowane karty do gry w ruletkę, kolekcja broni palnej, zabezpieczone odciski palców, narzędzia zbrodni, zestaw trucizn, przyrządy do nielegalnego spędzania płodu oraz walizka śledcza z przełomu XIX/XX wieku, którą posługiwał się Hans Gross.

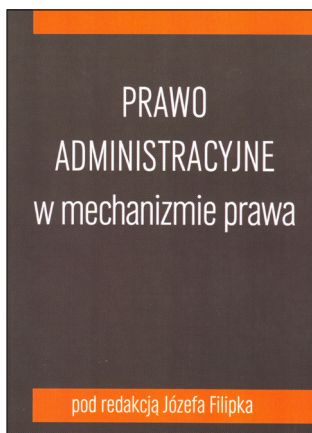
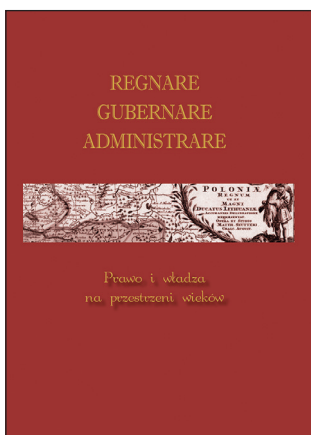
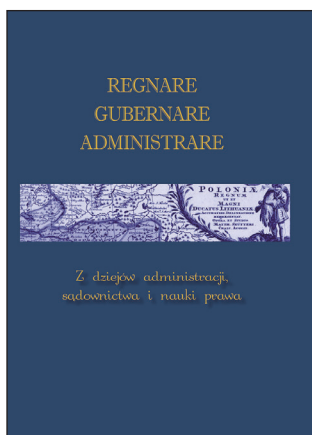
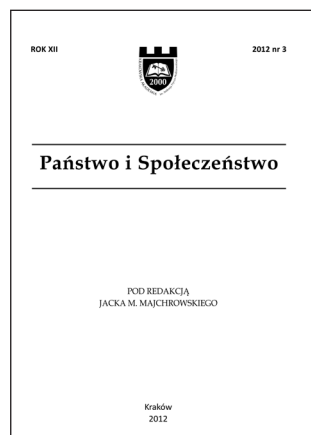
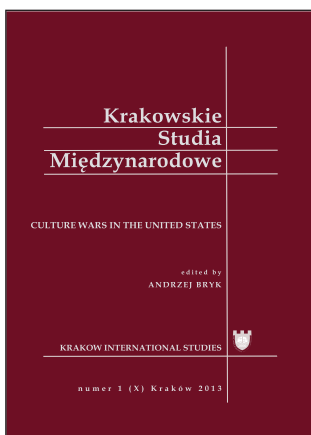
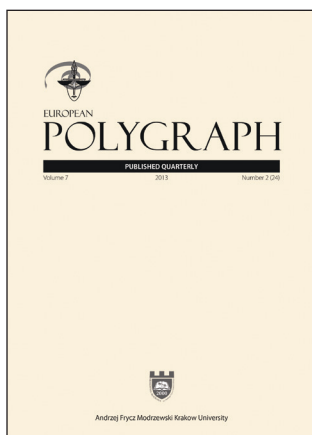
Interesującym eksponatem z początku XX wieku są zapisy reakcji emocjonalnych, wykonane przy eksperymentalnej próbie instrumentalnej detekcji kłamstwa. Należą one do najstarszych zachowanych w świecie.



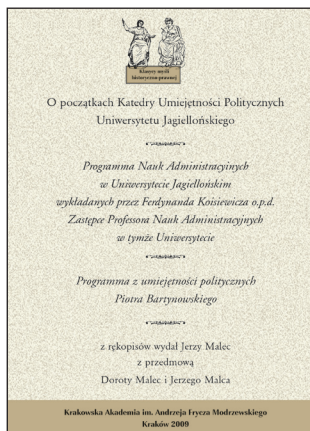
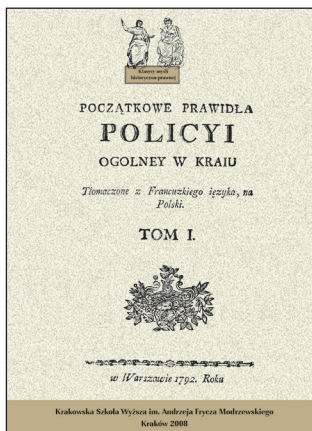
Warto wspomnieć, że Uniwersytet w Grazu (założony w XVI wieku) to obecnie jeden z największych uniwersytetów w Austrii. W swojej historii miał aż 8 noblistów. Przez wiele lat stanowisko profesora tej uczelni pełnił Polak – Ludwik Gumpłowicz, jeden z ojców światowej socjologii, który w swoim czasie bezskutecznie ubiegał się o habilitację na Uniwersytecie Jagiellońskim.

Oprócz wizyty na Uniwersytecie, doktoranci zwiedzili samo miasto, w tym jego piękną, jedną z najlepiej zachowanych w tej części Europy starówek, zamek oraz unikatową w skali europejskiej zbrojownię z przełomu XVI i XVII wieku.

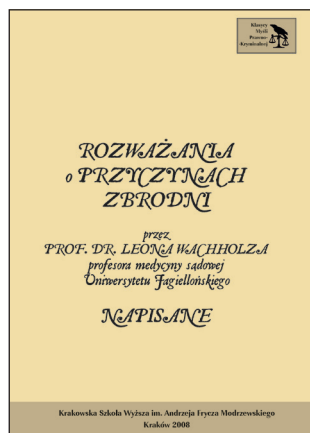
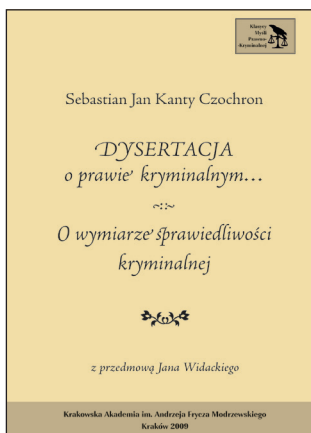
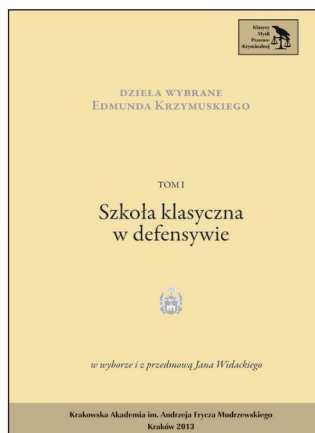
Polecamy publikacje Wydziału Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych:



Seria „Klasycy myśli historyczno-prawnej”



Seria „Klasycy myśli prawnokryminalnej”



Księgarnia u Frycza

Kampus Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

ul. Gustawa Herlinga-Grudzińskiego 1, 30-705 Kraków

tel./faks: (12) 252 45 93; e-mail: ksiegarnia@kte.pl