# PRZEGLĄD USTAWODAWSTWA GOSPODARCZEGO
## BUSINESS LAW JOURNAL

NR 3 MARZEC PL ISSN 0137-5490

MIESIĘCZNIK



**Redaktor naczelny:**
Dr hab. **Bartłomiej Nowak**
Prof. Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie
Sekretarz redakcji: **Mariusz Gorzka**

**Rada naukowa:**
Prof. dr hab. **Jan Błeszyński** (Uniwersytet Warszawski)
Prof. dr nauk prawnych **Oleg Gorodow**
(Państwowy Uniwersytet w Sankt Petersburgu, Rosja)
Prof. **Heibert Hirte** (Uniwersytet w Hamburgu, Niemcy)
Dr hab. **Robert Jastrzębski** Prof. Uniwersytetu Warszawskiego
Dr hab. **Beata Kozłowska-Chyła**
Prof. Uniwersytetu Warszawskiego
Doc. **Oleg P. Lichichan** (Dyrektor Instytutu Prawa Państwowego Uniwersytetu w Irkucku, Rosja)
Prof. dr hab. **Jacek Mazurkiewicz** (Uniwersytet Zielonogórski)
Prof. dr hab. **Peter-Christian Müller-Graff**
(Uniwersytet w Heidelbergu, Niemcy)
Dr hab. **Edyta Rutkowska-Tomaszewska** (Uniwersytet Wrocławski)
Prof. dr hab. **Elżbieta Skowrońska-Bocian**
(Uniwersytet Warszawski)
Prof. dr hab. **Marek Szydło** (Uniwersytet Wrocławski)
Prof. **Ruth Taplin** (University of Leicester, Wielka Brytania)
Dr **Ryszard Tupin** (Uniwersytet Warszawski)



**Adres redakcji:**
00-252 Warszawa, ul. Podwale 17 lok. 2, **tel. 795 155 583**
**E-mail: pug@pwe.com.pl**

**Wydawca:**
Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne SA
**E-mail: pwe@pwe.com.pl**

**WARUNKI PUBLIKACJI: http://www.pug.pl**

**PRENUMERATA na 2019 r.:**

**Garmond Press SA** — Dział Prenumeraty
tel. (22) 837 30 08
http://www.garmondpress.pl/prenumerata
**Kolporter SA** — Departament Dystrybucji Prasy
tel. (22) 355 04 72 do 75
http://www.kolporter.com.pl
**„RUCH" SA**
Zamówienia na prenumeratę w wersji papierowej i na e-wydania można składać bezpośrednio na stronie www.prenumerata ruch.com.pl Ewentualne pytania prosimy kierować na adres e-mail: prenumerata@ruch.com.pl lub kontaktując się z Centrum Obsługi Klienta „RUCH" pod numerami: 22 693 70 00 lub 801 800 803 — czynne w dni robocze w godzinach $7^{00}$–$17^{00}$. Koszt połączenia wg taryfy operatora.
**Poczta Polska SA** — infolinia 801 333 444
http://www.poczta-polska.pl/prenumerata
**GLM Sp. z o.o.** — Dział Dystrybucji Prasy
tel. (22) 649 41 61
e-mail: prenumerata@glm.pl
http://www.glm.pl
**As Press**— **tel.** (22) 750 84 29, (22) 750 84 30
**Sigma-Not** — Zakład Kolportażu
tel. (22) 840 30 86
e-mail: bok - kol@sigma-not.pl

**Terminy prenumeraty:**
- do 30 listopada dla prenumeraty realizowanej od 1 stycznia następnego roku;
- do końca lutego dla prenumeraty realizowanej od II kwartału bieżącego roku;
- do końca maja dla prenumeraty realizowanej od III kwartału bieżącego roku;
- do końca sierpnia dla prenumeraty realizowanej od IV kwartału bieżącego roku.

**Cena prenumeraty na 2019 r.:**
Roczna — 718,80 zł Półroczna — 359,40 zł

**Prenumerata u Wydawcy:**
**Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne SA**
**00-252 Warszawa, ul. Podwale 17, lok. 2**
**handel@pwe.com.pl**
Prenumerata roczna — 25% rabatu.
Prenumerata półroczna — 10% rabatu.

Nakład: 850 egzemplarzy
Cena 1 egz. — 59,90 zł (w tym 5% VAT)

**Skład i łamanie:** Koncept tel. 501 132 246
**Druk:** Sowa Sp. z o.o.


# SPIS NUMERU

## *ARTYKUŁY*


*Julia Berg, Uniwersytet Warszawski*
Wielokulturowość Europy a wyzwania prawa karnego
Multicultural Europe and Criminal Law Challenges 5

*Agnieszka Bogłowska, Uniwersytet Warszawski*
Ustalanie wysokości odszkodowania za utratę lub ubytek przesyłki powstałe w przewozie
Determining the amount of compensation for the loss of shipments or damage in shipment in carriage 11

*Marta Botiuk-Filip, Uniwersytet Warszawski*
Problematyka odpowiedzialności turystycznych biur podróży za poniesione przez klientów szkody majątkowe i niemajątkowe
Problematic aspects of liability of travel agencies for material and non-material damages suffered from customers. 15

*Małgorzata Brulińska, Uniwersytet Warszawski*
Ekonomiczne i prawne aspekty handlu końmi pełnej krwi angielskiej w Polsce w okresie 1998–2018
Economic and legal aspects of trading thoroughbreds in Poland in the period 1998–2018 19

*Małgorzata Brulińska, Uniwersytet Warszawski*
The Turkish confession: How state-owned banks led to the financial crisis in 2001
Turecka spowiedź: jak państwowe banki doprowadziły do kryzysu finansowego w 2001 r. 27

*Szymon Charkiewicz, Uniwersytet Warszawski*
Prawa osób z niepełnosprawnościami
Rights of the disabled people 39

*Karolina Czapska, Uniwersytet Warszawski*
Dyskurs w prawie na przykładzie postępowania mediacyjnego
Discourse in law on the example of mediation proceedings 45

*Maria Anna Dalkowska, Uniwersytet Warszawski*
Geneza oraz kształt prawa hipotecznego na ziemiach polskich w XIX w.
Origins and regulations of Mortgage Law Acts adopted on Polish territory in XIX century 50

*Cezary Dzierzbicki, Uniwersytet Warszawski*
Sądowe zniesienie wspólności majątkowej małżeńskiej dotyczące nieruchomości w badaniach empirycznych
Judicial dissolution of marital joint property concerning real estate in empirical research 55

*Wojciech Engelking, Uniwersytet Warszawski*
Konstytucja relatywna i absolutna w myśli Carla Schmitta
Relative and absolute constitution in Carl Schmitt's thought 65



**„Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego"**
**jest czasopismem naukowym punktowanym przez**
**Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego (8 punktów)**

*Piotr Gieroń, Uniwersytet Warszawski*
Jurydyczne skutki pominięcia klauzul abuzywnych (niedozwolonych, nieuczciwych) w warunkach umów o kredyt indeksowany do waluty obcej (CHF)
Legal effects of omission of abusive (prohibited, dishonest) clauses in a foreign currency-indexed (CHF) credit agreements. 72

*Marcin Gruszka, Uniwersytet Warszawski*
Uiszczenie ceny wykupu akcji przez akcjonariuszy większościowych w procedurze przymusowego wykupu akcji niepublicznej spółki akcyjnej
Payment of the buyout price for shares by the majority shareholders in a squeeze-out of shares in a non-listed joint stock company. 78

*Władysław Hydzik, Uniwersytet Warszawski*
Cyberbezpieczeństwo i ochrona danych osobowych w świetle regulacji europejskich i krajowych
Cybersecurity and personal data protection in the light of European and domestic regulations 84

*Anna Jóźwiak, Uniwersytet Warszawski*
Rozwiązanie umowy o dożywocie — uwagi na tle art. 913 § 2 Kodeksu cywilnego
Dissolution of the life annuity contract — remarks on the background of the Article 913 § 2 Polish Civil Code 88

*Emila Jasińska, Uniwersytet Warszawski*
Utwór lutniczy w przedmiocie praw autorskich
Violin and Copyright 93

*Agata M. Kaczyńska-Kral, Uniwersytet Warszawski*
Ochrona danych w marketingu internetowym — mechanizmy przetwarzania danych w Internecie
Data protection in internet marketing — mechanisms of data processing on the Internet 101

*Patryk Kalinowski, Uniwersytet Warszawski*
Przegląd wybranych europejskich modeli kodeksu rolnego w kontekście ich potencjalnego zastosowania dla kodyfikacji polskiego prawa rolnego
The review of selected models of agricultural code in Europe in the context of their potential application to the codification of Polish agricultural law 106

*Michał Dominik Karwasiński, Uniwersytet Warszawski*
Bieżące zmiany uwarunkowań regulacyjnych na polskim rynku kapitałowym w kontekście obserwowanego obniżenia zaufania ze strony inwestorów oraz regulacyjnych mechanizmów ich ochrony
Current changes in regulatory conditions on the Polish capital market in the context of the observed decrease in investor confidence and regulatory mechanisms of investor's protection 113

*Miłosz Kłosowiak, Uniwersytet Warszawski*
Dywidenda niepieniężna w świetle podatku od towarów i usług
Non-monetary dividend in the light of value added tax 122

*Michał Lutek, Uniwersytet Warszawski*
Wybrane aspekty problematyki odpowiedzialności za szkody spowodowane bezzałogowymi statkami a powietrznymi
Selected aspects of the liability for damages caused by unmanned aerial vehicles 129

*Marta Łanoch, Uniwersytet Warszawski*
Problematyka prawna oświadczeń dotyczących probiotyku
Legal issues of probiotic' claims 134

*Aldona Jolanta Łasińska, Uniwersytet Warszawski*
Wzmocnienie pozycji prawnej i rozwój kompetencji Międzyamerykańskiej Komisji Praw Człowieka
Strengthening the legal position and competence development of the Inter-American Commission on Human Rights 139

*Daria A. Łubkowska, Uniwersytet Warszawski*
Status pracowniczy osób niepełnosprawnych
The employment status of people with disabilities 146

*Mateusz Machalski, Uniwersytet Warszawski*
Analiza pojęcia stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej, z uwzględnieniem praktyki organów podatkowych po wyroku TSUE ws. C-605/12 (Welmory) — zarys problemu
The analysis of the definitione of a fixed establishment in the light of practice of the tax authorities following CJEU C-605/12 Welmory case — the overview 154

*Michał Matusiak, Uniwersytet Warszawski*
Suwerenność państwa a przestrzeń kosmiczna
Sovereignty of the state and the outer space 160

*Marta Michalczyk-Jabłońska, Uniwersytet Warszawski*
Legalne udostępnienie fotografii w Internecie
Communication to the public a photography on the Internet from the legal point of view 167

*Magdalena Murawska-Gutowska, Uniwersytet Warszawski*
I ty możesz zostać bestią — przegląd postanowień Sądu Najwyższego wydawanych na tle tzw. ustawy o bestiach
You can also become a beast — the review of the decisions of the Supreme Court issued against the so called beast act 172

*Krzysztof Pisiak, Uniwersytet Warszawski*
Problem wierzytelności nieściągalnych w podatku od towarów i usług
The problem of uncollectible debts in value added tax 179

*Maciej Piotrowski, Uniwersytet Warszawski*
Przynależność państwowa statków morskich w świetle prawa międzynarodowego
Nationality of sea-going vessels in the light of international law 183

*Paweł Piwowar, Uniwersytet Warszawski*
Zmiany w organizacji publicznych uczelni wyższych w Polsce po wejściu w życiu ustawy *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce* z dnia 20 lipca 2018 roku ze szczególnym uwzględnieniem pozycji samorządu studentów
Changes in the organization of public universities in Poland after the entry into force of the *Act on higher education and science* of 20 July 2018, with particular emphasis on the position of students' self-government 192

*Łukasz Raj, Uniwersytet Warszawski*
Przekroczenie granic obrony koniecznej pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu (art. 25 § 3 k.k.), a zabójstwo pod wpływem silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami (art. 148 § 4 k.k.) — wzajemne relacje
The exceeding of limits of necessary self-defence under the influence of fear or agitation justified by the circumstances of the attack (article 25 § 3 of the Penal Code), and murder under the influence of strong agitation justified by circumstances (article 148 § 4 of the Penal Code) — mutual relations 198

*Marta Rajkowska, Uniwersytet Warszawski*
Ochrona wizerunku i nazwiska osoby oskarżonej w polskim prawie prasowym
Image and name preservation of the defendant person in the polish press law 204

*Paweł Rudzki, Uniwersytet Warszawski*
Zawieranie „umów gwarancyjnych" przez towarzystwa funduszy inwestycyjnych z podmiotami zarządzającymi portfelem inwestycyjnym funduszu obejmującym sekurytyzowane wierzytelności jako dodatkowa ochrona uczestnika niestandaryzowanego sekurytyzacyjnego funduszu inwestycyjnego zamkniętego
Conclusion of „guarantee agreements" by investment fund societies with investment portfolio managing entities concerning securitized receivables as an additional protection for participants of non-standardized securitized closed-end funds 211

*Jakub Rumian, Uniwersytet Warszawski*
Zakres podmiotowy prawa do strajku w świetle zmiany ustawy o związkach zawodowych
The subjective scope of the right to strike in the light of the amendment to the Trade Unions Act 216

*Ewelina Rutkowska, Uniwersytet Warszawski*
Compliance w sporcie
Compliance in sport 222

*Artur Sadowski, Uniwersytet Warszawski*
Regulacja finansowania społecznościowego w prawie UE
Regulation of crowdfunding in EU law 227

*Adam Stępień, Uniwersytet Warszawski*
Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa w polskim porządku prawnym — prawnoporównawcza analiza wybranych polskich przepisów prawa oraz tych implementujących Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943
Definition of the trade secret in the Polish legal order — comparative analysis of the selected Polish law provisions and those implementing Directive of the European Parliament and of the Council (EU) 2016/943 232

*Piotr Stępień, Uniwersytet Warszawski*
Spółdzielnie mieszkaniowe w historii prawa polskiego
Housing cooperatives in the history of Polish law 240

*Adrian Szatkiewicz, Uniwersytet Warszawski*
Znaczenie oraz złożoność instytucji przedawnienia zobowiązania podatkowego w polskim prawie podatkowym
Significance and complexity of tax liability limitation period in polish tax law 245

*Michał Tutaj, Uniwersytet Warszawski*
Zakaz pobierania odsetek w tradycji prawnej Kościoła Katolickiego a kwestia dodatniego oprocentowania umowy kredytu w prawie polskim
The Ban on Interests in the Legal Tradition of the Catholic Church and the Issue of Interest Rates of Credit Contract in the Polish Law 252

*Paulina Trzaskowska-Machalska, Uniwersytet Warszawski*
Ochrona sygnalistów przewidziana w projekcie Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony osób zgłaszaja? cych przypadki naruszenia prawa Unii oraz projekcie ustawy o jawności życia publicznego oraz projekcie ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych
Whistleblowers protection provided for the by the proposal of the Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union and the draft of act on transparency of public life as well as draft of act on the liability of collective entities 258

*Katarzyna Trzpis-Szysz, Uniwersytet Warszawski*
Wydział Prawa Uniwersytetu Warszawskiego wobec procesu tworzenia się prawa międzynarodowego. Wkład polskich prawników w naukę o pokoju i bezpieczeństwie
Faculty of Law University of Warsaw in shaping international law. Contribution of polish lawyers in the study of peace and security 265

*Monika Wrzecionkowska, Uniwersytet Warszawski*
Rola uniwersytetu w kształtowaniu świadomości prawnej społeczeństwa
University's role in shaping legal consciousness of the society 271

*Katarzyna Ziółkowska, Uniwersytet Warszawski*
Zasady ogólne Prawa przedsiębiorców i ich wpływ na budowanie relacji partnerskich między przedsiębiorcami a organami administracji publicznej
General principles in the Entrepreneurs' Law and their impact on building partnership relations between entrepreneurs and public administration authorities 276

***Szanowni Czytelnicy i Autorzy***

Archiwalne artykuły z 2018 r. dostępne na stronie internetowej naszego pisma.
Co miesiąc wraz z nowym numerem PUG-u kolejny numer archiwalny:
http://www.pug.pl/archiwum

***W najbliższych numerach:***

- Zmiany w zakresie ochrony obligatariuszy oraz obowiązku emitentów obligacji
- Uprawiania łowiectwa w prawie polskim i Unii Europejskiej

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.1

# Wielokulturowość Europy a wyzwania prawa karnego

## Multicultural Europe and Criminal Law Challenges

***mgr Julia Berg***

E-mail: j.berg@wpia.uw.edu.pl

**Streszczenie**

W ciągu ostatnich dziesięcioleci obserwujemy znaczne zmiany zachodzące na świecie, które doprowadziły do nasilenia zjawiska migracji spowodowanej sytuacjami natury ekonomicznej, politycznej czy religijnej. Naturalną konsekwencją zwiększenia się ruchów migracyjnych stała się różnorodność kulturowa i etniczna Europy. Odejście od pojmowania państw w kontekście monologicznej kulturowości spowodowało konieczność wypracowania określonych systemów dostosowywania się państw do napływających mniejszości. Jednym z przejawów owych form integracji i przyjmowania polityki multikulturalizmu jest potrzeba weryfikacji istniejących dotychczas rozwiązań prawnych w krajach europejskich oraz dostosowanie ich do określonych praktyk kulturowych i religijnych. Przykładem tych praktyk, które w naszej kulturze prawnej stanowią czyny niedozwolone może być chociażby handel ludźmi, czy występujące coraz częściej przejawy tzw. przestępstw związanych z „honorem" — tzw. zbrodni honorowych, okaleczania narządów płciowych, czy wymuszanych małżeństw.

W powyższym artykule Autorka przybliżyłaby problematykę dotyczącą potrzeby rozważenia, czy i w jakim stopniu konieczne jest dostosowanie istniejącego w państwach europejskich prawa karnego do wartości wyznawanych i przestrzeganych wyłącznie przez osoby przybywające do Europy z innych krajów, wywodzące się z innych kultur. Istotne byłyby tu rozważania, w jaki sposób państwa przyjmujące dostosowują się do określonych praktyk i tradycji oraz omówienie coraz powszechniej stawianej tezy o konieczności stworzenia tzw. interkulturowego prawa karnego, a także systemu wartości o charakterze uniwersalnym, nietraktowanym w sposób relatywistyczny.

**Słowa kluczowe:** obrona przez kulturę, zbrodnie honorowe, handel ludźmi, prawa mniejszości.

**Summary**

Changes seen around the world in recent decades have prompted greater waves of migrants seeking better economic fortune or escaping political and religious persecution. One natural consequence of this increased migration is cultural and ethnic diversity in Europe. With the demise of countries being defined in terms of monoculture came the need to develop systems helping countries adapt to the influx of minorities across their borders. As policies of integration and multiculturalism spread throughout European countries, the need to reviews existing legal practices and adapt them to a variety of previously absent cultural and religious practices became more urgently felt. Examples of practices which are unlawful in our culture but which nevertheless need to be addressed include human trafficking, the ever more frequent instances of what are known as honor crimes, as well as genital mutilation and forced marriages.

In her contribution, the Author considers whether the criminal law systems in place in European countries today needs to be adapted to values held and observed exclusively by immigrants to Europe representing non-European cultures, and the scope of the required changes. An important issue to discuss is how countries accepting immigrants go about adapting to specific practices and traditions, while another key matter are the ever louder calls for development of an inter-cultural criminal law and a universal system of values immune to relativistic interpretation.

**Key words:** defense by culture, honor crime, human trafficking, minority rights.

## 1. Wstęp

W ciągu ostatnich dziesięcioleci obserwujemy znaczne zmiany zachodzące na świecie zarówno pod względem politycznym, etnicznym, jak i kulturowym. Przemiany ustrojowe, które dokonały się w XX i XXI w., stworzenie międzynarodowych struktur, w tym przede wszystkim Unii Europejskiej, powstanie strefy Schengen, wojny domowe i upadek dyktatur w krajach afrykańskich i arabskich doprowadziły do nasilenia zjawiska migracji spowodowanej sytuacjami natury ekonomicznej, politycznej czy religijnej. Naturalną konsekwencją zwiększenia się ruchów migracyjnych stała się różnorodność kulturowa i etniczna Europy.

Problematyka ścierania się ze sobą coraz większej liczby mniejszości utożsamiających się z zupełnie odmienną kulturą, językiem, czy religią stała się wyjątkowo ważną kwestią w obecnym stuleciu, nie tylko ze względu na wydarzenia ostatnich kilkunastu lat (w tym przede wszystkim protesty społeczne i konflikty zbrojne na terenie państw arabskich), ale także w kontekście całokształtu przemian dokonywanych na obszarze Europy. Stworzenie struktur europejskich oraz ponadnarodowych organizacji i instytucji uprawnionych do sądzenia przedstawicieli wszelkich kultur, prowadzi obecnie do wielu coraz cięższych z perspektywy prawnej pytań o istotę karania, a także uniwersalizm pewnych praw, które nie powinny podlegać relatywizacji.

Zjawiska społeczne i ekonomiczne, które nierozłącznie związane są z pojęciami migracji oraz globalizacji współczesnego świata powodują, iż obecnie nie mamy już do czynienia z zamkniętymi, wyalienowanymi i jednorodnymi wewnętrznie społeczeństwami. Na jedną z konsekwencji dokonujących się przemian wskazuje L. Morawski, który podkreśla, iż (…) *cechą społeczeństw postindustrialnych jest ich kulturowe i etniczne zróżnicowanie. Można więc powiedzieć, że procesom funkcjonalnej dyferencjacji towarzyszą w społeczeństwach postindustrialnych procesy społecznej, kulturowej i etnicznej dyferencjacji*. (…) musi być oczywiste więc, że prawo przystosowane do potrzeb państwa narodowego przestaje sobie radzić z rzeczywistością zróżnicowanych etnicznie i kulturowo społeczeństw. Spory etniczne, waśnie religijne, z którymi spotykamy się także w państwach demokratycznych i liberalnych, to jeden z wyrazów bezradności pozytywistycznie zorientowanego prawa na problemy współczesnego świata (Morawski, 2000, s. 29). Wielu Autorów (Romaniszyn, 2003, s. 11; Grzyb, 2016, s. 22) jednoznacznie wskazuje, iż proces migracji oraz wszelkie pokrewne temu zjawiska prowadzą w rezultacie do tzw. dyfuzji kulturowej (Grzyb, 2016, s. 22), czyli wzajemnego przenikania się różnorodnych kultur i tradycji.

Odejście od pojmowania państw w kontekście monologicznej kulturowości stało się niezwykle istotną kwestią także z perspektywy prawnej oraz dotychczas znanych nam struktur. Jak wskazuje Z. Pucek w przedmowie do dzieła jednego z najwybitniejszych przedstawicieli współczesnej antropologii kulturowej Ajruna Appadurai pt.: „Nowoczesność bez granic. Kulturowe wymiary globalizacji" — (…) *w toku tych przemian znikają bowiem jedna po drugiej kultury zwarte, zamknięte w sobie i w gmachu własnych wartości, niemal nieświadome istnienia systemów odmiennych, należących do innych kultur. Dziś cywilizacje przemieszczają się i mieszają, dalekie ludy i plemiona spotykają się i przenikają, a ich poglądy żyją obok siebie tworząc swoisty kolaż wartości, znaczeń, tradycji, obyczajów i instytucji* (Pucek, 2005, s. 11). Autor ten wskazuje, iż konsekwencją tych zmian mogą być często także negatywne reakcje, strach przed odmiennością, a nawet przemoc.

## 2. Wielokulturowość Europy a wyzwania prawne

Punktem wyjścia w kontekście rozważanej problematyki różnorodności kulturowej obecnego świata, w tym i Europy stało się pojęcie wielokulturowości rozumianej jako zróżnicowanie społeczeństw powstałe przede wszystkim w wyniku procesów globalizacji oraz coraz powszechniejszej migracji. Nierozłącznie z rozważaniami na temat multikulturalizmu łączy się pojęcie tzw. tożsamości kulturowej, która jest istotna przede wszystkim w kontekście „osadzenia" jednostki we wspólnocie i postrzegania jej w charakterze kolektywnym. A. Kunce wskazuje, iż jest to szczególnie ważne, aby stworzyć relację jednostka-wspólnota w odniesieniu do wytycznych, które odnoszą się do wspólnotowych relacji, takich jak (…) *więź krwi, powinowactwo rasowe, język, przynależność do określonego terytorium, religia, obyczaje* (Kunce, 2004, s. 80).

Warto wskazać, iż polityka wielokulturowości i uznania od lat pozostaje tematem rozważań filozofów prawa. Jej początków należy doszukiwać się w myślach m.in. J. Rawlsa, R. Dworkina, H. L.A. Harta, choć najwięcej miejsca pojęciu wielokulturowości oraz relatywizmu kulturowego w swoich pracach poświęcili Ch. Taylor oraz W. Kymlicka. Charles Taylor uznawany za twórcę tzw. polityki uznania uważał, iż tylko w drodze aktu uznania innych kultur (…) *pozwoli się zminimalizować poczucie niższości kultury poddanej presji asymilacji, a w rezultacie uwolnić ludzi od poczucia bycia obywatelami drugiej kategorii* (Wojciechowski, 2009, s. 38). Autor ten uważał, iż wszelkie kultury mają prawo się samookreślać, a podmiotom, których kultura bądź tradycja nie wpisuje się w wartości społeczeństwa dominującego, powinno pozostawić się swobodę i uznać ich prawo do własnej tożsamości. Podobne tezy stawia Will Kymlicka, który uważa, iż (…) *czyjeś wychowanie nie jest czymś, co może być wymazane, jest ono i pozostanie konstytutywną częścią tego, kim dana osoba jest. Członkostwo w kulturze oddziałuje na samo nasze poczucie tożsamości osobowej i godności* (Kymlicka, 1991, s. 175, za: Grzyb, 2016, s. 33). Według Kymlicki poszanowanie odmienności innych mniejszości jest wyrazem pewnego rodzaju zadośćuczynienia za krzywdy, które wyrządzały im kultury dominujące.

Niezależnie od przyjętych koncepcji poszanowania odmienności, współczesne społeczeństwa stanęły przed koniecznością wypracowania określonych systemów dostosowywania się państw do napływających mniejszości. Nie budzi w zasadzie więc żadnych zastrzeżeń, iż w związku z licznymi przeobrażeniami oraz rozpadem heterogeniczności społeczeństw musimy zacząć patrzeć na współczesny świat z pespektywy pluralizmu kultur i tradycji oraz wielości tożsamości. W tym kontekście niezwykle aktualne jest stwierdzenie Johna Graya wyrażone w dziele pt.: „Dwie twarze liberalizmu", iż *kontakt z różnorodnymi sposobami życia, zapewniony dzięki masowej imigracji i nowym technologiom komunikacyjnym, uczynił zdolność do przyjmowania dysonansowych wartości i poglądów na świat zasadniczą częścią życia wielu ludzi. Świat, w którym człowiek definiowany jest*

*przez przynależność do jednej społeczności, jest nie tylko odległy od tego, w którym teraz żyjemy. Tak naprawdę jest dla nas niewyobrażalny* (Gray, 2001, s. 191). Oderwanie się ów kultur od terytoriów, z którymi były związane dotychczas zrodziło nowe problemy, konieczność nowego spojrzenia między innymi na prawo, istniejące w państwach Zachodu systemy prawne, które coraz bardziej są zobowiązane uwzględniać idee wielokulturowości, wpływ diaspory wielu narodów zwłaszcza w odniesieniu do podnoszonych w ostatnich latach tez o kryzysie praw człowieka i współczesnej demokracji (Wojciechowski, 2009, s. 24). W wyniku porzucania przez wiele społeczności swoich dotychczasowych przestrzeni społecznych, rozumianych zgodnie z definicją K. Dobrowolskiego jako *terytorium etnograficzne, ukształtowane w toku długiego rozwoju, wykazujące pewną ilość wspólnych elementów kultury materialnej i niematerialnej, którego ludność posiada określone uczucie łączności i odrębności* (…); (Dobrowolski, 1967) i przemieszczania się na obce kulturowo tereny, doszło do konieczności określenia, w jaki sposób utrzymać spójność tj. wypracować pewnego rodzaju rozwiązania integrujące wszystkie grupy kulturowe, z drugiej zaś określić, w jakim zakresie są dopuszczalne odrębności i różnice i jak daleko można je akceptować. Jak podkreśla W. Burszta odnosi się to do różnorodności wszelkich sfer życia w momencie, gdy „zderzające" się wspólnoty oraz ich członkowie nie podzielają wspólnych zasad i mają potrzebę utrzymywania i kultywowania ich we własnym zakresie (Burszta, 2004, s. 16–17).

Pluralizm kulturowy, z którym obecnie mamy do czynienia na terenie Europy stanowi duże wyzwanie dla społeczności międzynarodowej. Demokracja liberalna musi poradzić sobie z coraz większą różnorodnością kulturową oraz „zderzeniem" kultur, które następuje wówczas, gdy w miarę jednorodnym społeczeństwie pojawiają się obce, nieznane dotąd wartości, wyznania i tradycje. Wpływ wyznawanych przez daną grupę wierzeń i tradycji nie pozostaje bowiem bez odniesienia na jej normy prawne, a co za tym idzie (…) *zdarza się, że norma jednej grupy, regulująca pewną sferę życia, jest sprzeczna z relewantną normą drugiej grupy* (Grzyb, 2016, s. 13).

Z jednej strony zobowiązani jesteśmy, zgodnie z ideami i postulatami multikulturalistów, do uznawania i poszanowania kultur napływających mniejszości. Państwa, a co za tym idzie, także obowiązujące w nich systemy prawne powinny respektować i uznawać różnice kulturowe, które występują w ramach demokratycznych i liberalnych społeczeństw. Poszanowanie własnych praw i idei w tym aspekcie gwarantują między innymi akty prawa międzynarodowego. Jednym z najważniejszych dokumentów traktujących o tolerancji i równości wszystkich wobec prawa, niezależnie od wyznawanych wartości jest Deklaracja Praw Człowieka z 1948 r. Konkretne rozwiązania dotyczące poszanowania praw mniejszości przyniosły w głównej mierze postanowienia takich aktów, jak chociażby art. 27 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych[1], który stanowi, iż w *Państwach, w których istnieją mniejszości etniczne, religijne lub językowe, osoby należące do tych mniejszości nie mogą być pozbawione prawa do własnego życia kulturalnego, wyznawania i praktykowania własnej religii oraz posługiwania się własnym językiem wraz z innymi członkami danej grupy. Podobny charakter przypisuje się art. 9 Europejskiej konwencji praw człowieka, zgodnie z którym każdy ma prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania; prawo to obejmuje wolność zmiany wyznania lub przekonań oraz wolność uzewnętrzniania indywidualnie bądź wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie, swego wyznania lub przekonań przez uprawianie kultu, nauczanie, praktykowanie i czynności rytualne*[2]. Omawiane prawa mniejszości przyznają także takie dokumenty, jak Europejska Karta Języków Regionalnych i Mniejszościowych Rady Europy przyjęta w celu ochrony i poszanowania języków mniejszości, czy Europejska Konwencja Ramowa o Ochronie Mniejszości Narodowych, która wśród podstawowych założeń zawiera konieczność poszanowania swobody wypowiedzi, myśli, religii oraz języków i kultur mniejszościowych. Warto wskazać, iż idea tolerancji jest jednym z podstawowych filarów, na których buduje się współczesne, demokratyczne społeczeństwa i niewątpliwie dopełnia hasła stanowiące o godności człowieka jako podstawie wszelkich praw, równości, czy sprawiedliwości wobec prawa. Z drugiej zaś strony współczesne państwa muszą postawić przed sobą pytanie — czy i w jakim stopniu możemy narzucić mniejszościom wewnętrzne reguły prawne obowiązujące w danej wspólnocie, a także, na ile możemy i powinniśmy respektować kultywowanie określonych praktyk kulturowych i wyłączać je spod prawa. Jak słusznie wskazuje się bowiem w literaturze, idea tolerancji i poszanowania innych praw nie ma do końca charakteru absolutnego, totalnego i (…) *w praktyce życia społecznego musi być, i to w interesie wszystkich współistniejących ze sobą grup, poddana pewnym rygorom ograniczającym jej zasięg* (Posern-Zieliński, 2004, s. 29).

Problem określenia wzajemnych zależności pomiędzy różnymi kulturowo społecznościami staje się szczególnie zauważalny w Europie w związku ze znacznym napływem imigrantów, który miał miejsce na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat. J.M. Turek wskazuje, iż szczególnie zauważalną tendencją w kontekście coraz bardziej nasilającego się zjawiska migracji jest opuszczanie przez tamtejszą ludność swoich ojczyzn i osiedlanie się w ośrodkach przemieszczania bądź ośrodkach dla uchodźców w krajach przyjmujących (Turek, 2013, s. 83). Częste odosobnienie i alienacja napływających mniejszości prowadzi do tworzenia przez nich odseparowanych enklaw, które nie czują przywiązania, ani chęci asymilowania się z ludnością europejską. Ponadto, jak wskazuje M. Grzyb wzrost różnorodności etnicznej w krajach zachodnich spowodował fakt, iż mniejszości kulturowe zaczęły coraz bardziej domagać się uznawania swoich praw i odmienności, zarówno w sferze publicznej, jak i prywatnej (Grzyb, 2016, s. 24). Taka sytuacja powoduje, iż z jednej strony mając konieczność uwzględniania odrębności przybyłych grup, demokratyczne państwa liberalne zaczęły zauważać pewne odrębności nie do pogodzenia z obowiązującymi w nich systemami prawnymi. Warto wskazać, iż sama teza o uniwersalizmie praw człowieka, powszechna w kulturze europejskiej, wywołuje

duże kontrowersje. Jak wskazuje B. Wojciechowski debata i kontrowersje dotyczące uniwersalizmu praw człowieka toczą się nie tylko wśród przedstawicieli niezachodnich kultur (…) *ale również wewnątrz samej pozornie homogenicznej formacji światopoglądowej Zachodu* (Wojciechowski, 2009, s. 89). Wskazuje się więc, iż wyznawane i stanowione przez Europejczyków prawa i zasady prezentują zachodnie wartości, które nie zawsze są przyjmowane, a wręcz często kwestionowane przez inne społeczności (Wojciechowski, 2009, s. 90). Nieutożsamianie się z wartościami i prawami tworzonymi przez pewne kręgi kulturowe, do których przybywają mniejszości i jednoczesna próba kultywowania własnych, nieznanych, bądź niemożliwych do pogodzenia przez państwa ich nowego pobytu powoduje wzrost przemocy kulturowej (Appadurai, 2009, s. 18). Coraz bardziej nasilające się konflikty kulturowe prowadzą do napięć, które automatycznie eliminują możliwość współdziałania i współżycia odmiennych religii, kultur itd. Polityka poszanowania dla odmienności i różnorodności napotyka w głównej mierze na problem, jak z jednej strony godzić ideę integracji mniejszości z jednoczesnym utrzymaniem własnej odrębności i tożsamości, która nie może naruszać podstawowych wartości dla państw przyjmujących i pozostawać z nimi w konflikcie.

Dylemat ten staje się zauważalny zwłaszcza na gruncie prawa karnego. Prawo karne stanowi szczególną gałąź prawa, której naczelnym zadaniem jest funkcja ochronna wyrażająca się w ochronie stosunków społecznych i podmiotów tych stosunków przed zamachami na nie. W związku ze swoją naczelną funkcją, prawo karne nie powinno pozostawać obojętne na nowe zjawiska społeczne oraz konflikty kulturowe, które powstają na ich tle. Stąd też coraz częściej stawiane są tezy zakładające konieczność istnienia tzw. interkulturowego prawa karnego, czyli nadania jego normom charakteru uniwersalnego oraz znaczenia akceptowalnego dla wyznawców wszelkich kultur i religii (Wojciechowski, 2009, s. 11; Zajadło, 2007, s. 100). Od lat różnego rodzaju spory i dyskusje w społeczeństwie budzą pewne praktyki kulturowe mające wpływ na różne aspekty życia, stojące na pograniczu prawa i obyczajowości, takie jak chociażby noszenie przez muzułmańskie kobiety hidżabów w szkołach i instytucjach publicznych, odmowa noszenia przez Sikhów kasków ochronnych na budowie bądź podczas jazdy motocyklem, czy niepodleganie obowiązkowi służby wojskowej przez członków niektórych protestanckich odłamów posiadających pacyfistyczne poglądy (Walzer, 2013). Z czasem jednak o wiele poważniejsze dla funkcjonowania społeczeństw zachodnich stały się przejawy praktyk, które w niekwestionowany sposób polegają na naruszaniu podstawowych praw człowieka. Do tej grupy zaliczyć można m.in. przestępstwo handlu ludźmi, a także przestępstwa i praktyki związane z „honorem", jak chociażby zbrodnie „honorowe", wymuszane małżeństwa, czy okaleczanie narządów płciowych. Niewątpliwie do pewnego rodzaju „załamania" koncepcji polityki wielokulturowości przyczyniły się także nurty ekstremistyczne, zwłaszcza pod postacią fundamentalizmu islamskiego, które zaczęły burzyć ideę współżycia pomiędzy imigrantami a państwami przyjmującymi. W tym kontekście coraz częstsze stały się także pytania o zasadność działania sądów ponadpaństwowych, międzynarodowych trybunałów powoływanych w celu sądzenia sprawców ataków terrorystycznych, zbrodni przeciw ludzkości niezależnie od kultury, wyznania, czy narodowości. Wydarzenia ostatnich dziesięcioleci, na które wskazuje m.in. J.A. Majcherek (…) *ekscesy islamskiego fundamentalizmu, załamanie latynoamerykańskich programów „trzeciej drogi" rozwoju, totalny i przerażający upadek cywilizacyjny Afryki czy wreszcie rozpad sowieckiego imperium i ujawnienie całości destrukcyjnych skutków jego kilkudziesięcioletniego funkcjonowania* (Majcherek, 1995, s. 7) doprowadziły do pewnego kryzysu polityki multikulturalizmu i rozpoczęły nową debatę dotyczącą słuszności przedstawianych poglądów o równości wszystkich kultur, a także kwestii stosunku prawa (w tym głównie prawa karnego) i skutków zmian społecznych orazideologicznych zachodzących w społeczeństwach.

## 3. Pojęcie „obrony przez kulturę"

Przykładem rozbieżności pomiędzy systemem prawa karnego a wielokulturowością jest także instytucja tzw. obrony przez kulturę. *Cultural defence* to strategia obrony polegająca na wytaczaniu argumentu kulturowego w celu złagodzenia bądź wyłączenia odpowiedzialności karnej sprawcy. Opiera się na założeniu, iż jednostka zasymilowana w innej grupie kulturowej, zdominowana przez swoje pochodzenie i wyznawane w tej grupie wartości nie powinna ponosić odpowiedzialności karnej, gdyż działała ona zgodnie z nakazami swojej kultury. Najczęściej obrona przez kulturę bazuje na przekonaniu, iż jeśli czyn zabroniony w państwie, w którym sprawca przebywa został popełniony zgodnie z normami kulturowymi, które jednostka wyznaje, i których przestrzega, nie powinna ponosić odpowiedzialności karnej, bądź też powinna ponosić ją w mniejszym stopniu. M. Grzyb wskazuje, iż najczęściej na strategię *cultural defence* powołują się sprawcy w postępowaniach toczących się przed północnoamerykańskimi sądami (Grzyb, 2016, s. 280). Choć obrona przez kulturę nie istnieje jako samodzielna, skodyfikowana instytucja, coraz częstsze są sytuacje powoływania się na kulturę jako przesłankę wpływającą na złagodzenie odpowiedzialności karnej i traktowania jej jako pełnoprawnego argumentu. Kwestia pochodzenia kulturowego jednostki budzi poważne wątpliwości, nie tylko w odniesieniu do kontekstów powoływania się na nią, ale także co do zasięgu podmiotowego obrony przez kulturę i odpowiedzi na pytanie — komu rzeczywiście prawo takie mogłoby przysługiwać i jak instytucję tę klasyfikować. Problem ten poruszył m.in. J. Zajadło, który zauważył, iż na gruncie sporów pomiędzy zwolennikami, a przeciwnikami powyższej strategii, narodził się nawet nowy twór w postaci wyodrębniania tzw. przestępstw kulturowych (*cultural offences*), czy zbrodni motywowanych kulturowo (*culturally motivated crimes*); (Zajadło, 2007, s. 99).

W wielu przypadkach strategia polegająca na użyciu argumentu obrony przez kulturę pojawia się bowiem przy

tzw. zbrodniach honorowych, u podstaw których leży pojmowane w sposób szczególny, niecharakterystyczny dla państw zachodnich pojęcie „honoru", i które powszechnie uznaje się za przykład „zbrodni motywowanych kulturowo". Do grupy tej należy zaliczyć przestępstwa, które usprawiedliwiane zostają przez sprawców (a także ich kulturowe otoczenie) koniecznością obrony honoru rodziny poprzez morderstwo jej członka, który honor ten narusza, „plami". To właśnie wyjątkowe przywiązanie do honoru postrzeganego w sposób kolektywny, jako przynależący w zasadzie nie tylko całej rodzinie, ale nawet najbliższej społeczności jawi się jako konieczność postępowania w imię wyższych celów — w imię jego ratowania i walki o jego przywrócenie. Redukcja odpowiedzialności karnej sprawców dokonujących zbrodni „honorowych", bądź też kultywujących inne praktyki, zgodne z ich macierzystą kulturą, a w europejskim kręgu kulturowym stanowiących przestępstwa odbywa się najczęściej w ramach powoływania się na podłoże kulturowe sprawców.

Warto zauważyć w tym miejscu, iż problematyka dotycząca obrony przez kulturę jest o wiele bardziej złożona. J. Zajadło zauważa, iż *cultural defence* i sposoby jej użycia mogą budzić rozmaite problemy natury dogmatyczno-prawnej (Zajadło, 2007, s. 100). Przesłanka kulturowa pojawia się bowiem jako argument w ramach istniejących instytucji m.in. jako koncepcja uznająca kulturę sprawcy za okoliczność łagodzącą lub wyłączającą odpowiedzialność karną, jako jeden z przejawów błędu co do prawa, błędu co do faktu, czy nawet uzasadniająca ograniczoną poczytalność. Silną tendencją zauważalną w kontekście powyższej problematyki jest również praktyka prawna krajów arabskich, stopniowo przenoszona na tereny Europy i Stanów utożsamiania morderstw honorowych z zabójstwami popełnionymi w stanie mocnego wzburzenia emocjonalnego usprawiedliwionego okolicznościami, czyli tzw. zabójstwa w afekcie, znanego także polskiemu porządkowi prawnemu jako uprzywilejowany typ zabójstwa stypizowany w art. 148 par. 4 KK[3]. Zabójstwa honorowe są bowiem w wielu krajach arabskich kwalifikowane jako tzw. *crimes of passion*, czyli zabójstwa z pasji/namiętności i utożsamiane z „zachodnimi" zabójstwami w afekcie. Coraz częściej strategia obrony w postaci usprawiedliwiania zabójstw honorowych i kwalifikowania ich jako zabójstw popełnionych w nagłym przypływie gniewu staje się także sposobem na uniknięcie odpowiedzialności karnej również w europejskiej części świata.

Koncepcja „obrony przez kulturę" i jej zachodni odpowiednik w postaci „przestępstw kulturowych" stanowią więc duży problem wśród społeczeństw przyjmujących. Z jednej strony mamy bowiem do czynienia z normami prawa karnego o charakterze generalnym wyrażającymi dezaprobatę dla zachowań godzących w fundamentalne wartości ludzkie, takie jak życie, godność, wolność, zdrowie. Prawo karne jest zespołem norm powinnościowych i wymaga przestrzegania ich w sposób bezwzględny, jego zadaniem jest ochrona najważniejszych dóbr prawnych i wartości zasługujących na największą aprobatę. I tu pojawia się pytanie — jak „reagować" i dostosowywać (i czy w ogóle) powinno się prawo karne w momencie, gdy dochodzi do kolizji systemów wartości związanych z występującą w społeczeństwie różnorodnością i wielokulturowością. Na gruncie prawa karnego sprowadza się to więc przede wszystkim do pytań: w jaki sposób prawo karne powinno reagować na konflikty kulturowe, czy karanie członków mniejszości kulturowej według praw należących do kultury większościowej jest słuszne, co staje się szczególnie aktualne nie tylko w takich przypadkach jak zbrodnie „honorowe", ale także w kontekście uprawnień cywilizacji zachodnich do sądzenia chociażby aktów terrorystycznych dokonywanych np. przez członków innych kultur, powoływania międzynarodowych sądów, trybunałów odpowiedzialnych za sądzenie zbrodni przeciw ludzkości, które są przejawem multicentryczności systemu prawa. Ostatecznie więc sprowadza się to do pytania, czy istnieje zasadność wyodrębniania i mówienia o interkulturowym prawie karnym — obowiązującym powszechnie bez względu na wszelakie różnice przy jednoczesnym poszanowaniu odmienności i różnic wewnątrzkulturowych.

W kontekście powyżej wskazanych relacji, jakie pozostają pomiędzy obecnie obowiązującymi systemami prawnymi na terenie Europy i będącymi ich podłożem uniwersalnymi prawami człowieka a konfrontacją z mniejszościami etnicznymi, kulturowymi i próbą ich integracji, pojawia się pytanie o istotę prawa karnego i nierozłącznie związanej z nim kary kryminalnej, jako odpowiedzi na zachowanie naruszające wyznawane społecznie reguły. W literaturze od lat wiele uwagi poświęca się tematyce racjonalizacji kary i konieczności opracowania konkretnego kryterium, które uzasadniałoby i tłumaczyło stosowanie jej niezależnie od różnic w narodowości, wyznaniu, czy przestrzeganych tradycji. Warto w tym miejscu wskazać, jak zasadnicze ma to znaczenie w kontekście jurysdykcji międzynarodowych trybunałów, organizacji powołanych do sądzenia i wymierzenia kary w celu ochrony porządku publicznego przed zachowaniami godzącymi w ład społeczny w największym stopniu. Jak słusznie wskazuje M. Królikowski *sankcja karna, której potrzeba wymierzenia wiąże się z utrzymaniem przekonań i zasad kierujących życiem jednostki i społeczeństwa oraz utrzymaniem wiary w panowanie moralności i prawa, wynika nie tylko z apriorycznego modelu odpowiedzialności karnej, co z wszystkich procesów (niekoniecznie sformalizowanych), poglądów i mechanizmów, które funkcjonują jako odpowiedzialność* (Królikowski, 2005, s. 1). Oznacza to, iż celem kary kryminalnej jest nie tylko konieczność utrzymania równowagi pomiędzy sprawiedliwością retrybutywną i wyrównawczą, ale jednocześnie potrzeba wymierzenia konkretnej dolegliwości osobie, która dokonała własnego wyboru, zachowania moralnie niewłaściwego ze względu na wspólne dla wszystkich wartości. Autor ten wskazuje, iż dobieranie rodzaju i surowości kary i wymierzenia jej w sposób proporcjonalny do popełnionego czynu jest w pewnym sensie (…) *zależne od założeń moralnych, jak również kultury prawnej i etycznej danego społeczeństwa* (Królikowski, 2005, s. 135).

## 4. Podsumowanie

W wyniku problemów pojawiających się w kontekście relatywizmu kulturowego i konieczności uznawania różnorodnych wzorców kulturowych jako równoprawnych i „równocennych" (Lenartowicz-Podbielska, 2006, s. 33), prawo nie może pozostać dziedziną neutralną wobec tego rodzaju zjawisk. Przyjmowanie przedstawicieli wszelakich mniejszości rodzi podstawowe pytania natury moralnej i bazującej na dylemacie przyjmowania ludności obcej z tzw. „całym dobrodziejstwem inwentarza kulturowego" (Vorbrich, 2004, s. 156), czy stanowczego odrzucania praktyk nieznanych i nieakceptowanych w kulturze państw przyjmujących. Rozważania te nie pozostawiają w tyle obowiązujących systemów prawnych Europy, a także ideologii państw przyjmujących, które muszą określić i ustalić, w jaki sposób pogodzić hasła integracji różnych kultur i religii, a także możliwie jak najbardziej zredukować występowanie wszelkiego rodzaju napięć etnicznych i kulturowych prowadzących do często bardzo ciężkich z perspektywy prawnej skutków. Szczególne rozważania odnosić powinny się do wspomnianej obrony przez kulturę i jednoznacznego określenia, czy rzeczywiście i jak daleko jesteśmy w stanie akceptować powoływanie się na argumenty kulturowe jako okoliczności łagodzące odpowiedzialność karną. Konieczne jest więc rozważenie dwóch przeciwstawnych poglądów — z jednej strony haseł nawołujących do udzielenia jednostkom jak największej swobody odnośnie wyznawanych poglądów i praktyk kulturowych, z drugiej zaś wskazujących, jak negatywne mogą być rezultaty usprawiedliwiania żądań mniejszości do respektowania ich praktyk i zwyczajów, nawet w sytuacjach, gdy w ich wyniku dochodzi do jawnej dyskryminacji pewnych grup społecznych (wskazać tu należy przede wszystkim gorszą sytuację kobiet i dzieci, które najczęściej stają się ofiarami tzw. przestępstw kulturowych) i możliwości ponoszenia ofiar w imieniu tradycji, czy kultury (Kania, 2016, s. 160).

---

[1] Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. 1993 nr 61, poz. 28).
[2] Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz. U. 1977 nr 38, poz. 168).
[3] Kodeks karny (Dz. U. 1997 nr 88, poz 553).

## Bibliografia


Appadurai, A. (2009). *Strach przed mniejszościami. Esej o geografii gniewu*. Warszawa: PWN.

Burszta, W. J. (2004). Tolerancja w dyskursie antropologicznym. W: A. Posern-Zieliński (red.), *Tolerancja i jej granice w relacjach międzykulturowych* (16–17). Poznań: Wydawnictwo Poznańskie.

Dobrowolski, K. (1967). *Studia z pogranicza historii i socjologii*. Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich.

Gray, J. (2001). *Dwie twarze liberalizmu*. Warszawa: Aletheia.

Grzyb, M. (2016). *Przestępstwa motywowane kulturowo. Aspekty kryminologiczne i prawnokarne*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Kania, M. (2016). Spory wokół obrony przez kulturę w kontekście debat na temat wielokulturowości. *Polityka i Społeczeństwo*, *2*(14), 160.

Królikowski, M. (2005). *Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych. Zasada proporcjonalności*. Warszawa: C.H. Beck.

Kunce, A. (2004). Zlokalizować tożsamość. W: W. Kalaga (red.), *Dylematy wielokulturowości* (80). Kraków: Universitas.

Kymlicka, W. (1991). *Liberalism, Community and Culture*. Oxford: Claredon Press.

Lenartowicz-Podbielska, A. (2006). *Między nadmiarem a niedomiarem relatywizmu*. Toruń: Adam Marszałek.

Majcherek, J. A. (1995). *Relatywizm kulturowy. Uwarunkowania i konsekwencje pewnej doktryny*. Kraków: Wydawnictwo Naukowe WSP.

Morawski, L. (2000). *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*. Warszawa: Lexis Nexis.

Romaniszyn, K. (2003). *Kulturowe implikacje międzynarodowych migracji*. Lublin: Zakład Wydawniczy Nomos.

Posern-Zieliński, A. (2004). *Tolerancja i jej granice w relacjach międzykulturowych*. Poznań: Wydawnictwo Poznańskie.

Pucek, Z. (2005). Arjun Appadurai i antropologia bez granic. W: A. Appadurai (red.), *Nowoczesność bez granic. Kulturowe wymiary globalizacji*. Kraków: Universitas.

Turek, J. M. (2013). Human Security and Development Issues. W: Mary C. Burke (red.), *Human Trafficking Interdisciplinary perspectives*. Nowy Jork: Routledge.

Vorbrich, R. (2004). Tolerancja racjonalna czy subiektywna? Europa wobec okaleczania narządów płciowych. W: A. Posern-Zieliński (red.), *Tolerancja i jej granice w relacjach międzykulturowych* (156). Poznań: Wydawnictwo Poznańskie.

Walzer, M. (2013). *O tolerancji*. Warszawa: Aletheia.

Wojciechowski, B. (2009). *Interkulturowe prawo karne. Filozoficzne podstawy karania w wielokulturowych społeczeństwach demokratycznych*. Toruń: Wydawnictwo Marszałek.

Zajadło, J. (2007). Uniwersalizm praw człowieka w konstytucji — bezpieczne i niebezpieczne relatywizacje. *Przegląd Sejmowy* (4), 99.

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.2

# Ustalanie wysokości odszkodowania za utratę lub ubytek przesyłki powstałe w przewozie

## Determining the amount of compensation for the loss of shipments or damage in shipment in carriage

*mgr Agnieszka Bogłowska*

**Streszczenie**

Umowę Przewozu reguluje w ogólnym zakresie kodeks cywilny, a także przepisy szczególne — Ustawa prawo przewozowe. W zakresie ustalania wysokości odszkodowania za utratę lub ubytek przesyłki powstałe w transporcie kluczowe znaczenie ma art. 80 prawa przewozowego. Wysokość odszkodowania nie może przewyższać wartości, którą ustala się na podstawie i w podanej kolejności (1) ceny wskazanej w rachunku dostawcy lub sprzedawcy, albo (2) ceny wynikającej z cennika obowiązującego w dniu nadania przesyłki do przewozu, albo (3) wartości rzeczy tego samego rodzaju i gatunku w miejscu i czasie ich nadania. W razie niemożności ustalenia wysokości odszkodowania w powyższy sposób wysokość tą ustala rzeczoznawca. Zgodnie z najnowszym orzeczeniem Sądu Najwyższego odszkodowanie za utracony przez przewoźnika ładunek może być ustalone nie tylko na podstawie dowodów przedstawionych w art. 80 prawa przewozowego, ale również na podstawie dokumentów prywatnych, np. przedstawionych przez poszkodowanego faktur zakupowych i zestawień wartości utraconych towarów.

**Słowa kluczowe:** prawo przewozowe, odszkodowanie w prawie przewozowym, dowody niezbędne do wykazania wysokości szkody.

**Summary**

The Carriage Agreement is governed in general by the Civil Code, as well as special provisions - Carriage Law. In the subject of determining the amount of compensation for the loss of shipments or damage in shipment in carriage, the key role has the art. 80 of Carriage Law.

The amount of compensation may not exceed the value which is determined on the basis and in the order of (1) the price indicated in the supplier's or seller's account, or (2) the price resulting from the price list applicable on the day of sending the shipment for carriage, or (3) the value of the thing of the same type and species in the place and time of their dispatch. In the event of inability to determine the amount of compensation in the above indicated way, the amount is determined by the appraiser. According to the latest sentence of the Supreme Court, compensation for the loss of shipments or damage in shipment may be determined not only on the basis of the evidence provided due to art. 80 of carriage law, but also on the basis of private documents, eg presented by the claimant's purchase invoices and lists of value of lost goods.

**Key words:** carriage law, compensation in carriage law, evidence necessary to prove the amount of damage.

## 1. Wstęp

Transport to obecnie jedna z najważniejszych gałęzi gospodarki. Codziennie tysiące przewoźników przemierza polskie drogi, wykonując zlecenia transportowe. Problematykę umowy przewozu w zarysie reguluje kodeks cywilny (tytuł XXV KC). W zakresie szczegółów kodeks cywilny odsyła do przepisów szczególnych (art. 775 KC). Najważniejszą dla przewozu regulacją pozakodeksową jest zaś ustawa z 15.11.1984 prawo przewozowe (Dz. U. 1984 nr 53, poz. 272 z późn. zm).

W myśl art. 774 KC przez umowę przewozu przewoźnik zobowiązuje się w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa do przewiezienia za wynagrodzeniem osób lub rzeczy. Wykonanie przez przewoźnika umowy przewozu kończy się zazwyczaj dostarczeniem przesyłki od nadawcy do wskazanego odbiorcy. Przesyłce w transporcie towarzyszą jednak często nieprzewidziane okoliczności; może ona ulec uszkodzeniu, zniszczeniu lub zagubieniu. Wszystkie te sytuacje skutkują powstaniem dla przewoźnika odpowiedzialności odszkodowawczej.

## 2. Odpowiedzialność odszkodowawcza

Dla zaistnienia odpowiedzialności odszkodowawczej przewoźnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania konieczne jest wystąpienie następujących przesłanek:

– naruszenie zobowiązania — rozumiane jako niewykonanie zobowiązania lub jego wykonanie w sposób nienależyty, niezgodny z wcześniejszymi uzgodnieniami, w sposób zawiniony przez przewoźnika;

– fakt poniesienia szkody przez wierzyciela — rozumiany jako uszczerbek majątkowy;

– adekwatny związek przyczynowy między niewykonaniem bądź nienależytym wykonaniem zobowiązania a szkodą rozumiany jako normalne następstwo zawinionego działania lub zaniechania przewoźnika.

Klasyczne ujęcie szkody pojmuje ją jako różnicę pomiędzy stanem majątku poszkodowanego a stanem, jaki istniałby, gdyby brak było czynnika szkodzącego (czynu niedozwolonego, niewykonania zobowiązania). Jest to uszczerbek w prawnie chronionych dobrach lub interesach poszkodowanego, których doznał wbrew swej woli (Sobolewski, 2018, art. 361 § 2 KC) stanowi dodatkowo, że w granicach szkody, w braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy, naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono. Kwestia ta została jednak odmiennie uregulowana na gruncie prawa przewozowego. Przepis art. 788 § 1. wyznacza górny limit wysokości odszkodowania za utratę, ubytek lub uszkodzenie przesyłki w czasie od jej przyjęcia do przewozu aż do wydania odbiorcy. Nie może ono bowiem przewyższać zwykłej wartości przesyłki, chyba że szkoda wynikła z winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa przewoźnika. Szczegółowe zasady ustalania wysokości odszkodowania z tytułu odpowiedzialności przewoźnika za utratę lub ubytek w przesyłce zawarte są natomiast w art. 80 prawa przewozowego.

Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 29 października 1991 r. (III CZP 105/91 OSNC 1992, Nr 5, poz. 74) ubytek przesyłki powstały w przewozie (od przyjęcia przesyłki do przewozu aż do jej wydania) rodzi odpowiedzialność za powstałą szkodę (art. 65 ust. 1 prawa przewozowego). Sposób ustalenia wysokości odszkodowania, do jakiego w takim wypadku zobowiązany jest przewoźnik, określa art. 80 prawa przewozowego. Według ust. 1 tego artykułu wysokość odszkodowania nie może przewyższać wartości, którą ustala się na podstawie (w podanej kolejności):

1) ceny wskazanej w rachunku dostawcy lub sprzedawcy, albo

2) ceny wynikającej z cennika obowiązującego w dniu nadania przesyłki do przewozu, albo

3) wartości rzeczy tego samego rodzaju i gatunku w miejcu i czasie ich nadania.

## 3. Ustalenie wysokości odszkodowania

Stosownie zaś do ust. 2 art. 80 prawa przewozowego w razie niemożności ustalenia wysokości odszkodowania w sposób określony w ust. 1 tegoż artykułu wysokość tę ustala rzeczoznawca. Powołany przepis jest przepisem szczególnym w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego normującym zasady odpowiedzialności odszkodowawczej (art. 361 § 2, art. 363 § 1 i 2 KC) i w zakresie w nim unormowanym wyłącza zastosowanie tych zasad (Ambrożuk, 2010, s. 115).

Z literalnej wykładni powyższego przepisu, a także z bezwzględnego jego charakteru wynika, że ustalania wysokości odszkodowania należy dokonywać w kolejności przedstawionej w przepisie. Pierwszym i podstawowym kryterium ustalenia wysokości odszkodowania jest zatem cena wskazana w rachunku dostawcy lub sprzedawcy. Ustawodawca wyszedł z założenia, że nadawcą przesyłki towarowej jest zazwyczaj sprzedawca lub dostawca, który wysyła towar przy wykorzystaniu przewoźnika, w wykonaniu wcześniej zawartej umowy z odbiorcą np. umowy sprzedaży czy dostawy. Pojęcia rachunku nie należy przy tym utożsamiać wyłącznie z pojęciem faktury, ale każdego rachunku, z którego wynika cena towaru nadanego przesyłką (Szanciło, 2008, s. 390).

Jeżeli brak jest rachunku, wysokość odszkodowania należy ustalać na podstawie cen wynikających z cennika obowiązującego w dniu nadania przesyłki do przewozu. Dla przykładu można tu wymienić cennik wynikający z rozporządzenia Ministra Zdrowia z 14.11.2007 r. w sprawie wykazu cen urzędowych hurtowych i detalicznych produktów leczniczych i wyrobów medycznych (Dz. U. nr 222, poz. 1654 z późn. zm.). Z uwagi na oparcie obrotu gospodarczego na zasadach wolnego rynku, kryterium cen wynikających z cennika nie jest obecnie zbyt powszechnie wykorzystywane. Używane będzie raczej przez pomioty funkcjonujące na rynkach regulowanych (np. farmaceutycznym).

Kolejne kryterium stanowi wartość rzeczy tego samego rodzaju i gatunku w miejscu i czasie ich nadania. Chodzi tu o wartość rynkową, co w postępowaniu sądowym powoduje zwykle konieczność skorzystania z dowodu z opinii biegłego, jako że trudno byłoby uznać, że wartości konkretnych towarów stanowią notoria powszechne (Szanciło, 2008, s. 391).

Jeżeli nie ma możliwości ustalenia wysokości odszkodowania w żaden z powyższych sposobów ustawodawca dopuszcza możliwość skorzystania z pomocy rzeczoznawcy, co wprost wynika z art. 80 ust. 2 prawa przewozowego.

Należy wskazać, że ograniczenie górnego limitu wysokości odszkodowania do zwykłej wartości przesyłki, przy jednoczesnym zastosowaniu kryteriów ustalenia szkody w postaci utraty lub ubytku w art. 80 ust. 1 prawa przewozowego powoduje, że odszkodowanie za utratę czy uszkodzenie przesyłki w transporcie odnosi się jedynie do straty rzeczywistej, a więc nie ma możliwości uzyskania przez wierzyciela utraconych korzyści (Sośniak, 1974, s. 147). W doktrynie można spotkać się z poglądami, że odnoszenie szkody wierzyciela na gruncie prawa przewozowego jedynie do straty rzeczywistej nie jest uzasadnione. Zwraca się uwagę na sytuacje, w których odszkodowania dochodzi nadawca przesyłki, ustalając jego wysokość na podstawie ceny wskazanej w wystawionej przez siebie fakturze, która zawiera w sobie jednocześnie koszty poniesione na wytworzenie rzeczy wysłanej przesyłką jak i zysk spodziewany z ich sprzedaży (Wesołowski, 2014, s. 383).

Z bezwzględnego charakteru art. 80 prawa przewozowego, a także z językowej jego wykładni wynika, iż kryteria ustalania szkody muszą być zastosowane w takiej kolejności, w jakiej zostały wymienione w tym artykule. Doktryna prawa cywilnego jest co do tej kwestii zgodna: zasadniczo jeżeli istnieje rachunek nadawcy lub sprzedawcy, nie ma w zasadzie możliwości posłużenia się cennikiem obowiązującym w dniu nadania przesyłki do przewozu, określenia wartości rzeczy tego samego rodzaju i gatunku w miejscu i czasie ich nadania lub skorzystania z usług rzeczoznawcy. (Szanciło, 2008, komentarz do art. 80).

Literalne brzmienie przepisu art. 80 prawa przewozowego każe wnioskować, że w ust. 2 ustawodawca w sposób wyraźny wskazał, w jakiej sytuacji możliwe jest posłużenie się wiadomościami specjalnymi posiadanymi przez rzeczoznawcę. Tak więc ustalenie wysokości odszkodowania przy udziale rzeczoznawcy może zaistnieć, w zasadzie tylko gdy nie można go ustalić za pomocą żadnego ze środków określonych w ust. 1.

Podstawowym kryterium ustalenia wysokości odszkodowania jest zatem cena wskazana w rachunku dostawcy lub sprzedawcy. Takie rozwiązanie jest podyktowane tym, że przewóz towarów stanowi bardzo często wynik innej umowy przewidzianej w KC, np. sprzedaży, dostawy, o dzieło, w wyniku której odbiorca towaru zobowiązany jest uiścić nadawcy cenę za przewożony towar (Wesołowski 2014, s. 384)

W literaturze znany jest pogląd, że możliwe jest powołanie rzeczoznawcy na okoliczność wartości przesyłki nie tylko wtedy gdy wartości tej nie można określić na podstawie kryteriów określonych w przepisie art. 80 prawa przewozowego, ale także w innych przypadkach jeśli prowadzi to do zakończenia sporu co do wysokości odszkodowania (Górski, Żabski, 1990, s. 288). Wydaje się jednak, że wobec bezwzględnego charakteru przepisu art. 80 stanowisko takie jest możliwe do zaakceptowania jedynie przy założeniu zgody obu stron sporu, w przeciwnym razie pogląd ten zmierzałby do obejścia przepisu (Wesołowski, 2014, s. 384).

Wydaje się, że ustawodawca dokonał takiej właśnie redakcji przepisu art. 80 ust. 1 prawa przewozowego w najlepszym interesie nadawcy, będącego najczęściej jednocześnie sprzedawcą towaru wysyłanego przesyłką, gdyż kwota podana w rachunku dołączonym, czy wysłanym w ślad za przesyłką, która uległa utracie lub zniszczeniu stanowi wprost o szkodzie jaką poniósł nadawca, bez konieczności wykazywania jej wartości w inny sposób. Gdyby bowiem przesyłki nie utracono, kwota na jaką opiewa rachunek trafiłaby wprost do sprzedającego nadawcy.

Powyższe stanowisko zostało ugruntowane przez czołowych przedstawicieli doktryny z zakresu prawa przewozowego. Mówi o tym między innymi (Wesołowski, 2014) wskazując, że podstawowym sposobem ustalenia wysokości odszkodowania za utratę lub ubytek przesyłki stanowi cena podana w rachunku sprzedawcy lub dostawcy. Przewóz towarów odbywa się bowiem najczęściej w wykonaniu innej umowy prawa cywilnego (sprzedaży, dostawy, umowy o dzieło itp.), tj. umowy, w konsekwencji której następuje zbycie towaru, której towarzyszy wystawienie dokumentu handlowego określającego w sposób obiektywny cenę za towar.

Tego samego zdania jest (Ambrożuk, 2010, s. 128-129), podając, że „dostawcą lub sprzedawcą" jest zatem w tym układzie podmiot wysyłający przesyłkę, zaś rachunkiem jest rachunek lub faktura wystawione przez tego nadawcę. Należy przyjąć, że chodzi o rachunek (fakturę) towarzyszący przesyłce (tj. istniejący w momencie nadawania przesyłki do przewozu, z którym przewoźnik mógł się zapoznać, zawierając umowę), i to wyłącznie w relacji handlowej, dla wykonania której została zawarta umowa przewozu.

Wyjątkowy charakter art. 80 ust. 1 prawa przewozowego potwierdził Sąd Najwyższy (uchwała z 29.10.1991 r., III CZP 105/91, OSNC 1992, Nr 5, poz. 74), wskazując, iż jest to przepis szczególny w stosunku do normujących zasady odpowiedzialności odszkodowawczej przepisów KC, co dodatkowo znajduje potwierdzenie w art. 90 prawa przewozowego i w zakresie w nim unormowanym wyłącza zastosowanie tych zasad. Jednocześnie przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący (*ius cogens*), co oznacza, że skoro wyłączona jest możliwość zastosowania przepisów kodeksowych, strony w umowie nie mogą w odmienny sposób regulować zasady odpowiedzialności, wysokości szkody oraz sposobu jej ustalania.

Na gruncie tak ugruntowanego stanowiska nauki prawa, Sąd Najwyższy w wyroku (wyrok Sądu Najwyższego — Izba Cywilna z dnia 13 kwietnia 2018 r. I CSK 470/17, publ. Legalis), przyjął, że odszkodowanie za utracony przez przewoźnika ładunek może być ustalone również na podstawie dokumentów prywatnych np. przedstawionych przez poszkodowanego faktur zakupowych i zestawień wartości utraconych towarów. W rozważanym przez Sąd Najwyższy stanie faktycznym nadawca żądający od przewoźnika odszkodowania nie przedstawił żadnego ze wskazanych w art. 80 ust. 1 dowodów, ani nie żądał w procesie przeprowadzenia dowodu z biegłego rzeczoznawcy, w myśl ust. 2 tego przepisu. Zamiast tego opierał swoje powództwo na fakturach zakupu, na podstawie których sam poszkodowany dokonał nabycia towaru, który następnie uległ utracie oraz na sporządzonych przez siebie zestawieniach obrazujących wartość utraconego towaru.

Powołując się na swoją wcześniejszą uchwałę (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 października 1991 r., III CZP 105/91) Sąd Najwyższy potwierdził stanowisko wypracowane przez doktrynę, że jeżeli przedłożony został rachunek dostawcy lub sprzedawcy, to dla ustalenia wysokości odszkodowania za przepadek przesyłki właściwa jest wyłącznie cena wskazana w tym rachunku (art. 80 ust. 1 pkt 1) i wyłączone jest ustalenie odszkodowania na podstawie ceny wynikającej z cennika (ust. 1 pkt 2) i na podstawie wartości rzeczy tego samego rodzaju i gatunku (ust. 1 pkt 3), jak też wyłączone jest ustalenie odszkodowania przez rzeczoznawcę (ust. 2). Zaznaczył jednak, że w literaturze trafnie zwraca się uwagę, że dwa pierwsze punkty art. 80 ust. 1 prawa przewozowego, a zwłaszcza przyznanie im pierwszeństwa budzą istotne zastrzeżenia, gdyż od czasu, kiedy to unormowanie stało się częścią systemu prawnego, zmienił się zasadniczo model działalności gospodarczej. Zwrócił uwagę, że treść umów, w wykonaniu których zawierana jest umowa przewozu, objęta jest tajemnicą handlową i tylko decyzją obu stron może zostać ona przekazana osobie trzeciej, jaką jest przewoźnik, a z kolei cenniki, w takim rozumieniu w jakim występowały w latach 80- tych ubiegłego wieku, czyli będące spisem cen urzędowych, dziś już nie istnieją.

Sąd Najwyższy zaznaczył także, że art. 80 ust. 1 dotyczy tylko kwestii ustalania maksymalnego odszkodowania i wyznacza górny limit jego wartości, a dowodzenie wysokości odszkodowania poniżej tej wartości odbywa się na zasadach ogólnych dostępnych w procesie cywilnym. Skonstatował, że nawet rachunek istniejący w momencie nadawania przesyłki do przewozu w relacji handlowej, dla wykonania której została zawarta umowa przewozu jest tylko dokumentem prywat-

nym, dlatego też nie można odmówić waloru dowodowego innym dokumentom prywatnym w rozumieniu kodeksu postępowania cywilnego pochodzącym od nadawcy przesyłki. Zdaniem Sądu Najwyższego takim dokumentem są przedstawiane przez poszkodowanego faktury zakupowe i zestawienia wartości utraconych towarów. Ze względu na moc dowodową dokumentu prywatnego, powołanie biegłego (rzeczoznawcy) na okoliczność wartości przesyłki może nastąpić nie tylko wtedy, gdy wartości tej nie można określić na podstawie kryteriów określonych w art. 80 ust. 1 prawa przewozowego, ale także w innych przypadkach, w tym gdy w procesie odszkodowawczym powstanie spór co do wysokości odszkodowania, np. gdy przewoźnik zaprzeczy prawdziwości dokumentu prywatnego.

Rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego ma bardzo istotne znaczenie dla dochodzenia roszczeń przez poszkodowanych na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania umów przewozowych. Stanowi bowiem odejście od dotychczasowych zasad ustalania wysokości odszkodowania w przewozie. Jednoznacznie stwierdzono w nim, ustalanie wysokości odszkodowania może nastąpić nie tylko na podstawie dokumentów określonych w art. 80 prawa przewozowego, ale na innych dokumentach prywatnych przedstawionych przez pokrzywdzonego.

Należy zwrócić uwagę, że z jednej strony Sąd Najwyższy dostrzega specyfikę odrębności uregulowania wynikającego z art. 80 prawa przewozowego, zgadza się ze stanowiskiem, zgodnie z którym z przepisu tego wynika bezwzględnie wiążący sposób określania ustalenia wysokości odszkodowania należnego za utratę przesyłki, a także potwierdza, że jest on przepisem szczególnym w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego normujących zasady odpowiedzialności odszkodowawczej (art. 361 § 2, art. 363 § 1 i 2 KC) i w zakresie w nim unormowanym wyłącza zastosowanie tych ogólnych zasad. Z drugiej strony jednak, dopuszcza wyłom w tych bezwzględnie obowiązujących zasadach szczególnych, powołując się na przepisy postępowania cywilnego. Sąd Najwyższy opierając się na przepisie 278 § 1 KPC, zgodnie z którym dowód z opinii biegłego ze względu na składnik w postaci wiadomości specjalnych będący dowodem tego rodzaju, iż nie może być zastąpiony inną czynnością dowodową, uznał, że jeżeli sąd może otrzymać wiadomości specjalne wyłącznie na skutek skorzystania z pomocy biegłego, to sąd powinien dowód taki przeprowadzić z urzędu.

## 4. Podsymowanie

Aby wykazać wysokość odszkodowania za utratę lub ubytek przesyłki, w procesie cywilnym opartym o szczególną regulację prawa przewozowego nie wystarczy przedstawić jakichkolwiek dowodów, ale dowody wymagane przez art. 80 ust. 1 prawa przewozowego, a dopiero gdy nie można dokonać ustalenia wysokości odszkodowania w sposób określony w ust. 1, wysokość tę należy pozostawić do ustalenia rzeczoznawcy (art. 80 ust. 2 prawa przewozowego). W przeciwnym razie przepisy szczególne przestają mieć szczególne miejsce w systematyce prawa cywilnego.

Formułując twierdzenie, że w procesie cywilnym można wykorzystać każdy dowód, Sąd Najwyższy zdaje się jednak wykraczać poza ramy zakreślone przez ustawodawcę w art. 80 w zw. z art 90 prawa przewozowego. O ile słusznie Sąd Najwyższy zauważa, że być może w obecnych warunkach art. 80 może być nieaktualny w pewnym zakresie, to przecież w pozostałym zakresie aktualnym pozostaje. Rolą orzecznictwa nie jest zastępowanie ustawodawcy, a jedynie interpretacje jego woli. Skoro ustawodawca do tej pory przepisów tych nie zmienił, to nie ma podstaw by uznawać je za nieobowiązujące. Wydaje się, że jeśli poszkodowany nie dysponuje żadnym z dowodów opisanych w art. 80 ust. 1, to nadal może skorzystać z pomocy rzeczoznawcy (ust. 2). Stanowisko Sądu Najwyższego dopuszczające dokonanie ustalenia wysokości odszkodowania na podstawie dowodów niewskazanych w art. 80 prowadzi do pominięcia szczególnego charakteru tego przepisu względem przepisów ogólnych. Należy podkreślić, że wiele wcześniejszych orzeczeń Sądu Najwyższego, ale także poglądy znakomitej części doktryny wskazują na niemożność wykorzystania każdego dowodu do ustalenia wysokości odszkodowania, a wyłącznie tych wskazanych w art. 80 prawa przewozowego. Przedstawiony tu wyrok Sądu Najwyższego pozostaje w sprzeczności z tym stanowiskiem. Czas i praktyka orzecznicza pokażą czy nowy kierunek ustalania odszkodowania wskazany przez Sąd Najwyższy okaże się słuszny.

## Bibliografia

Ambrożuk, D. 2010). *Ustalenie wysokości odszkodowania w prawie przewozowym w odniesieniu do przewozu przesyłek* (115; 128–129). Warszawa: Wolters Kluwers.

Górski, W., Żabski, A. (1990). *Prawo przewozowe*. Warszawa: Wydaw. Prawnicze.

Wesołowski, K. (2014). W: D. Ambrożuk, D. Dąbrowski, K. Wesołowski, *Prawo przewozowe. Komentarz* (wyd. 1). Warszawa: C.H. Beck.

Sobolewski, P. W: K. Osajda (red.). (2018). *Kodeks cywilny. Komentarz (art. 361 KC)*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Sośniak, M. (1974). *Prawo przewozu lądowego*. Katowice.

Szanciło, A. (2008). *Prawo przewozowe. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.3

# Problematyka odpowiedzialności turystycznych biur podróży za poniesione przez podróżnych szkody majątkowe i niemajątkowe

## Problematic aspects of liability of travel agencies for material and non-material damages suffered from travelers

***mgr Marta Botiuk-Filip***

E-mail: marta.botiuk@gmail.com

**Streszczenie**

Energiczny rozwój sektora usług turystycznych spowodował ogromny wzrost zainteresowania problematyką odpowiedzialności cywilnoprawnej organizatorów imprez turystycznych w stosunku do osób korzystających z tego rodzaju usług. Istotą w niniejszej kwestii pozostaje odpowiedzialność organizatora turystyki za niewykonanie bądź nienależyte wykonanie umowy o świadczenie usług turystycznych oraz to co leży u podstawy jego odpowiedzialności. Kontrowersyjna pozostaje jednak kwestia utraty przyjemności wypoczynku jako postaci szkody skutkujące tzw. *zmarnowanym urlopem*. Kwestią o zasadniczym znaczeniu jest działanie (zaniechanie) organizatora turystyki, co w następstwie powoduje *zmarnowany urlop*, który może jednocześnie stanowić naruszenie jakiegoś dobra osobistego wymienionego w art. 23 Kodeksu cywilnego. Aspektem, który wymaga również uwagi jest obecnie obowiązująca dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2302 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych, zmieniająca rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 i dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE oraz uchylająca dyrektywę Rady 90/314/EWG, a co za tym idzie uchylenia przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych, dotyczących organizatorów turystyki, pośredników turystycznych oraz agentów turystycznych.

**Słowa kluczowe:** dobra osobiste, zmarnowany urlop, odpowiedzialność biur podróży, szkoda majątkowa i niemajątkowa

**Summary**

The dynamic development of the tourist services sector has caused a huge increase in interest in issues of civil liability of tour events in relation to people using this type of services. The responsibility of the tour organizer for non-performance or improper performance of the contract for the provision of tourist services and what lies at the basis of its responsibility remains the essence of the matter. However, the controversial issue is the loss of leisure pleasure as a form of damage resulting in the so-called *wasted holiday*. It is essential to act (abandon) the organizer of tourism, which in turn causes *wasted holiday*, which may also constitute a violation of some personal rights referred to in art. 23 of the Polish Civil Code. An aspect that also requires attention is Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on package travel and linked travel arrangements, amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 90/314/EEC and thus the repeal of the provisions of the Act of August 29, 1997 on tourist services, concerning tourism organizers, travel agents and tourist agents.

**Key words:** personal rights, wasted holidays, liability of travel agencies, material and non-material damages.

### 1. Wstęp

Dynamiczny rozwój usług turystycznych spowodował duży wzrost zainteresowania problematyką odpowiedzialności turystycznych biur podróży w stosunku do osób korzystających z tego rodzaju usług. Umowa o podróż — nazywana też umową o świadczenie usług turystycznych — to obecnie jedna z najczęściej zawieranych usług przez konsumentów. Umowa o podróż jest umową o charakterze złożonym, składającej się z wielu odrębnych świadczeń jak np. zakwaterowanie, wyżywienie, tworząc określony program[1]. Ustawodawca nie zdecydował się na uregulowanie jej jako umowy nazwanej w ko-

deksie cywilnym lecz zrobił to w ustawie o z 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych[2]. Ustawa ta miała za zadanie ułatwić implementacje dyrektywy 90/314/EWG z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek[3] do ustawodawstwa polskiego. Jednak w związku z dynamiką rozwoju sektora usług turystycznych doszło do zmian. Obecnie moc obowiązującą ma dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2302 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych, zmieniająca rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 i dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE oraz uchylająca dyrektywę Rady 90/314/EWG[4]. W związku z tym z datą 1 lipca 2018 r. doszło do uchylenia przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych, dotyczących organizatorów turystyki, pośredników turystycznych oraz agentów turystycznych. Obecnie usługi organizatorów turystyki świadczone są na podstawie ustawy z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych[5], która wdrożyła do porządku prawnego postanowienia powyższej dyrektywy. Nowa ustawa to przełomowy akt regulujący działalność organizatorów turystyki, pośredników turystycznych i agentów turystycznych, a także wprowadza szereg zmian m.in. nowe pojęcie jak niezgodność, która określana jest jako niewykonanie lub nienależyte wykonanie usług turystycznych objętych imprezą turystyczną.

## 2. Odpowiedzialność organizatora turystyki za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy

Nowa Ustawa regulująca m.in. zakres odpowiedzialności organizatora turystyki wprowadza zmiany, które w teorii powinny ułatwić dochodzenie roszczeń takich, jak np. zmarnowany urlop, który jest konsekwencją problemów spowodowanych np. liniami lotniczymi, które nie mają siedziby w Polsce. Na wstępnie należy zaznaczyć, iż organizator turystyki odpowiada wobec podróżnych (oprzednia ustawa używała nomenklatury klient) przede wszystkim na podstawie przepisów wynikających z kodeksu cywilnego[6]. Aby mówić o powstaniu odpowiedzialności odszkodowawczej biura podróży muszą zaistnieć ogólne przesłanki odpowiedzialności. Przede wszystkim musi dojść do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy oraz adekwatny związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy szkodą a zdarzeniem. Na organizatorze turystyki spoczywa ciężar dowodowy — w celu zwolnienia się z odpowiedzialności za niewykonanie bądź nienależyte wykonanie zobowiązania będzie zmuszony on do wykazania okoliczności pozwalających na uwolnienie go od odpowiedzialności zgodnie z zasadą zawartą w art. 6 Kodeksu cywilnego[7].

Szczególnie problematyczne okazuje się być określenie rozmiaru szkody poniesionej przez podróżnego, który nie zawsze da się łatwo określić w wartości pieniężnej. Szkoda może polegać, np. na zmianie programu wycieczki, otrzymaniu świadczenia o niższym standardzie. Istotne jest przede wszystkim konieczność określenia rozmiaru szkody o charakterze majątkowym (np. brak otrzymania posiłków w czasie pobytu czy niemożność korzystania ze sprzętu sportowego w hotelu).

Odpowiedzialność za brak wykonania umowy lub wadliwe jej wykonanie została unormowana w art. 48 ust. 1 uitput[8], tj. *organizator turystyki ponosi odpowiedzialność za wykonanie usług turystycznych objętych umową o udział w imprezie turystycznej* (…), co zastąpiło art., 11a ust. 1 ustawy o usługach turystycznych z dnia 29 sierpnia 1997 r. W świetle art. 48 ust. 2. uitput[9] wszelkie problemy i niezgodności usług z umową podróżni zobowiązani są zgłosić niezwłocznie organizatorowi bądź agencji za pośrednictwem której nabyli usługi, w miarę możliwości w trakcie trwania imprezy turystycznej. Z kolei art. 48 ust. 3[10] przewiduje, że organizator turystyki usuwa niezgodność, w sytuacji gdy jakakolwiek usługa turystyczna nie jest wykonana zgodnie z umową o udział w imprezie turystycznej, chyba że jest to niemożliwe albo wiąże się z kosztami, które są niewspółmiernie wysokie do zakresu niezgodności i wartości całej usługi turystycznej. Kolejny ustęp tego artykułu wyznacza organizatorowi rozsądny termin na usunięcie niezgodności, a w przypadku niezastosowania się do wskazanego terminu, podróżny może sam dokonać usunięcia niezgodności i wystąpić o zwrot poniesionych wydatków. Szczególnie istotne jest, że podróżny nie ma obowiązku wyznaczenia terminu organizatorowi na usunięcie niezgodności. Takie prawo mu przysługuje, gdy organizator turystyki odmówi usunięcia niezgodności lub, gdy z okoliczności wynika, że niezgodność ta powinna być usunięta niezwłocznie.

Termin „niezwłocznie" ma swoją definicję uregulowaną w art. 354 Kodeksu cywilnego, gdzie dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje — także w sposób odpowiadający tym zwyczajom.

Zaznaczenia wymaga fakt, iż w ustawie o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych z dnia 24 listopada 2017 r. ustawodawca rozszerzył zwiększenie ochrony podróżnego, dodając w art. 48 ust. 5 stanowiący, że organizator musi również wykonać świadczenie zastępcze wtedy, gdy uzgodniony w umowie o udział w imprezie turystycznej powrót podróżnego do miejsca rozpoczęcia podróży nie został zapewniony. Niewątpliwie biuro nie będzie ponosiło odpowiedzialności za szkodę, która w ogóle nie pozostaje w związku z wykonywaniem umowy o podróż (np. gdy turysta dozna szkody na osobie w czasie wolnym, bądź w trakcie podróży w przypadku wczasów z „własnym dojazdem").

## 3. Szkoda niemajątkowa w postaci tzw. zmarnowanego urlopu

W związku z nienależytym działaniem biura podróży lub jego kontrahentów może dojść do postania szkody niemajątkowej w postaci zmarnowanego urlopu. Podróżny, wobec nie uzyskania zapewnianych przez organizatora turystyki świadczeń lub otrzymania ich w niższym standardzie, może doznać

uszczerbku natury niemajątkowej w postaci dyskomfortu, rozczarowania, utarty przymości z podróży[11]. Wybierając się na wakacje podróżny liczy bowiem na przyjemność, spokój, wypoczynek, a ze względu na uchybienie organizatora turystyki doznał krzywdy w sferze uczuć. Krzywda niematerialna ma bardzo szerokie pojęcie i jest niezależna w stosunku do roszczenia o naprawienie szkody majątkowej pokrywającej np. wydatki. Taka krzywda niematerialna przejawia się w odczuciu podróżnego, który np. zatruł się w hotelowej restauracji i utracił kilka dni wypoczynku za który zapłacił jak i nowożeńców w podróży poślubnej, którzy zostali zakwaterowani z innymi ludźmi, choć zapłacili za pokój dwuosobowy z widokiem na morze. Takim przykładem może być również utrata rzeczy spakowanych do bagażu, które miały służyć należytemu wypoczynkowi i relaksowi, która uzasadnia przyjęcie, że pobyt wakacyjny nie wiązał się z komfortem psychicznym, jakiego można oczekiwać w sytuacji właściwego wykonania umowy przez organizatora wypoczynku.

Przy ustalaniu wysokości zadośćuczynienia za zmarnowany urlop znaczenie ma przede wszystkim stopień zawinienia organizatora turystyki oraz dyskomfortu podróżnego, a nie koszt wycieczki. Podstawowym czynnikiem aby określić zadośćuczynienie, powinien być rozmiar tej szkody. Niełatwą kwestię możliwości przyznania zadośćuczynienia pieniężnego za zmarnowany urlop rozstrzygnął Trybunał w sprawie C-168/00 (Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH)[12], rozpatrywanej w związku z pytanie prejudycjalnym skierowanym przez sąd austriacki. W powyżej sprawie ustalono, że przybywająca na wakacjach w Riwierze Tureckiej z rodzicami dziewczynka zatruła się w hotelu salmonellą, przez co zarówno jej, jak i rodziców wakacje uległy w znacznej części „zmarnowaniu". Trybunał uznał, że należy zapewnić poszkodowanym turystom możliwość domagania się nie tylko nagrodzenia szkody majątkowej, powstałej w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy o podróż, ale także szkody niemajątkowej z tym związanej. Interpretacja Trybunału zakłada pogląd na szeroką formułę szkody.

Dla porównania orzecznictwo oraz część doktryny niemieckiej[13] przez wiele lat brały pod uwagę, w jaki sposób poszkodowany spędził czas przeznaczony na wycieczkę, która nie doszła w ostateczności do skutku (przykładowo wypoczywał w domu lub wybrał się w podróż zaoferowaną przez innego organizatora). W słynnym wyroku z 11 stycznia 2005 r. (Maledivenfall)[14] Der Bundersgerichtshof (BGH) ostatecznie odszedł od powyższej praktyki. Uznał on za nieistotny sposób, w jaki klient wykorzystał wolny czas, który pierwotnie przeznaczony był na odbycie podróży. Powyższy wyrok dotyczył sprawy, w której klient zapłacił za wycieczkę na Malediwy. Podróż nie doszła jednak do skutku wskutek overbookingu w wybranym hotelu. Wobec tego ów organizator zaoferował zastępczą wycieczkę mającą jednak odbyć się na inną wyspę Malediwów. Klienci zdecydowali się nie przyjąć oferty z prywatnych względów (zaoferowane miejsce pobytu nie oferowało możliwości nurkowania czym byli najbardziej zainteresowani) oraz zrezygnowali z całej imprezy turystycznej. Następnie, odwoławszy wcześniej zaplanowany u pracodawcy urlop, powrócili do pracy. BGH odrzucił zarzuty rewizyjne organizatora podróży, uznając, że dalsze podjęcie działalności zarobkowej czy wyjazd na inną wycieczkę nie wywierają wpływu na roszczenie o zadośćuczynienie pieniężne za zmarnowany urlop lub jego wysokość. Dodatkowe starania podróżnika, które podjął on w celu wykorzystania wcześniej zaplanowanego czasu, nie mogą w żaden sposób zwalniać organizatora z odpowiedzialności, bądź być brane pod uwagę przy pomniejszaniu wysokości odszkodowania. Nie ulega wątpliwości, że wartość przeżyć i wypoczynku związanego z podróżą jest nieporównywalna do wartości czasu spędzonego w domu, którą posiada każdy urlop, nie natomiast do wartości przyjemności z podróży.

Katalog dóbr osobistych jest katalogiem otwartym, którego obecna zawartość kształtuje się następująco: życie, zdrowie, nietykalność cielesna, integralność seksualna, wolność i swoboda sumienia, cześć człowieka, nazwisko, pseudonim, stan cywilny, poczucie przynależności do konkretnej płci, wizerunek, głos osoby fizycznej, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, racjonalizatorska, artystyczna, wynalazcza, kult po zmarłej osobie, prawo do grobu, tradycja rodzinna, więzy rodzinne rodziców z dzieckiem, dane osobowe, możliwość korzystania ze środowiska naturalnego, ochrona przed hałasem. Chociaż katalog dóbr osobistych jest otwarty, nie ma potrzeby jego poszerzania w dążeniu do zapewnienia odpowiedniej ochrony konsumentów korzystających ze zorganizowanych imprez turystycznych[15]. Sięganie do konstrukcji dóbr osobistych powinno być powściągliwe, z zachowaniem ostrożności i bez sztucznego poszerzania katalogu tych dóbr. Taką ochronę są w stanie zapewnić obowiązujące przepisy ustawy o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych dzięki ich wykładni.

Podobnie orzekł Sąd Najwyższy w wyroku z 24 marca 2011 r.[16], w którym Sąd stwierdził, że prawo do spokojnego wypoczynku nie jest dobrem osobistym. Natomiast zachowanie organizatora turystyki, prowadzące do zmarnowania urlopu, może jednak — zdaniem SN — naruszać dobra osobiste przykładowo wymienione w art. 23 Kodeksu cywilnego. Aktualnie nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że *de lege lata* uczestnikom wycieczki turystycznej przysługuje roszczenie o zadośćuczynienie pieniężne za zmarnowany urlop.

Niemniej, oparcie swoich roszczeń przez podróżnego na innej podstawie niż tej wynikającej art. 48 ustawy o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych może okazać się dla niego niekorzystne, bowiem o ile w świetle art. 48 odpowiedzialność oparta jest na zasadzie ryzyka, to w świetle art. 24 Kodeksu cywilnego w związku z art. 448 Kodeksu cywilnego, domaganie się zadośćuczynienia wymagać będzie wykazania nie tylko bezprawności zachowania biura podróży, ale i jego winy[17]. Dochodzenie ochrony w reżimie deliktowym ma jeszcze ten skutek, że biuro podróży będzie mogło zwolnić się z odpowiedzialności na podstawie art. 429 Kodeksu cywilnego, chyba że dojdzie do tzw. winy własnej organizatora turystyki (np. gdy jest właścicielem hotelu, w którym zakwaterowany turysta dozna szkody na osobie w związku z niedostatecznym zapewnieniem bezpieczeństwa).

Niemniej jednak, odniesienie się do art. 23–24 Kodeksu cywilnego może okazać się przydatne, zwłaszcza w przypadku,

gdy dojdzie do naruszenia dóbr osobistych niejako „przypadkowo", w związku ze spełnieniem świadczeń z umowy o wycieczkę turystyczną. Takim przykładem może być naruszenie prawa do prywatności turysty poprzez nękanie go telefonicznymi ofertami w trakcie urlopu.

## 4. Podsumowanie

Turystyka jest jednym z najszybciej rozwijających się sektorów polskiej gospodarki, co znajduje potwierdzenie w danych udostępnionych przez Główny Urząd Statystyczny, gdzie w 2017 r. Polacy wzięli udział w 45,9 mln podróży krajowych, tj. o 5,5% więcej niż w 2016 r.

Podsumowując do niedawna uzyskanie zadośćuczynienia za zmarnowany urlop było kwestią przypadku. Ze względu na brak jednolitej podstawy prawnej, sądy powszechne przytaczały różne przepisy dla zasądzenia zadośćuczynienia bądź też stwierdzały w toku wykładni, iż nie widzą podstawy dla ochrony tego typu interesu osób poszkodowanych w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o usługi turystyczne przez organizatora turystyki. Taki stan sprawy nie sprzyjał pewności prawa, budził wątpliwości natury zarówno teoretycznej jak i praktycznej, a także nie pozwalał na zapewnienie należytej ochrony konsumentom korzystających z takich usług. Z uwagi na mnogość ofert biur podróży, które coraz częściej dopasowane są do indywidualnych potrzeb podróżnego, ustawa o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych z dnia 24 listopada 2017 r. wprowadza większy zakres jego ochrony. Wskazać należy również, iż w dobie dynamiki rozwoju sektora usług turystycznych rośnie świadomość organizatorów turystyki, którzy obserwując toczące się sprawy sądowe, analizują potrzeby podróżnych i coraz częściej zwracają uwagę na wykonywanie usług w bardziej profesjonalny i odpowiedzialny sposób.

---

[1] Nesterowicz M., Umowa o podróż W: Rajski J. (red.), *System prawa prywatnego. Tom 7. Prawo zobowiązań — część szczegółowa*. Wyd. 4, Warszawa: C.H. Beck 2018, s. 936.

[2] Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych (Dz. U. 2004 nr 223, poz. 2268 ze zm.)

[3] Dyrektywa Rady nr 90/314/EWG z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek (Dz. Urz. UE. L. 90.158.59).

[4] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2302 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych, zmieniająca rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 i dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE oraz uchylająca dyrektywę Rady 90/314/EWG (Dz. U. UE. L. 2015.326.1)

[5] Ustawa z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych (Dz. U. 2017.2361).

[6] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny (Dz. U. 2018.1025)

[7] *Ibidem*.

[8] Ustawa z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych (Dz. U. 2017.2361).

[9] *Ibidem*.

[10] *Ibidem*.

[11] Sondel K., Problematyka tzw. wycieczek fakultatywnych a cywilnoprawna odpowiedzialność organizatora turystyki względem klienta. W: *Turystyka a prawo*…, s. 188 i nast.

[12] Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 marca 2002 r. w sprawie C-168/00, LEX nr 112079.

[13] J. Eckert, w: J. von Staudinger, J. Eckert (red.), J. von Staudingers *Kommentar*..., § 651f, Rn 68, s. 69; S. Geib, W: H. Bamberger, H. Roth (red.), *Kommentar zum Bürgerlichen*..., s. 508, Rn 15.

[14] BGH, „Neue Juristische Wochenschrift" 2005, s. 1047.

[15] Gospodarek J., *Cywilne prawo-ochrona dóbr osobistych-odpowiedzialność organizatora turystyki za tzw. zmarnowany urlop. Glosa do uchwały SN z dnia 19 listopada 2010 r.*, III CZP 79/10, OSP 2012/1/2.

[16] Wyrok SN w sprawie I CSK 372/10, Lex. 927833; OSP 2012 nr 1, poz. 3.

[17] Lewaszkiewicz-Petrykowska M. (1998). W sprawie wykładni art. 448 k.c. *Prawo Spółek*, (1), 5.

## Bibliografia


Der Bundersgerichtshof (2005). *Neue Juristische Wochenschrift*, (1047).

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2302 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych, zmieniająca rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 i dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE oraz uchylająca dyrektywę Rady 90/314/EWG (Dz. U. UE. L. 2015.326.1)

Dyrektywa Rady nr 90/314/EWG z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek (Dz. Urz. UE. L. 90.158.59).

Eckert, J. (2004). W: J. von Staudinger, J. Eckert (red.). *Staudingers Kommentar*..., § 651f, Rn 68, s. 69; S. Geib. W: H. Bamberger, H. Roth (red.), *Kommentar zum Bürgerlichen*..., s. 508, Rn 15.

Gospodarek, J. (2012). Cywilne prawo-ochrona dóbr osobistych-odpowiedzialność organizatora turystyki za tzw. zmarnowany urlop. Glosa do uchwały SN z dnia 19 listopada 2010 r., III CZP 79/10, OSP 2012/1/2.

Lewaszkiewicz-Petrykowska, M. (1998). W sprawie wykładni art. 448 k.c. *Prawo Spółek*, (1), s. 5.

Nesterowicz, M. (2018). Umowa o podróż (936). W: Rajski J. (red.), *System prawa prywatnego* (Tom 7). *Prawo zobowiązań-część szczegółowa*. Warszawa: C.H. Beck.

Sondel, K. (2003). Problematyka tzw. wycieczek fakultatywnych a cywilnoprawna odpowiedzialność organizatora turystyki względem klienta. W: *Turystyka a prawo*…, s. 188 i nast.

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny (Dz. U. 2018.1025).

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych (Dz. U. 2004 nr 223, poz. 2268 ze zm.).

Ustawa z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych (Dz. U. 2017.2361).

Wyrok SN w sprawie I CSK 372/10, Lex. 927833; OSP 2012 nr 1, poz. 3.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 marca 2002 r. w sprawie C-168/00, LEX nr 112079.

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.4

# Ekonomiczne i prawne aspekty handlu końmi pełnej krwi angielskiej w Polsce w okresie 1998–2018

## Economic and legal aspects of trading thoroughbreds in Poland in the period 1998–2018

***mgr Małgorzata Brulińska***

E-mail: gosia.historia@gmail.com

**Streszczenie**

Przemysł konny jest istotną częścią gospodarki dużej liczby państw i oznacza różnorodne formy działalności pośrednio lub bezpośrednio związanej z końmi. Hodowla koni pełnej krwi angielskiej zawsze miała charakter globalnego interesu.

Niniejsza publikacja składa się z dwóch części:

Pierwsza część dotyczy ekonomicznych aspektów handlu końmi pełnej krwi angielskiej. Zaprezentowano charakterystykę przemysłu wyścigowego. Przedstawiono „biznes koński" pod kątem ekonomicznym, jako lokatę kapitału. Część kończy się krótką charakterystyką współczesnego handlu końmi pełnej krwi angielskiej w Polsce.

Druga część skupiać się będzie na zaprezentowaniu prawnych aspektów handlu końmi pełnej krwi angielskiej. Szczególne znaczenie dla hodowców koni, ma ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. o zmianie ustawy z 11 marca 2004 roku o ochronie zdrowia zwierząt oraz zwalczaniu chorób zakaźnych zwierząt. Opisane zostaną pokrótce regulacje dotyczą identyfikacji koni, hodowli, handlu końmi i ich materiałem biologicznym oraz rozporządzenia dot. warunków weterynaryjnych. Artykuł przygotowany został na podstawie materiałów źródłowych tzn. literatury naukowej, analiz ekonomicznych, ustaw i aktów prawnych.

**Słowa kluczowe:** koń pełnej krwi angielskiej, aukcje, handel końmi, przemysł wyścigowy.

**Summary**

The horse industry is an important part of the economy in many countries and indicates various forms of activity directly or indirectly related to horses. Breeding of thoroughbred has always being a subject of a global interest.This publication consists of two parts:

The first part will describe the economic aspects of the trade of thoroughbreds. It presents the characteristics of the racing industry. The "horse business" was presented in economic terms as a capital investment. The part ends with a brief description of contemporary trade of thoroughbreds in Poland.The second part will focus on presenting the legal aspects of trading thoroughbreds. Particulary important law act for horse breeders is: the Act of 20 July 2018 amending the Act of 11 March 2004 on the protection of animal health and combating infectious animal diseases. This article will also briefly focus on: the identification of horses, breeding, the trade of horses and their biological material as well as regulations regarding veterinary conditions.The article was prepared on the basis of source materials, i.e. scientific literature, economic analyzes, acts and legal acts.

**Key words:** thoroughbreds, auctions, horse's trading, racing industry.

## 1. Wstęp

*Wyścigi konne to sport, interes, rozrywka.*
*Na torach ludzie robią wielkie kariery triumfują, a także cierpią,*
*ale ważniejsze od ludzi są tu konie*
***(Simoneau, 2007)***.

W XXI wieku wyścigi konne nieprzerwanie służą wyselekcjonowaniu najbardziej wartościowych koni w celu ulepszenia materiału genetycznego kolejnych pokoleń torowych atletów. Hodowcy starają się wyselekcjonować konie szczególnie wytrzymałe i odporne w przypadku koni czystej krwi arabskiej, oraz wyjątkowo szybkie w przypadku koni pełnej krwi angielskiej. Jednak to sektor wyścigów i hodowli koni pełnej krwi angielskiej jest przodujący pod względem ekonomicznym.

Każdego roku, pod młotek aukcjonerów na całym świecie trafiają tysiące koni pełnej krwi angielskiej. Inwestujący w konie poszukują osobników o rodowodach dających szansę na sukcesy w karierze torowej a także o dobrej budowie ciała.

Gdy potencjalny kupiec trafi na odpowiadającą sobie kombinację tych czynników, ceny szybko idą w górę.

Polska hodowla koni pełnej krwi angielskiej zawsze uzależniona była od importów koni z zagranicy, zwłaszcza reproduktorów. Oprócz aspektu hodowlanego, w ostatnich latach także import koni na tor wyścigowy (do biegania) nabrał istotnego znaczenia. Część właścicieli uznaje, że wobec niskiej jakości koni krajowej hodowli, dość tanio można kupić konia wyścigowego, który z sukcesami będzie rywalizował na polskich torach wyścigowych. Zainteresowani zakupem dobrze rokujących, gotowych do startu wierzchowców mają do dyspozycji poza rynkiem krajowym, ofertę licznych, zachodnich przedsiębiorstw aukcyjnych.

## 2. Ekonomiczne aspekty handlu końmi pełnej krwi angielskiej w Polsce

Nazwa koni ma związek z Anglią, populacja koni jest tam nieznaczna i w latach 80-tych XX w. wynosiła zaledwie 3% koni pełnej krwi angielskiej.

Tabela 1 ilustruje, że krajem dominującym w hodowli koni pełnej krwi angielskiej jest USA (24,0%), a wśród państw europejskich — Irlandia i Francja. Polska hodowla stanowi niewielki element tej produkcji — zaledwie 0,3%.

Wartość koni to inwestycja niezwykle trudna do wyceny, może gwałtownie wzrosnąć a następnie obniżyć się w ciągu paru tygodni. Uczestnicy wyścigów konnych często skuszeni chęcią wygranej zapominają o dywersyfikacji ryzyka. Przemysł wyścigów konnych wiąże się w dużymi wygranymi, które stanowią łakomy kąsek dla graczy. Łącznie na świecie w 2015 r. przychody z wygranych wyniosły 999,532,021 euro, zaś liczba wyścigów konnych 142 549, w tym najwięcej gonitw odbyło się w USA — 38 941, Australii — 18 949 oraz Japonii — 16 049. Wygrane pociągają za sobą chęć posiadania konia pełnej krwi angielskiej. Zdaniem Jockey Clubu, organizacji zajmującej się m.in. rejestracją koniunktury na rynku koni od 2010 do 2013 r. udział w handlu końmi pełnej krwi wzrósł o blisko 10% do poziomu 1,1 mld dolarów.

Współcześnie hodowla koni to nie tylko przywilej potężnych rodów z wieloletnią tradycją, hodowla pojmowana jest jako lokata kapitału dla każdego, kogo na to stać.

W 2018 r. w Polsce liczba koni pełnej krwi angielskiej nieznacznie spadła i wynosiła 504 klaczy rozpłodowych, 63 ogiery oraz 263 źrebięta.

Wyścigi konne odbywają się w Polsce na dwóch głównych torach we Wrocławiu i Warszawie oraz w Sopocie. Szczególnie zainteresowani zakupem polskich koni są: Czesi, Słowacy, Anglicy oraz mieszkańcy Kazachstanu. W odróżnieniu od Słowacji, Austrii czy Węgier, Polacy są bardziej chętni do udziału w zakładach wzajemnych a roczny przychód z nich, chociaż jest najwyższy wśród krajów Europy Centralnej, jest ciągle niewystarczający, aby móc prowadzić w Polsce wyścigi bez wsparcia finansowego. Zakłady są kontrolowane i rozwijane z sukcesem przez państwowe zakłady bukmacherskie. Hodowla koni w Polsce wciąż napotyka trudności związane ze stosunkowo niską liczbą stajni, klaczy rozpłodowych oraz źrebiąt. Zaletą Polski jest posiadanie dużej ilości doskonałych koni w ciągu ostatnich lat, jak m.in. *Age of Jape*, jednego z najlepszych trzylatków w Europie w 2009 r., zdobywca podium w Slovak Derby. Polska prowadzi w kategorii największej ilości przeprowadzonych wyścigów.

Tabela 1

**Hodowle koni pełnej krwi angielskiej na świecie w latach 2013–2015, w sztukach koni**

| | ogiery | | | klacze | | | źrebięta | | | ogółem | | | udział w produkcji globalnej |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 2013 | 2014 | 2015 | 2013 | 2014 | 2015 | 2013 | 2014 | 2015 | 2013 | 2014 | 2015 | |
| **Niemcy** | 60 | 61 | 56 | 1486 | 1425 | 1450 | 786 | 748 | 864 | 2332 | 2234 | 2370 | 1% |
| **Irlandia** | 253 | 226 | 210 | 10558 | 10892 | 11720 | 7757 | 7999 | 8780 | 18568 | 19117 | 20710 | 8.5% |
| **Francja** | 338 | 319 | 309 | 7242 | 7441 | 7698 | 5057 | 4803 | 4874 | 12637 | 12563 | 12881 | 5.3% |
| **USA** | 2177 | 2034 | 1789 | 34929 | 35577 | 35801 | 21377 | 20450 | 20600 | 58483 | 5061 | 58190 | 24.0% |
| **Polska** | *66* | *65* | *65* | *490* | *400* | *373* | *294* | *263* | *268* | *850* | *731* | *706* | *0.3%* |

Źródło: opracowanie własne na podstawie: IFHA, 2019.

Posiadanie konia to nie tylko jego cena przy zakupie, ale również koszty utrzymania stajni, karmienia, trenowania konia i lekarza weterynarii. W rachunku ekonomicznym oznacza to, koszt zakupu konia plus ok. 50.000 dolarów rocznie. James Shircliff, dyrektor inwestycyjny River Road Asset Management, bardzo trafnie to określił: *Porównuję wyścigi koni do inwestowania w groszowe akcje. To bardzo wysokie ryzyko, ale jeśli trafisz, otrzymujesz znaczne wynagrodzenie. W prostym rachunku ekonomicznym najbardziej opłaca się posiadanie udziałów w więcej niż jednym koniu, jest to prosta zasada dywersyfikacji »portfela«, tak samo jak w przypadku posiadania akcji, obligacji i innych inwestycje* (Marketwatch, 2019). W przypadku sprzedaży ogierów, dobrą inwestycją jest syndykowanie ogierów (*stallions syndicate*) czy tzw. spółki właścicielskie ogierów. Popularną formą sprzedaży jest *pinhooking*, oznaczający praktykę kupowania roczniaka na aukcji, bądź prywatnie w celu poddania go treningowi i szkoleniu a następnie ponownie sprzedanie go, jako gotowego do wyścigu dwulatka.

W związku z niewielką skalą krajowej hodowli koni pełnej krwi angielskiej, zmniejszającym się udziałem w rynku koni hodowli stadnin państwowych, jak również dążeniem do wygrywania nagród wyścigowych istnieje zainteresowanie importem koni z Zachodu. Import ten w postaci zwierząt hodowlanych (zwłaszcza ogierów, klacze importowane były sporadycznie) istnieje w zasadzie od początków historii hodowli koni pełnej krwi w Polsce. W okresie powojennym sprowadzały je stadniny państwowe, ostatnio także osoby prywatne.

Obecnie ok. 98% koni pełnej krwi angielskiej znajduje się w rękach prywatnych.

Obserwowany współcześnie prywatny import koni biegających na torach wyścigowych to tendencja występująca od niedawna. Polskim hodowcom zależy na importowaniu koni o nowoczesnym i atrakcyjnym rodowodzie. Aby jeszcze bardziej udoskonalić zróżnicowanie genetyczne, klacze wysyłane są do krycia przez ogiery za granicę.

O przyszłości polskiego przemysłu konnego zwięźle wyraził się dr Marek Trela, prezes spółki Stadnina Koni Janów Podlaski: *Chciałoby się zobaczyć kiedyś w Polsce kwitnące Centra Hodowlane — Stada Ogierów, oferujące najwyższej jakości sprowadzane sportowo ogiery. Chciałoby się, aby były to silne ośrodki sportowe zatrudniające najlepszych szkoleniowców, posiadające czołowych jeźdźców siedzących na polskich koniach, organizujące imprezy aukcyjne przedstawiające perfekcyjnie przygotowane i zaprezentowane konie. Wtedy dopiero będzie można o rzeczywistej wartości naszej hodowli. A bez sportu traci ona sens…* (Wierusz-Kowalski, 2009, s. 36–41). W związku z powyższym niezbędna jest znajomość rynku koni pełnej krwi angielskiej za granicą, tak pod kątem planowania hodowli, jak i rozwijania własnego, prywatnego biznesu wyścigowego.

Badanie krajowego rynku koni pełnej krwi wskazuje, że chociaż wciąż największa liczba koni zgłaszanych do wyścigów pochodzi z Polski, to odsetek koni zagranicznych rośnie, zwłaszcza od roku 2010, gdy osiągnął wielkość dwucyfrową. Materiał badawczy stanowiło 6146 młodych koni pełnej krwi angielskiej zgłoszonych do wyścigowych prób dzielności w Polsce w latach 1998–2017. Notowano liczbę koni pochodzących z poszczególnych krajów, zgłaszanych do wyścigów przez trenerów. Określano odsetek koni pochodzących z poszczególnych krajów, zgłaszanych w poszczególnych latach a także w okresach pięcioletnich. Określono liczbę koni zgłaszanych przez poszczególnych trenerów z wyjątkiem roku 1998, 2000 oraz 2001, gdzie w oficjalnych biuletynach wyścigowych nie podano przynależności koni do określonych stajni wyścigowych. Dane na temat pochodzenia koni czerpano z oficjalnych biuletynów Polskiego Klubu Wyścigów Konnych (PKWK).

Jak wynika z tabeli 2, w latach 1998–2017 zgłoszono do wyścigów 6146 młodych koni. Najwięcej — 84,9% koni, czyli 5339 sztuk pochodziło z Polski. Z koni zagranicznych najwięcej koni zgłoszonych do wyścigów pochodziło z Irlandii 3,8%, Wielkiej Brytanii — 2,0%, Francji — 1,9% oraz USA — 1,8%. Pojedyncze konie pełnej krwi pochodziły z Austrii, Hiszpanii, Słowacji, Belgii i Szwajcarii. Łącznie liczba koni zagranicznych wynosiła 807 sztuk, czyli 13,1% koni.

Tabela 2

**Liczba i kraj pochodzenia koni pełnej krwi angielskiej zgłaszanych do wyścigów w latach 1998–2017**

| lata/kraje | PLN | GER | FR | IRE | GB | CZ | LTU | USA | HUN | SPA | SWE | UKR | ITY | CAN | AUT | ISR | SLO | BEL | RUS | SWI | % (z/pl) | %(zagr/ogół) |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 1998 | 249 | 2 | 1 | 4 | 10 | 2 | | 1 | | | | | | | | | | | | | 8,0 | 7,4 |
| 1999 | 305 | 7 | 7 | 18 | 15 | | | | | | | | | | | | | | | | 15,4 | 13,4 |
| 2000 | 232 | 3 | 1 | 3 | 12 | | | | | | | | | | | | | | | | 8,2 | 7,6 |
| 2001 | 194 | 5 | 4 | 7 | 19 | | | | | | | | | | | | | | | | 18,0 | 15,3 |
| 2002 | 299 | | 4 | | | | | | | | 1 | | | | | | | | 2 | | 2,3 | 2,3 |
| 2003 | 328 | 1 | | 1 | 2 | | | | | | | | | | | | | | | 1 | 1,5 | 1,5 |
| 2004 | 327 | 3 | | | | 1 | | | | | | | | | | | | 1 | | | 1,5 | 1,5 |
| 2005 | 289 | 3 | | | | | | | | | 5 | | 1 | | | | | | | | 3,1 | 3,0 |
| 2006 | 335 | 2 | | | | | | 10 | | | 2 | | | | | | 1 | | | | 4,5 | 4,3 |
| 2007 | 280 | 4 | | 3 | | | | 7 | | | 8 | | 1 | 1 | | | | | | | 8,6 | 7,9 |
| 2008 | 311 | | 4 | 4 | 5 | | | 1 | | | | | 2 | | | 4 | | | | | 6,4 | 6,0 |
| 2009 | 314 | | 4 | 4 | 6 | | | 1 | | | | | 2 | | | 4 | | | | | 6,7 | 6,3 |
| 2010 | 284 | 8 | 1 | 21 | 2 | | | 16 | | | 2 | | 11 | 1 | 1 | | | | | | 22,2 | 18,2 |
| 2011 | 272 | 10 | 2 | 28 | 14 | 3 | | 41 | | | | | 10 | 2 | | | | | | | 40,4 | 28,8 |
| 2012 | 282 | 5 | 6 | 23 | 3 | | | 11 | | | | | 1 | | | | | | | | 17,4 | 14,8 |
| 2013 | 237 | 14 | 3 | 23 | 9 | | | 22 | | | | | 12 | | | | | | | | 35,0 | 25,9 |
| 2014 | 207 | 9 | 5 | 30 | 4 | 7 | | 1 | | | 3 | | 1 | | | | | | | | 29,0 | 22,5 |
| 2015 | 210 | 5 | 19 | 12 | 6 | 4 | 1 | | | | 3 | 14 | | | | | | | | | 30,5 | 23,4 |
| 2016 | 192 | 7 | 25 | 32 | 7 | 7 | | 1 | 2 | 1 | | | | | | | | | | | 42,7 | 29,9 |
| 2017 | 192 | 2 | 32 | 20 | 10 | 3 | 2 | 0 | | | | | | | | | | | | | 35,9 | 26,4 |
| **ogółem** | **5339** | **90** | **118** | **233** | **124** | **27** | **3** | **112** | **2** | **1** | **24** | **14** | **41** | **4** | **1** | **8** | **1** | **1** | **2** | **1** | **15,1** | **13,1** |
| ***ogółem*** | ***5339*** | ***807*** | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |

Źródło: opracowanie własne na podstawie: *Biuletyny Oficjalny Wiadomości Wyścigowe, lata 1998–2017. Wykaz Koni Pełnej Krwi Angielskiej.*

Podsumowując, handel końmi pełnej krwi angielskiej to nie tylko sport i biznes, ale przede wszystkim lokata kapitału i inwestycja. Coraz większy popyt na konie pełnej krwi angielskiej budzi się ze strony biznesmenów i przedsiębiorców, którzy widzą w tym możliwość zysku i zwrotu zainwestowanego kapitału. Cena konia zależy od wielu czynników, najbardziej znaczące to: kariera wyścigowa, jakość i kariera potomstwa, popularność, rodowód, stopień pokrewieństwa z wybitnymi końmi, pokrój, data urodzenia i wiek, cena stanówki ojca, szybkość w galopie, ocena trenera, zdrowie oraz sytuacja na rynku kupna-sprzedaży koni, który jak każdy inny rynek reaguje na kryzysy gospodarcze i koniunkturę eko-

nomiczną. Przykładowo w czasie kryzysu gospodarczego w 2000 r., liczba koni na świecie obniżyła się o 919 428 sztuk W przypadku stanówki istotna jest liczba klaczy, jaką w danym roku ogier będzie w stanie pokryć, w przypadku klaczy hodowlanej: ogiera z którym klacz jest źrebna oraz cena stanówki.

## 3. Prawne aspekty handlu końmi pełnej krwi angielskiej w Polsce

Przepisy Unii Europejskiej nakładają obowiązek identyfikacji zwierząt gospodarskich, w tym również koni. Rozporządzenie Komisji (WE) 504/2008 z dnia 6 czerwca 2008 r. i ustawa z dnia 25 czerwca 2009 r. o zmianie ustawy o systemie identyfikacji i rejestracji zwierząt określają, że podstawowym wymogiem identyfikacji koniowatych jest wszczepienie im czipu (transpondera). Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) 2015/262 z dnia 17 lutego 2015r. określające, na podstawie dyrektyw Rady 90/427/EWG i 2009/156/WE (Rozporządzenie w sprawie paszportu konia) określa szczegółowo informacje jakie powinny zostać zawarte w paszporcie, który jest dokumentem identyfikacyjnym konia. Jedynie organizacja bądź związek kraju pochodzenia zwierzęcia, które prowadzą rejestr danej rasy bądź tzw. księgę stadną mają możliwość wystawić paszport konia. Dla koni XX[1] urodzonych na terytorium Polski wystawcą paszportów jest Klub Wyścigów Konnych dla koni pełnej krwi angielskiej. Przyjętym sposobem identyfikacji dla tego gatunku jest sporządzenie opisu słownego i graficznego, zamieszczonego w paszporcie konia. Brak opisu słownego i graficznego konia uniemożliwia wpisanie go do polskich ksiąg stadnych. Jeżeli w paszporcie nie ma opisu konia, należy żądać od sprzedającego zwierzę uzupełnienia paszportu. U koni, dla których dotychczas sporządzono dokument, należy określić płeć oraz przybliżony rok urodzenia (dokonuje się tego na podstawie uzębienia). We wstępie rozporządzenia wyraźnie określono przyczyny restrykcyjnej rejestracji koniowatych *dochodzenie przeprowadzone przez Komisję w kontekście wydarzeń związanych z koniną w 2013 r. wykazało, że 23 państwa członkowskie ustanowiły centralną bazę danych, zaś dwa państwa członkowskie mają jedną bazę danych dla zarejestrowanych koniowatych i jedną dla koniowatych do hodowli i produkcji. Trzy państwa członkowskie, na które przypada około 20 % z 6,7 milionów koniowatych w Unii, nie mają scentralizowanej bazy danych* (Dz. Urz. UE L 301/14z 18.11.2015). Rozporządzenie określa m.in. obowiązki właściwego organu w zakresie wydawania dokumentów identyfikacyjnych dla koniowatych urodzonych na terytorium Unii, kontrole wymagane przed wydaniem dokumentów identyfikacyjnych oraz metody weryfikowania tożsamości, przemieszczanie i transport koniowatych, zarządzanie dokumentami identyfikacyjnymi, wystawianie ich duplikatów i dokumentów zastępczych oraz zawieszanie dokumentów identyfikacyjnych. Rozporządzenie mówi również o utworzeniu centralnej bazy danych oraz sankcjach za brak rejestracji, które państwa Wspólnoty ustalają odrębnie. W rozporządzeniu czytamy, iż *przewidziane sankcje muszą być skuteczne, proporcjonalne i odstraszające*.

Wniosek o identyfikację koniowatego powinien zostać złożony w ciągu 90 dni od dnia urodzenia zwierzęcia. Dodatkowo koń powinien zostać zidentyfikowany przed opuszczeniem na stałe gospodarstwa urodzenia, o ile nie jest przemieszczany z matką. W przypadku zmiany właściciela, bądź jakiejkolwiek zmiany w prawach własności konia, paszport należy w terminie 7 dniu złożyć w organizacji, w której został wystawiony w celu naniesienia niezbędnych zmian identyfikujących nowego właściciela.

Rysunek 1
**Paszport konia**

Źródło: Gurbiel, 2009.

Jeśli zdecydujemy się na sprawdzenie konia spoza UE zobowiązani jesteśmy sprawdzić, czy koń rzeczywiście został wpisany do odpowiedniej księgi na terenie Wspólnoty i czy kwalifikuje się do wpisania do polskiej księgi. Ponadto Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 6 maja 2004 roku w sprawie zaświadczeń hodowlanych dla przewożonych z terytorium państw niebędących członkiem Unii Europejskiej zwierząt hodowlanych nasienia, komórek jajowych i zarodków szczegółowo określa wzór zaświadczania o ciąży dla źrebnej klaczy. Jest to istotne w przypadku hodowli koni o światowej renomie, którą posiada duża liczba „ogierów wahadłowych", które w sezonie rozpłodowym na półkuli północnej kryją klacze w Irlandii lub Kentucky, a po sezonie wysyłane są na półkulę południową do Australii i Ameryki Południowej, gdzie kryją tamtejsze klacze.

Sposób identyfikacji konia określa rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 1 czerwca 2016 r. w sprawie opłat za czynności związane z identyfikacją i rejestracją koniowatego, wydaniem i doręczeniem paszportu koniowatego lub jego duplikatu oraz z wydawaniem i doręczaniem paszportów bydła lub ich duplikatów. W kwestii identyfikacji istotne jest również Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 18 sierpnia 2016 r. dotyczące wysokości i sposobu pobierania opłaty za przekazanie i wprowadzenie informacji do centralnej bazy danych oraz ich przechowywanie. Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 9 grudnia 2016 r. w sprawie wykonywania nadzoru w zakresie identyfikacji i rejestracji zwierząt, współpracy organów Inspekcji Weterynaryjnej, Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa oraz podmiotów prowadzących rejestry koniowatych, a także dokonywania zmian w rejestrze zwierząt gospodarskich oznakowanych, rejestrach koniowatych i centralnej bazie danych.

Hodowle koni reguluje ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o organizacji hodowli i rozrodzie zwierząt gospodarskich, precyzuje to dokładniej Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1012 w sprawie zootechnicznych i genealogicznych warunków dotyczących hodowli zwierząt hodowlanych czystorasowych i mieszańców świni, handlu nimi i wprowadzania ich na terytorium Unii oraz handlu ich materiałem biologicznym wykorzystywanym do rozrodu i jego wprowadzania na terytorium Unii. W Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1012 czytamy we wstępie w pkt. 47, że Międzynarodowe Porozumienia Prywatne regulują zasady kwalifikacji koniowatych do wyścigów i konkursów międzynarodowych. Porozumienia te powinny być opracowane przez komisję przygotowującą i opracowującą odpowiednie akty wykonawcze i delegowane.

Regulacje dotyczące hodowli koni to: Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi w sprawie dodatkowych wymagań, jakie powinny spełniać związki hodowców lub inne podmioty ubiegające się o prowadzenie rejestrów zwierząt gospodarskich innych niż świnie z dnia 28 kwietnia 2008 r oraz Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 26 listopada 2009 r. w sprawie materiału biologicznego wykorzystywanego w rozrodzie zwierząt gospodarskich oraz Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 22 czerwca 2004 r. w sprawie szczegółowych wymagań weterynaryjnych dla prowadzenia punktu kopulacyjnego. W załącznikach rozporządzenia zostały szczegółowo określone wymogi dotyczące orzeczenia lekarsko-weterynaryjnego dla ogiera oraz okresowego badania reproduktorów.

Sprzedaż koni pełnej krwi angielskiej uregulowana jest na podstawie kodeksu cywilnego, w art. 535 czytamy: *Przez umowę sprzedaży sprzedawca zobowiązuje się przenieść na kupującego własność rzeczy i wydać mu rzecz, a kupujący zobowiązuje się rzecz odebrać i zapłacić sprzedawcy cenę* (Dz. U. 2018 poz. 1025). Obciążony stawką podatkową zostaje kupujący, stawka podatku dla rzeczy ruchomej wynosi 2%. Załącznikiem do umowy sprzedaży jest paszport. Umowę sprzedaży konia można zawrzeć w formie zarówno ustnej jak i pisemnej. Warto jednak poświęcić chwilę na odpowiednie pisemne zredagowanie umowy. Art. 556, par. 1 określa, że rzecz sprzedana jest niezgodna z umową (tzw. wada fizyczna), jeżeli *nie ma właściwości, które rzecz tego rodzaju powinna mieć ze względu na cel w umowie oznaczony albo wynikający z okoliczności lub przeznaczenia; nie ma właściwości, o których istnieniu sprzedawca zapewnił kupującego, w tym przedstawiając próbkę lub wzór; nie nadaje się do celu, o którym kupujący poinformował sprzedawcę przy zawarciu umowy, a sprzedawca nie zgłosił zastrzeżenia co do takiego jej przeznaczenia; została kupującemu wydana w stanie niezupełnym. W przypadku sprzedaży konia, termin na stwierdzenie wady obejmuje okres dwóch lat od momentu sprzedaży konia* (Dz. U. 2018 poz. 1025). Odmienne regulacje występują w przypadku przedsiębiorcy (który powinien wykonać badanie konia przed sprzedażą) w tym przypadku kupujący straci uprawnienia z tytułu rękojmi, jeżeli nie zbadał rzeczy w czasie i nie zawiadomił niezwłocznie o wadzie. Uprawnienia wygasają po okresie dwóch latach. Wg art. 563 utrata uprawnień z tytułu rękojmi za wady fizyczne rzeczy występuje jeżeli sprzedawca wiedział o wadzie, ale to zataił, niezachowanie terminów jest tutaj nieistotne. Przykładowo, gdy badanie konia wykazało, że ma on poważne problemy stawu kostnego a koń został kupiony, jako koń wyścigowy, sprzedający powinien niezwłocznie poinformować kupującego i zgłosić zastrzeżenie, co do takiego przeznaczenia konia. Jeśli sprzedający nie podejmie tego rodzaju działań, poniesie odpowiedzialność z tytułu rękojmi.

Art. 560 par. 1 mówi, że jeżeli zakupiony koń będzie miał tzw. wadę istotną, kupujący jest zobowiązany obniżyć cenę bądź odstąpić od umowy. Wyjątkiem jest sytuacja jeśli sprzedawca niezwłocznie i bez nadmiernych niedogodności dla kupującego wymieni rzecz wadliwą na wolną od wad albo wadę usunie. W przypadku koni wyścigowych jest to np. przypadek wyleczenia konia na koszt właściciela. Jeśli wada jest jednak nieistotna, np. w przypadku, gdy koń wyścigowy został zakupiony w celach rekreacyjnych fakt, że nie może osiągać najwyższych prędkości nie powinien rzutować na zakupie konia. Za wady, które nie zostały uznane za główne, sprzedawca odpowiada wyłącznie gdy zostały w umowie zastrzeżone. Ryzyko przechodzi na kupującego z chwilą wydania konia tzn., najczęściej załadowanie go do przyczepy kupującego.

Podsumowując, dla obu stron transakcji, najważniejszą sprawą jest precyzyjne uregulowanie warunków sprzedaży w umowie. Istotne są również przedsprzedażowe badania weterynaryjne tzw. TUV. W przypadku zakupienia konia z za-

granicy istotne jest umieszczenie zapisu, *iż w przypadku jakichkolwiek sporów właściwym dla rozstrzygnięcia sprawy będzie sąd polski oraz że zastosowanie będą miały przepisy prawa polskiego, co znacznie uprości sytuację kupującego w przypadku jakichkolwiek trudności i nieścisłości* (Liberda, 2018).

Warunki weterynaryjne zostały uregulowane na podstawie Rozporządzenia Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 16 lutego 2005 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie szczegółowych wymagań weterynaryjnych przy przywozie i przemieszczaniu koniowatych oraz Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 18 września 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków weterynaryjnych, jakie muszą spełniać gospodarstwa, w przypadku gdy zwierzęta lub środki spożywcze pochodzenia zwierzęcego, pochodzące z tych gospodarstw są wprowadzane na rynek.

W Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1012 art. 21 par. 2 czytamy: *W przypadku zwierząt hodowlanych czystorasowych z rodziny koniowatych, na zasadzie odstępstwa od ust. 1 niniejszego artykułu, związek hodowców może zakazać lub ograniczyć wykorzystywanie jednej lub większej liczby technik rozrodu, o których mowa w tym ustępie, lub wykorzystywanie zwierząt hodowlanych czystorasowych do jednej lub większej liczby tych technik rozrodu, w tym również wykorzystywania ich materiału biologicznego wykorzystywanego do rozrodu, pod warunkiem że taki zakaz lub takie ograniczenie są określone w jego programie hodowlanym zatwierdzonym zgodnie z art. 8 ust. 3 oraz, w stosownych przypadkach, z art. 12* (Dz. Urz. UE L171/66 z 08.06.2012). Za tym ustala się, iż do Polskiej Księgi Stadnej Koni Pełnej Krwi Angielskiej nie wpisuje się koni pochodzących z inseminacji, jak również nie dopuszcza się transplantacji zarodków. Jest to proceder zakazany.

Główne regulacje prawne dotyczące wyścigów i ujeżdżania koni stanowią: Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 23 sierpnia 2001 r. w sprawie wysokości opłat uiszczanych na rzecz Polskiego Klubu Wyścigów Konnych za wydanie zezwolenia na organizowanie wyścigów konnych, za udzielenie zezwolenia na kierowanie stajnią wyścigową i licencji na trenowanie koni oraz dosiadanie (powożenie) koni, a także pełnienie funkcji sędziego wyścigowego oraz za rejestrację barw wyścigowych i zgłoszenie konia do wyścigów (Dz. U. z dnia 31 sierpnia 2001 r.). Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 6 września 2011 r. w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla toru wyścigowego, oraz Rozporządzenie Ministra rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 17 grudnia 2004 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie warunków i trybu udzielania zezwoleń na kierowanie stajnią wyścigową, licencji na trenowanie koni, dosiadanie (powożenie) koni oraz pełnienie funkcji sędziego wyścigowego.

## 4. Wnioski

Celem pracy była analiza współczesnych tendencji w handlu końmi pełnej krwi angielskiej oraz przepisów regulujących handel w perspektywie rynku polskiego.

1. Największe stadniny koni pełnej krwi angielskiej znajdują się w USA, Wielkiej Brytanii, Francji, oraz Emiratach Arabskich.

2. Na świecie największą popularnością cieszy się zakup koni pochodzących z USA, Australii, Francji, Japonii oraz Irlandii. Polskie konie są najczęściej kupowane przez obywateli Kazachstanu, Czechów, Słowaków oraz Anglików.

3. Głównym kierunkiem zakupu przez polskich hodowców jest Europa, najczęściej sprowadzane są do Polski konie z Irlandii, Francji oraz Niemiec. Popularne są również konie z USA i Kanady.

4. Współczesny handel końmi ma charakter globalny. Wzrasta liczba koni kupionych za granicą — jeszcze w latach 2003–2007 odsetek koni zagranicznych w stosunku do ogółu wynosił średnio 3,6%, w latach 2013–2007 wzrósł do poziomu 25,6%.

5. Łącznie w latach 1998–2017 zgłoszono do wyścigów 5339 koni pochodzących z Polski oraz 812 koni pochodzących z zagranicy.

6. W latach 2017–2013 odnotowano wzrost liczby koni sprowadzanych z Niemiec, Irlandii i Francji, przy nieznacznym spadku liczby koni pochodzących z Wielkiej Brytanii, USA, Szwecji i Włoch.

7. W aspekcie identyfikacji najważniejsze przepisy prawa to: Dz. U. 2018 poz. 1642, ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o systemie identyfikacji i rejestracji zwierząt.

8. Aspekt hodowli regulują następujące przepisy: ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy o organizacji hodowli i rozrodzie zwierząt gospodarskich, rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1012 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie zootechnicznych i genealogicznych warunków dotyczących hodowli zwierząt hodowlanych czystorasowych i mieszańców świni, handlu nimi i wprowadzania ich na terytorium Unii oraz handlu ich materiałem biologicznym wykorzystywanym do rozrodu i jego wprowadzania na terytorium Unii oraz Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) 2015/262 z dnia 17 lutego 2015 r. określające, na podstawie dyrektyw Rady 90/427/EWG i 2009/156/WE (Rozporządzenie w sprawie paszportu konia)

9. Handel końmi pełnej krwi angielskiej jest uregulowany na postawie Kodeksu Cywilnego dot. przepisów regulujących sprzedaż

10. Warunki weterynaryjne regulują: Rozporządzenia Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 16 lutego 2005 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie szczegółowych wymagań weterynaryjnych przy przywozie i przemieszczaniu koniowatych, jak również Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 18 września 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków weterynaryjnych, jakie muszą spełniać gospodarstwa w przypadku, gdy zwierzęta lub środki spożywcze pochodzenia zwierzęcego pochodzące z tych gospodarstw są wprowadzane na rynek

11. W aspekcie rozmnażania koni pełnej krwi angielskiej należy pamiętać, że jest to proceder zakazany proceder zakazany i do Polskiej Księgi Stadnej Koni Pełnej Krwi Angielskiej nie wpisuje się koni pochodzących z inseminacji, jak również nie dopuszcza się transplantacji zarodków.

[1] Często stosowane oznaczenie rasy koni pełnej krwi angielskiej.

## Bibliografia

Biuletyn Oficjalny Wiadomości Wyścigowe (1998). Wykaz Koni Pełnej Krwi Angielskiej.

Biuletyn Oficjalny Wiadomości Wyścigowe (1999). Wykaz Koni Pełnej Krwi Angielskiej.

Biuletyn Oficjalny Wiadomości Wyścigowe (2000). Wykaz Koni Pełnej Krwi Angielskiej.

Biuletyn Oficjalny Wiadomości Wyścigowe (2001). Wykaz Koni Pełnej Krwi Angielskiej.

Biuletyn Oficjalny Wiadomości Wyścigowe (2002). Wykaz Koni Pełnej Krwi Angielskiej.

Biuletyn Oficjalny Wiadomości Wyścigowe (2003). Wykaz Koni Pełnej Krwi Angielskiej.

Biuletyn Oficjalny Wiadomości Wyścigowe (2004). Wykaz Koni Pełnej Krwi Angielskiej.

Biuletyn Oficjalny Wiadomości Wyścigowe (2005). Wykaz Koni Pełnej Krwi Angielskiej.

Biuletyn Oficjalny Wiadomości Wyścigowe (2006). Wykaz Koni Pełnej Krwi Angielskiej.

Biuletyn Oficjalny Wiadomości Wyścigowe (2007). Wykaz Koni Pełnej Krwi Angielskiej.

Biuletyn Oficjalny Wiadomości Wyścigowe (2008). Wykaz Koni Pełnej Krwi Angielskiej.

Biuletyn Oficjalny Wiadomości Wyścigowe (2009). Wykaz Koni Pełnej Krwi Angielskiej.

Biuletyn Oficjalny Wiadomości Wyścigowe (2010). Wykaz Koni Pełnej Krwi Angielskiej.

Biuletyn Oficjalny Wiadomości Wyścigowe (2011). Wykaz Koni Pełnej Krwi Angielskiej.

Biuletyn Oficjalny Wiadomości Wyścigowe (2012). Wykaz Koni Pełnej Krwi Angielskiej.

Biuletyn Oficjalny Wiadomości Wyścigowe (2013). Wykaz Koni Pełnej Krwi Angielskiej.

Biuletyn Oficjalny Wiadomości Wyścigowe (2014). Wykaz Koni Pełnej Krwi Angielskiej

Biuletyn Oficjalny Wiadomości Wyścigowe, (2015), Wykaz Koni Pełnej Krwi Angielskiej.

Biuletyn Oficjalny Wiadomości Wyścigowe (2016). Wykaz Koni Pełnej Krwi Angielskiej.

Biuletyn Oficjalny Wiadomości Wyścigowe (2017). Wykaz Koni Pełnej Krwi Angielskiej.

Budny, J. (1988), *Polska hodowla koni pełnej krwi dziś i do końca lat dziewięćdziesiątych*, Krajowe Zrzeszenie Państwowych Przedsiębiorstw Hodowli i Obrotu Zwierzętami.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1012 z dnia 8 czerwca 2012 *w* sprawie zootechnicznych i genealogicznych warunków dotyczących hodowli zwierząt hodowlanych czystorasowych i mieszańców świni, handlu nimi i wprowadzania ich na terytorium Unii oraz handlu ich materiałem biologicznym wykorzystywanym do rozrodu i jego wprowadzania na terytorium Unii oraz zmieniające rozporządzenie (UE) nr 652/2014, dyrektywy Rady 89/608/EWG i 90/425/EWG i uchylające niektóre akty w dziedzinie hodowli zwierząt („rozporządzenie w sprawie hodowli zwierząt" Dz. Urz. UE, L 171/66, z 08.06. 2012).

Rozporządzenie wykonawcze KE 2015/262 z dnia 17 lutego 2015 określające, na podstawie dyrektyw Rady 90/427/EW G i 2009/156/WE, zasady dotyczące metod identyfikacji koniowatych (rozporządzenie w sprawie paszportu konia Dz. Urz. UE, L59/1 z 3.3.2015).

Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 26 listopada 2009 r. w sprawie materiału biologicznego wykorzystywanego w rozrodzie zwierząt gospodarskich (Dz U. 2009 nr 209, poz. 1610).

Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 22 czerwca 2004 r. w sprawie szczegółowych wymagań weterynaryjnych dla prowadzenia punktu kopulacyjnego (Dz. U. 2004 nr 156, poz. 1638)

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964r., Kodeks Cywilny, (Dz. U. 2018 poz. 1025)

Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 18 września 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków weterynaryjnych, jakie muszą spełniać gospodarstwa w przypadku, gdy zwierzęta lub środki spożywcze pochodzenia zwierzęcego pochodzące z tych gospodarstw są wprowadzane na rynek (Dz. U. 2003 nr 168, poz. 1643).

Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 28 kwietnia 2004 r., w sprawie szczegó`łowych wymagań weterynaryjnych przy przywozie i przemieszczaniu koniowatych (Dz. U. 2004 nr 100, poz. 1020).

Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 23 sierpnia 2001 r., w sprawie wysokości opłat uiszczanych na rzecz Polskiego Klubu Wyścigów Konnych za wydanie zezwolenia na organizowanie wyścigów konnych, za udzielenie zezwolenia na kierowanie stajnią wyścigową i licencji na trenowanie koni oraz dosiadanie (powożenie) koni, a także pełnienie funkcji sędziego wyścigowego oraz za rejestrację barw wyścigowych i zgłoszenie konia do wyścigów (Dz. U. 2001 nr 90, poz. 1008).

Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 1 czerwca 2016 r., w sprawie opłat za czynności związane z identyfikacją i rejestracją koniowatych (Dz. U. 2016 poz. 809).

Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 18 sierpnia 2016 r., w sprawie wysokości i sposobu pobierania opłaty za przekazanie i wprowadzenie informacji do centralnej bazy danych oraz ich przechowywanie (Dz. U. 2016 poz. 1338).

Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 9 grudnia. 2016 r., w sprawie wykonywania nadzoru w zakresie identyfikacji i rejestracji zwierząt, współpracy organów Inspekcji Weterynaryjnej, Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa oraz podmiotów prowadzących rejestry koniowatych, a także dokonywania zmian w rejestrze zwierząt gospodarskich oznakowanych, rejestrach koniowatych i centralnej bazie danych (Dz. U. 2016 poz. 2136).

Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 28 kwietnia 2008 r. w sprawie dodatkowych wymagań, jakie powinny spełniać związki hodowców oraz inne podmioty ubiegające się o prowadzenie rejestrów zwierząt gospodarskich innych niż świnie (Dz. U. 2008 nr. 84, poz. 513)

Ustawa z dnia 6 maja 2004 r. w sprawie zaświadczeń hodowlanych dla przewożonych z terytorium państw niebędących członkami Unii Europejskiej zwierząt hodowlanych, nasienia, komórek jajowych i zarodków (Dz. U. nr 122, poz. 1278).

Ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o systemie identyfikacji i rejestracji zwierząt, (Dz. U. 2018 poz. 1642).

Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy o organizacji hodowli i rozrodzie zwierząt gospodarskich, (Dz. U. nr 223, poz. 1775).

Krawczyk, J. (2004). *Analiza rynku koni pełnej krwi angielskiej w krajach anglosaskich w latach 1999–2003* (maszynopis pracy magisterskiej). Warszawa: SGGW.

Libernda, E. (2012). *Kupić konia a nie kota w worku*, sierpień 8/2012 (100), s. 22–25. Warszawa: Świat Koni.

PZHK (2003). *Identyfikacja koni. Instrukcja sporządzenia opisu słownego i graficznego koni*. Warszawa: PZHK.

Simoneau, (2007). Ruffian. ESPNT (film).

Tyszko, M. (2015). *Analiza sprzedaży koni pełnej krwi angielskiej ze Stadniny Koni Widzów w latach 2010–2015* (maszynopis pracy inżynierskiej). Warszawa: SGGW:

Vonczem, G. (2013). Racing In Central Europe: hoping for another overdose. *European Trainer*, (41), 40. Salisbury: Trainer Magazine.

Wicewicz-Bosy, M. (2014). *Międzynarodowy Obrót Końmi w latach 1961–2011*, nr 369, Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu.

Wierusz-Kowalski, M. (2009). *Motorem licytacji jest towar*, nr 21, s. 36–41: Warszawa: Hodowca i Jeździec.

**Źródła internetowe:**

Bradley Thoroughbreds, 2019, www.bradleythoroughbreds.com (03.11.2018)

Centralna Baza Danych Koniowatych, 2019, www.cbdk.pl/paszport/ (15.11.2018)

Coolmore, 2019, www.coolmore.com (22.04.2017)

EFTBA, 2019, www.eftba.eu (01.11.2018)

Equine Insurance Specialists, 2019www.equispec.com (13.11.2018)

IFHA, 2019, www.horseracingintfed.com (16.11.2018)

LexHipica, 2019, www.lexhippica.pl/nowe-zasady-sprzedazy-koni/ (16.11.2018)

Marketwatch, 2019, www. marketwatch. com (16.11.2018)

Krasnowska V., (2009), Warszawa, The Newsweek, www.newsweek.pl/biznes/inwestycja-na-cztery-kopyta,39068,1,1.html (15.11.2018)

Jędrzejko D., 2015, www.nieuczciwepraktykirynkowe.pl/?p=1129 (16.11.2018)

SB, 2015, www.pkwk.pl/wp-content/uploads/2015/08/Regulamin-PSB. pdf (16.11.2018)

Ostrowski R., 2016, www.ppr.pl/rolnictwo/zmiany-w-przepisach-o-rejestracji-koni (10.10.2018)

Liberda E., 2018, www.prawoikonie.com/zakup-konia-z-zagranicy-o-czym-musisz-pamietac/ (16.11.2018)

PZHK, 2019, www.pzhk.pl/formalnosci/paszport-koniowatego/paszport-dla-konia/ (05.11.2018)

Krajowe Centrum Hodowli Zwierząt, 2012, www.pzhk.pl/formalnosci/przepisy-prawa/obrot-i-handel-konmi/ (10.11.2018)

Główny Inspektorat Weterynarii, 2019, www.wetgiw.gov.pl/nadzor-weterynaryjny/identyfikacja-i-rejestracja-koniowatych (05.11.2018)

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.5

# The Turkish confession: How state-owned banks led to the financial crisis in 2001

## Turecka spowiedź: jak państwowe banki doprowadziły do kryzysu finansowego w 2001 r.

***mgr Małgorzata Brulińska***

E-mail: gosia.historia@gmail.com

**Summary**

Less than fifteen years ago, Turkey has experienced a financial collapse which many economic articles assumed to stem from high inflation rate or the impact of the international crisis. However, a deeper analysis shows that the main problem was a poor condition of public finances and banks, which still belonged to the state

In 2000, before the beginning of the crisis, state banks capital adequacy ratio was around 7.9% and non-performing loans constituted 11.3% of the total portfolio. There were simply in bad condition compare to other countries. State-owned banks in Turkey reached 35% share of the market while Poland in 2000 reached 22% share of the market

In 2001 Turkish banks lost their liquidity, the main cause of the crisis was a cut in the line of credit for smaller banks by the largest Turkish banks. The Turkish crisis of 2001 showed plenty of mistakes in the economic policy which were made by Turkey from 1920 until 2000. Not only led it to the destabilization of the financial and political situation and panic on the financial markets but it also cost the private sector 9.5 billion USD (6.4% of GDP) and the State Treasury lost much more, i.e. 43.7 billion USD (29.5% of GDP)[1].

The milestone in reducing the crisis was 15 May 2001 when Kemel Dervis became the Minister of Economic Affairs. He introduced a new economic program with the support of IMF and World Bank which introduced changes in the banking sector. The program envisaged the establishment of an independent central bank, structural reforms, depoliticization, commercialization and restructuring. The government finally began to use the same standards for private and state banks.

However, the changes introduced after 2000 were impermanent. Under the influence of AKP's success and the growing confidence of the leading party, the government started to look for shortcuts, i.e. Turkish government did not finish privatization of the banks which are still in possession of the state (about 42% of total deposits).

**Key words:** turkish banks, financial crisis, economic policy.

**Streszczenie**

Niespełna piętnaście lat temu Turcja doświadczyła załamania finansowego, wiele artykułów ekonomicznych podaje różne przyczyny jak np. wysoka inflacja, wpływ kryzysu międzynarodowego. Jednak dokładniejsza analiza pokazuję, że głównym czynnikiem były: zły stan finansów publicznych oraz banki wciąż znajdujące się w państwowych rękach

W 2000 r. przed rozpoczęciem kryzysu współczynnik wypłacalności banków państwowych wynosił 7,9%, kredyty niewypłacalne stanowiły 11,3% całego portfela. Tureckie banki były w złym stanie w porównaniu do innych krajów i osiągnęły 35% udziału w rynku. Polskie Banki w tym samym roku miały 22% udziału w rynku.

W 2001 r. tureckie banki utraciły swoją płynność, główną przyczyną kryzysu było odcięcie przez największe tureckie banki linii kredytowej dla mniejszych banków. Kryzys turecki z 2001 r. obnażył dużo błędów w polityce gospodarczej, które w okresie 1920–2000 popełniała Turcja, doprowadził on nie tylko do destabilizacji finansowej i politycznej oraz paniki na rynkach finansowych, kosztował sektor prywatny 9,5 mld USD (6,4%PKB) i o wiele więcej, tj. 43,7 mld USD (29,5% PKB), Skarb Państwa[2].

Przełomową datą w ograniczeniu kryzysu okazał się 15 maja 2001 r., kiedy funkcję ministra gospodarki powierzono Kemelowi Dervis, który wraz z MFW i BŚ wprowadził nowy program gospodarczy. Ogromne zmiany obejmowały sektor bankowy. Program zakładał utworzenie niezależnego banku centralnego, przeprowadzenie reform strukturalnych, odpolitycznienie, urynkowienie i restrukturyzację. Zaczęto stosować jednakowe normy dla banków prywatnych i państwowych.

Zmiany, które zaczęto wprowadzać po 2000 r. miały charakter nietrwały, pod wpływem sukcesów i rosnącej pewności siebie rządzącej partii zaczęto szukać drogi na skróty, tj. nie przeprowadzono zaplanowanej prywatyzacji i tureckie banki wciąż są własnością państwa (znajduję się w nich około 42% wszystkich depozytów).

**Słowa kluczowe:** tureckie banki, kryzys finansowy, polityka gospodarcza.

## 1. General overview of the research on the bank's public ownership

The research conducted by Barth, Caprio, Levine (2000), La Porta, Lopez de Silanes, Shleifer (2002) and Caprio and Martinez Peri (1999) shows that state-owned banks performance is worse than private banks and they are deeper affected by crisis Banks which are controlled by politicians are characterized by a low price to book ratio. In Euro Zone state banks were buying state debt and the only these ones that have increased their purchases during the European debt crisis. In Brasil e.g. companies, which supported the election winners after the election had easier access to loans from state-owned banks. The Global Financial Development Report made by World Bank Gonzales Garcia and Grigoli shows that an increase in a state participation in the banking sector by 1 percentage increases the budget deficit by approx. 0.15 percent GDP. Since industrial and agricultural banks, which were created to finance state firms and industrial enterprises, employed a large number of people they were the most problematic. These banks focused on lending and that is why they became loss-making farms and enterprises and were the most deeply insolvent.

A similar approach has been taken by Barth, Caprio and Levine who based on a sample that included high and low income countries analyzed the effects of banking regulation and supervision. The study has found a significantly negative relationship between public ownership in the banking system and indicators of banking sector development and performance

Additionally, using macro level data on bank credit and government bank participation, World Bank (2013) shows that government banks had more loans before the crisis than private domestic banks.

The World Bank claims that the ownership structure matters for crisis avoidance. Entry of foreign banks, as the World Bank mentioned, can be powerful generator of competition, efficiency and stabilization force, which will not lead to the crisis. A more detailed analysis of the individual countries shows that the main factors causing crises of state-owned banks are:

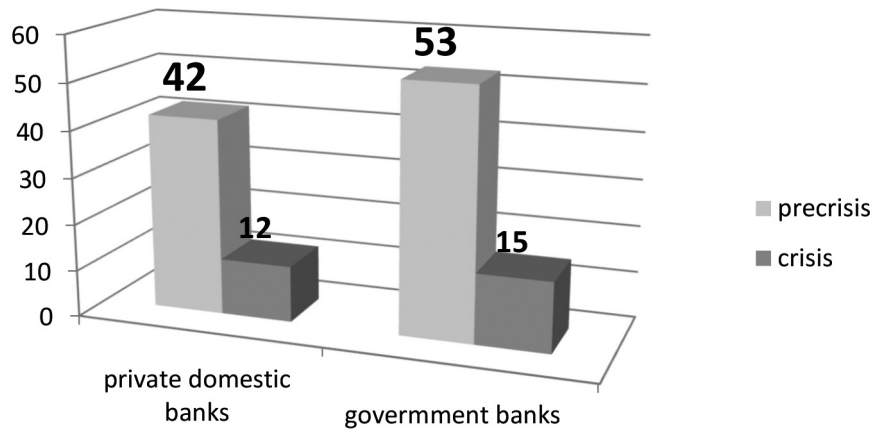
– moral hazard,
– crony capitalism.

Financial sector is particularly exposed to the risk of the moral hazard mostly because public banks are considered by the government as too big to fail and are therefore, most likely to be supported by the state rather than be allowed to announce bankruptcy. Raghurm T. Rajan characterized as follows these entities: "firstly they follow the warped motivation, on the other hand, these companies have a fairly clear competitive edge over other players. Thirdly, investors these companies have no incentive to discourage them to risk. Fourth, the more these companies will grow the more confident they can feel (the more they need to be saved)" (Groholski, 2016, p. 136–137).

We can simply indicate Spain as the country where the entity, which is protected against the risk, is behaving differently than the entity fully exposed to the risk. Caballero Míguez in "De la jerarquía al mercado: la reforma financiera espanola desde la nueva economía institucional" mentioned that "State banks are protected against the risks by public guarantees such as the state's savings and loans (cajas), which in contrast to the conventional banks do not have such stringent standards" (Miguez, 2004, p. 3). In Spain, for instance, cajas granted mortgage loans to the customers, which banks refused. The Spanish property market's crisis in 2009 led cajas to be supported by the government.

According to Kaufmann and Kraay (2002) crony capitalism is a success in business that depends on close relationships between business people and government officials. Business people connected with the government have a competitive advantage e.g. managers of political

Figure 1
**Growth of gross Loans and Bank ownership in Eastern Europe, 2004–2009, in percentages**




Source: The World Bank, Global Financial Development Report, 2013, p.111.

affiliations buy out shares in state-owned companies through preferential loans. The highest place in the index of "crony capitalism" belongs to Russia and Malaysia where the State Banks are especially exposed to the pressure exerted by politicians. What is more, the politicians bear the consequences of using their positions for personal benefit

Another example of the countries which are affected by crony capitalism is Slovenia. From 2007 until 2013 public debt jumped from 30 % to 75% of GDP as a result of the banking crisis, which were caused by politization of the banking sector. At the same time, overdue loans of the larger state-controlled Slovenian banks raised from 3% to 30%. Wide-spread crony capitalism in Slovenia caused mismanagement and high loans of the politically connected groups

## 2. The initial situation of Turkey in 2000

In 1998–1999 there was a impoverishing of economic growth, interest rates were significantly increased by Central Bank, the interest rate in the interbank market in 1998 amounted to 74.6% in 1999, 73.53% in 2000, 56.72% whereas in 2001 123.28%. This led to a decline of stock market index.

Figure 2 indicates the Poland had the largest share of employed in the public sector — it amounted to 33.75% in 1997. A large share of employed in the public sector was in Denmark — 34.99%. More than 20% of the working public sector had Latvia and Greece. The lowest rates were recorded in Germany (19.12%) and Turkey — 14.15% .

In 1998 the nominal balance of the public sector reached – 14.8% of GDP and increased in 1999 to 21.6% of GDP. The operating balance of the public sector amounted to — 3.3% of GDP in 1998, — 11.3% of GDP in 1999[3]. The explanation for the numerous fluctuations in the Turkish economy in 1998–2002 is the unstable political and economic situation of the country.

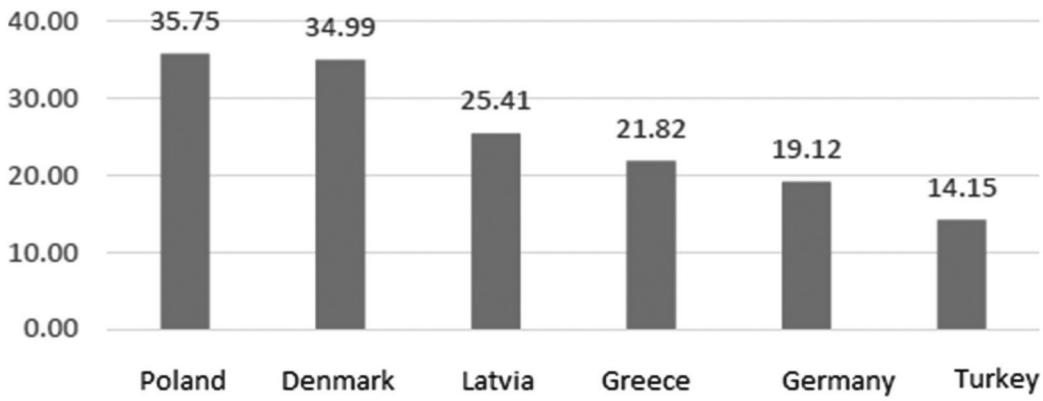
The public sector deficit was increasing steadily, especially, it was huge in 2001and amounted to 16,2% of GNP. These enormous differences were caused by the boom-bust decade of the 1990s and real appreciation of the lira. Growth of real GDP was extremely volatile e.g. real GDP growth (annual percentage change ) in Turkey was — 6.6, in Poland 1.2, in Germany 1.8, in Greece 4.1, in Denmark 0.8 and macroeconomic stability was plagued by high inflation and a weak currency. The most significant fallout of high public sector deficit on financial sector was the crowding-out. The stimulation of public investments created a rise in interest rates, which creates a decreasing effect on private investments. We can evidence it by domestic credit to private sector (% of GDP) in 1997 reached 26.30% of GDP, in 1998 collapsed to 16.78%, in 1999 slider to 16.23% in 2001 to 15.03% .

The national debt has increased in 1990 to 35% of GDP, in 1994 to 55% of GDP, in 2001 to 122% of GDP. Additionally, the unsuccessful trial of privatization CITOSAN (cement) and USAS (catering) shows to foreign investors that the Turkish government is unbelievable and has effectively discouraged them from making investments in Turkey.

Moreover, public banks had problem with interest rate risk, because of higher exchange rate risk and their inability to finance beyond short-term domestic instruments. The inability was caused mostly by nominated by the government chairmen who were afraid to make any effective changes. From 1998 to 1999 — the time when Turkey was governed by DSP[4] party is the only period in the history of the Turkish privatization when the share of value creation of the public sector in GDP increased (by 2.03 pp of GDP in comparison to the period 1995–1997 when govern DYP[5] coalition and the average was 12.99% of GDP). The state sector (public) was described as the sum of state administration and state-owned enterprises SOE-s (companies with more than 50% of state ownership).

In order to conduct a deeply analysis of the crisis in Turkey, which erupted in 2001, one should go back to the

2 Figure
**Employment in the public sector in selected countries in 1997**




Source: www.laborosta.ilo.org

Table 1
**Economic periods in Turkey**

| | 1994 | 1995 | 1996 | 1997 | 1998 | 1999 | 2000 | 2001 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| crisis | | | | | | | | |
| economic transformation | | | | | | | | |
| economic boom | | | | | | | | |
| crisis | | | | | | | | |

Source: own analysis.

Table 2
**The most important events related to the privatization**

| | |
|---|---|
| 1994 | The introduction of the privatization program |
| 1986 | The implementation of first privatization |
| 1990 | IPO of the shares of big SEEs |
| 1994 | Privatization law |
| 1999 | Amendment in the constitution |

Source: OECD, CASE, Ministry of Treasury of the Republic of Poland, 2013, p. 65.

early 90s and analyze changes in economic policy in Turkey. This time can be divided into four periods,: crisis (1994), economic transformation (1995–1996), the economic boom (1997–1999) and the crisis (2000–2001).

In 1997, DSP became a part of the government led by Mesut Yilmaz with ANAP and Ecevit becoming deputy of the prime minister. During the initial of the DSP rule , important positions in the Turkish economy were filled by politicians from the coalition. They controlled the most lucrative projects: the sale of power plants, energy distribution. In 1998 the large state monopolies in sectors such as oil (POAS), alcohol (Tekel) and cellulose and paper (SEKA) were allocated to the privatization.

The implementation of the projects failed because of the legal difficulties and trade unions opposition and this caused monopolies to not be privatized.

The government has often been accused of corruption and the lack of transparency. Conflict, clash, the lack of solutions and endorsement from the public are the main characteristics of the government ANAP-DSP. In 1998, the government got motion of non confidence and Ecevit received the mandate in order to form a new government.

In the period 1998–2002 the share of state sector increased from 16.68% of GDP to the level of 13.96% of GDP in 2002. In 1998–2002, we see a period of interlacing with increases and decreases in the share of public sector in GDP. During the reign of the coalition ANAP-DSP ie. 1998in 1999–1999 the state's share increased by 2.03 % pp. of GDP, then under the rule of DSP-MHP-ANAP, from 2000 to 2002 the state's share fell by 0.38 pp. of GDP. Turkey had the largest share in the mining sector (in 2002 56.8% of the state) and in the energy sector (in 2002 62% of the state).

The unstable macroeconomic and political situation led to the vicious economic circle. The most important factor for the banking situation is the economical and political

Table 3
**Share of public sector* from 1998 until 2002 billion T**

| Years | 1998 | | 1999 | | 2000 | | 2001 | | 2002 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| share of public sector in GDP in% | 13.68 | | 16.36 | | 14.93 | | 15.03 | | 13.96 | |
| share SOE in GDP in% | 7 | | 8.3 | | 6 | | 7.8 | | 7.9 | |
| share of public administration in GDP in% | 6.68 | | 8.06 | | 8.93 | | 7.23 | | 6.06 | |
| gross fixed capital formation in | 4.6 | | 4.4 | | 4.6 | | 4.2 | | 4.3 | |
| public sector as% of GDP | | | | | | | | | | |
| the share of public sector employment in% | 14.59 | | 14.49 | | 14.41 | | 14.67 | | 15.11 | |
| total employment in the thousands | 20872 | | 21413 | | 21581 | | 21524 | | 21354 | |
| GDP in billion TRY | 52224 | | 77415 | | 119518 | | 171839 | | 267047 | |
| Sector | SOE | % | SOE | % | SOE | % | SOE | % | SOE | % |
| agriculture | 28 | 0.3 | 40 | 0.3 | 44 | 0.3 | 81 | 0.4 | 140 | 0.5 |
| industry | 1494 | 12.5 | 2624 | 14.6 | 3302 | 11.4 | 3230 | 7 | 1088 | 15 |
| services | 2003 | 8.1 | 3537 | 9.7 | 6019 | 6.3 | 10109 | 11.8 | 10108 | 7.9 |

Source: Turkish Statistical Institute- Statistical Indicators, 1923–2011, p. 138, 762; Genel Rapor, 2001–2005, p. 46; Karaca, Tezi, 2003, p. 57; www.laborsta.ilo.org

situation in general. If the political or economical situation is high volatile and is away from consistency this will led to the risk for the banking sector. The restrictions of the development of the financial market and volatile economy scared the financial investors. The Turkish banking sector experienced some troubles, as a result of public banks excessive risk-taking behaviour within the last 25 years.

The detailed analysis of the Turkish case shows that many banks were created by Turkey in 30s and supported particular sectors. Ziraat Bank (Agriculture Bank, established in 1863), whose mandate and credit operations have been tailored to supporting farmers and agrarian development. Sümerbank (established in 1933) was mandated to finance Turkey's state-led development strategy by channelling credits into other SOEs. Various local People's Banks also emerged at the same period to service their mandated communities of cooperatives, trades and crafts persons, and shopkeepers through their formal links to the Ministry of Industry, these SOBs have since merged into Turkey's second largest SOB, Halkbank. The Belediyeler merged into ItIÿller Bank supporting Turkey's municipal, village and provincial authorities in funding infrastructure.

The biggest opponents of the privatisation of the Turkish banks were their clients, which could get support by special privileges in the form of credits or subsidies. The examples of such credits are credits for agriculture, which were supported mainly by state banks. At the beginning of the 21th century some of financial institutions (private banks, leasing companies, etc.) offering loans to the agricultural sector have been discouraged from giving loans because it transpired that they have to subsidize interest rates. Agricultural Bank of Turkey — Ziraat Bankasi is a major supplier of agricultural credit and performs payments for public support. The loan is distributed to farmers by the Agricultural Credit Cooperatives (ACC). Agricultural Bank deals mainly with a lot of agricultural SOE-s and Agricultural Cooperative Associations (ASCUS), while the ACC is focused on small farmers. There is a lot of people who are benefiting from "this kind" of business and they are opposing privatization. Ziraat Bank, ACC and ASCUS played a key role in subsidizing the farmers.

The "most prominent" state banks — Ziraat and Halk carried out quasi-fiscal operations. In the years 1985–1999, 15 banks were on the list of banks, which generated problems, but none of them have been obviated. The banks functioned as government agencies, supporting selected sectors of the economy (e.g. the agricultural sector) and leading irresponsible credit policies. As shown in the table below, in 1998–2002 risky loans of the state banks accounted for 11.1% of the total portfolio in 2000, in 2001 — 37.3% and in 2002 — 37.4%.

The bad situation of the banking system has been accumulating and referred to state banks. Since 1998, systematically each year the share of difficult collectible loans (non performing loans as a % of total portfolio ) in the total amount of loans was increasing. It shows that the bad situation in the banking was increased and mainly touched the state-owned banks

Table 4
**The banking system in Turkey in 1998–2002**

| rivate banks | 1998 | 1999 | 2000 | 2001 | 2002 |
|---|---|---|---|---|---|
| size of assets in mln EUR | 66.811 | 74.667 | 74.94 | 67.442 | 74.13 |
| market share in % | 56.91 | 55.92 | 48.27 | 57.65 | 57.16 |
| the capital adequacy ratio | b.d | b.d | 18.3 | 9 | 19.7 |
| nonperforming loans as a % of total portfolio | 6.9 | 3.5 | 3.5 | 27.6 | 8.9 |
| **state banks** | | | | | |
| size of assets in mln EUR | 45.198 | 51.229 | 71.472 | 41.572 | 51.25 |
| market share in % | 38.5 | 38.36 | 46.04 | 35.54 | 39.51 |
| the capital adequacy ratio | b.d | b.d | 7.9 | 34 | 50.2 |
| nonperforming loans as a % of total portfolio | 5.3 | 9.1 | 11.3 | 37.3 | 37.4 |
| foreign banks | | | | | |
| size of assets in mln EUR | 5.389 | 7.637 | 8.225 | 75.404 | 4.32 |
| market share in % | 4.59 | 5.72 | 5.3 | 64.46 | 3.33 |
| the capital adequacy ratio | b.d | b.d | 29.4 | 41 | 58.2 |
| nonperforming loans as a % of total portfolio | 2.1 | 2.1 | 1.8 | 9.3 | 4.3 |
| **banks total** | | | | | |
| size of assets in mln EUR | 117.4 | 133.53 | 155.237 | 116.98 | 129.7 |
| market share in % | 100% | 100% | 100% | 100% | 100% |
| the capital adequacy ratio | b.d | b.d | 17.3 | 15.3 | 26.4 |
| nonperforming loans as a % of total portfolio | 6.7 | 9.7 | 9.2 | 29.3 | 17.5 |

Source: Krzesicki, 2007, p. 31; www.tbb.org.tr

## 3. The outbreak and the course of the Turkish crisis

The negative effects of public banks within the system have made it clear that the state banks had accumulated risks on the road to the crisis. The four state-owned banks held almost 30% of total assets in the banking sector in 1999. These were operating next to around 50 relatively small private banks. Moreover, the increasing size of duty loss accumulation[6] of the state banks (as they provided loan facilities for agriculturalists, merchants, artisans, young and female entrepreneurs, as well as natural disaster aid in accordance with laws and enactments) and the need to finance duty loss by short-term domestic bank liabilities was the source of the problem. These duties have negatively affected the efficiency of banks and caused the market discipline disappear and unbalances appear within the sector. The share of total duty loss receivables of Ziraat and Halk banks within GNP, which was 3% in 1996, increased to 12% in 2000. Public banks have covered their financing needs from market in the short-term at high cost, which has augmented their losses as well as instability of the financial sector.

"Several economic sectors, such as the telecom sector, were dominated by state enterprises, and were generally operating at low levels of efficiency and representing a burden on the government budget and these sectors easily got support from state banks[7]".

Moreover, the state banks were more open to interest rate risk. This is why the November 2000 crisis hit the state banks. The causes of the outbreak of the financial crisis are: largest public banks cut off credit lines for smaller banks in order to hedge prior their possible bankruptcy.

In 2001, resources were transferred to the Public Banks that amounted to 19 854 mln USD (15.8% of GNP). The higher amount of this consisted of debt, due to duty losses of 17 400 mln USD (13.8 % of GNP). Non-cash capital (through the issue of non-cash bonds) amounted to 2 229 mln USD (1.77% GNP). The biggest support was given to Ziraat Bank (10 639 mln USD) (8.47% of GNP).

### How did the crisis start?

The crisis started from the improvement of the economic situation (after the crisis of 1994) and so-called "living on credit". The external loans from IMF and external banks (from which the state banks were financed) were a large part of the income of the banks. The collapse was caused by accumulated structural distortions,which put pressure on the pegged exchange rate regime, and the failure of the Turkish government to maintain its austerity targets and to implement the necessary structural adjustment reforms on time. This led to liquidity crisis, which in turned precipitated a banking crisis and finally spread over the whole economy.

The state banks behaved differently than private banks. State banks maintained 42% of all deposits, but 57% of TRY deposits and only 24% of foreign currency. The government could not handle increasing outstanding debt instruments and Treasury deficit that encourage them to consider these non-performing loans (rollover loans) to be considered as performing loans by the public banks. The treasury was controlling the banks directly as SOEs and these non-performing loans were financing the government. Moreover, at this time the banking supervision authority was the Treasury. Possible, the conflict of interest was one of the most significant dimensions, which led to duty loss accumulation.

Table 5

**Structural Characteristics of Private and State Banks, 1997–2001a**

| | | 1997 | 1998 | 1999 | 2000/I | 2000/II | 2000/III | 2000/IV | 2001/I | 2001/II |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Loan/GDI | PRIVATE | 113.72 | 119.28 | 82.52 | 93.26 | 102.49 | 111.39 | 130.70 | 139 | 144.97 |
| | STATE | 86.24 | 87.86 | 66.27 | n.a | n.a | n.a | 59.22 | n.a | n.a |
| Share of interest earning assets | PRIVATE | 67.80 | 63.66 | 63.22 | 60.79 | 61.88 | 60.92 | 58.05 | 53.95 | 52.73 |
| | STATE | 36.63 | 35.34 | 28.85 | n.a | n.a | n.a | 31.88 | n.a | n.a |
| share of accumulated duty losses | STATE | 27.07 | 27.59 | 32.01 | n.a | n.a | n.a | 30.68 | n.a | n.a |
| share of networth | PRIVATE | 9.13 | 9.87 | 11.29 | 12.16 | 12.83 | 13.85 | 12.39 | 11.25 | 9.65 |
| | STATE | 5.38 | 3.85 | 3.80 | 3.78 | 3.50 | 3.20 | 2.69 | 3.78 | 3.50 |

Source: Central Bank of Turkey.

The Turkish government tried to rescue the economy in 1998. Politicians agreed on stabilization program with the IMF. In November 2000, the IMF gave Turkey a loan of 5.49% Turkish GDP (15 billion USD). The main goal was to strengthen the economy, the implementation of strict fiscal policy, supporting and coordinating monetary policy and structural reforms. However, the program resulted in failure.

Securities and cash were injected to state banks in order to strengthen their capital base.

State banks had a privileged position in the market. The government was not willing to accept the bankruptcy of those banks and forced the other banks (mostly commercial) to finance state banks. Ziraat Banka did not fulfill its commitments regarding the interest rates. This was the main reason for the crisis. Zirat' s interest rates (public bank) raised 70 times[8]. When we look at the Prime Ministry Inspection Reports, we can see clearly that public banks

triggered the crisis. All of the loans given by the Halk Bank had not yet been charged, roughly since 1978 until 2002, Halk Bank has continued this practice.

Additionally, a monopoly of banking for state enterprises and foundations is still hold by state banks . The companies are made to open an account only in state banks, which give them no chance of using the more advanced financial products offered by foreign and private banks. Therefore, this led to the situation that state banks have total monopoly of the cash management of enterprises.

Another reason, which was the cause of the financial crisis in Turkey, was the slow pace of the structural reforms. Since 1998, the share of difficult recoverable loans in the total amount of granted loans has been steadily increasing. Ten of the Turkish banks have had serious liquidity problems. The Banks could not generate growth through investments because they granted small and short-term loans but with high rate of return and with greater risk. The number of state banks did not exceed 35%, but they hold approx. 50% of the total worth of deposits. The state banks were dependent from the decision of the authorities and they financed state companies and important from the government's point of view sectors.

## 4. What was the course of the crisis?

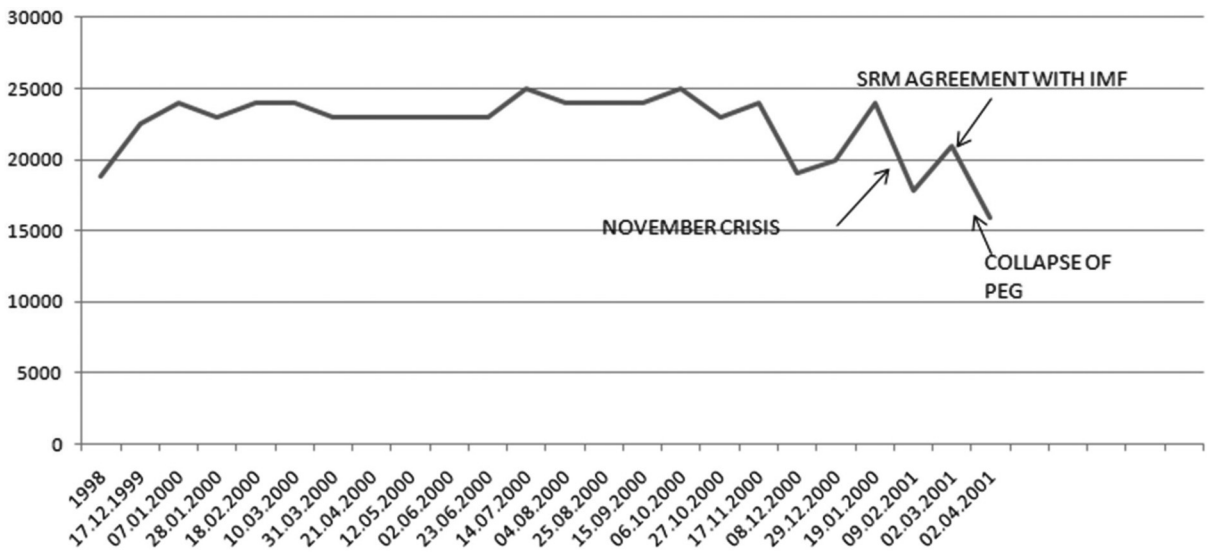
### The collapse — November 2000

Some researches could claim that the cause of crisis was bad situation of public finances but it is worth to remember that the losses of banks and other public enterprises was a cause of huge deficit of state finances and deficit was the primary cause of chronically high inflation and increasing the costs of servicing of public debt. In late 90s public deficits reached a peak of 11.7% of GDP. Demirbank (ninth-largest bank with a 5% market share of deposits) caused in 2000 avalanche series of bankruptcies. Demirbank bought high-interest long-term bonds obtaining funds from the interbank market overnight repo loans. At the moment of lack of liquidity of Demirbank, other banks refused to finance Demirbank, leading to its collapse. To avoid a domino reaction, Turkish Central Bank (TCMB) lend the banking system 6 bln USD (3% GDP) of reserves. However, that has not stopped the crisis, the largest state-owned banks have cut credit lines for smaller banks to hedge against their potential bankruptcy, causing a deterioration of liquidity and the withdrawal of 21% of the money. TCMB lost during one week 5.5 bln USD (2% GDP) of reserves. Turkish currency fell, which led to the collapse of the banks that were unable to repay their foreign liabilities. Turkish economy was highly dollarized and low confidence in the lira affected the decline of deposits in TRY.

### Temporary stabilization

The economy shrank by 5.3% in 2001, GDP per capita declined to 6.5% due to huge losses of state banks and banks being taken over by the SDIF, and public debt rose from 38% in 2000 to 74% of GDP in 2001. Turkey in order to counteract the domino effect has asked the IMF to get additional grant. In December, the IMF approved a loan stand-by in the amount of 7.5 bln USD (3.75% GDP). However, the IMF subordinated the grant from the banking system reforms. The program included, among others: restructuring of state-owned banks, recapitalization the weakest banks and elimination of open currency positions. IMF's support seemed to stabilize financial markets. Until mid-January, foreign exchange reserves were at the same level as before the crisis (see Chart 3), interest rate decreased below 60%.

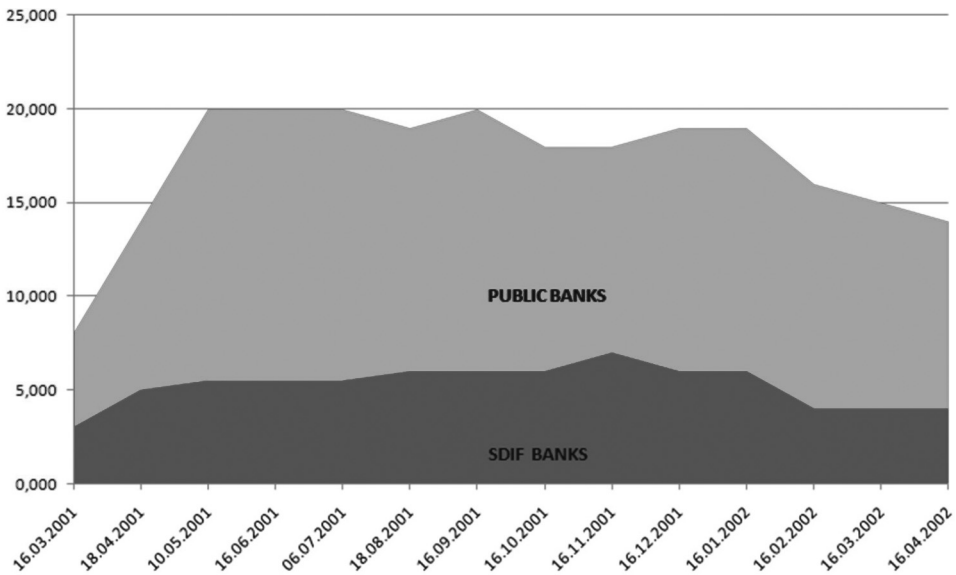
Figure 3
**Central Bank Foreign Exchange Reserves, 1999–2001 (Billions of dollars: weekly)**




Source: The Central Bank of Republic of Turkey, 2001, p. 63; Akyurek, 2006, p. 25.

TCMB still provided support banks under supervision of SDIF so long as their limit 7 bln TRY (2.94% GDP) will be respected. The banks' amount of repo has been steadily decreasing and liquidity positions of these banks have been boost. Since April 2002 the liquidity operations have been completed when public banks repay their repo liquidities and the state banks have been treated equally with international banks (Figure 4). Nowadays, they are treated similar with other banks" in terms of their access to Central Banks' TRY liquidity facilities".

Figure 4
**Total CBRT liquidity support to public and SDIF Banks (outstanding repo+outright purchase), trillion TRY**




Source: Central Bank of Republic of Turkey, 2002, p.10.

## The culmination of the crisis (Kara Çarsamba) — February 2001

The stability was just temporary, until mid-February 2001, interest rate rose 70 times. The aid package of IMF and the agreement with creditors was demolished in a few hours during a meeting of the National Security Council and the public conflict between the president and Prime Minister Ecevit Sezar. Kara Çarsamba — Black Wednesday, the definition frequently cited in the literature, which describes the Turkish financial crisis of 2001. Black Wednesday is the day when a meeting of the National Security Council and the public conflict between the president and Prime Minister Ecevit Sezar took place. The President, who was a supporter of the fight against corruption, accused the Prime Minister that he did not carry out reforms.

The IMF program could not withstand the spark of political brawl on February 22, and the financial markets were set ablaze. Central bank reserves declined by $ 5 billion in one week, as massive flight from the Turkish lira occurred and overnight rates exceeded 5,000 percent. This time, the government was obliged to abandon the peg and float the currency.

## 5. Reconstructive actions of Turkey

The turning point was 15 May 2001, when Kemel Dervis, previously vice president of the World Bank, became the Minister of Economic Affairs. He introduced a new economic program with the support of IMF and World Bank. The new economic program assumed increase of taxes, cutting spending, unpegging the Turkish Lira, reducing wages in the public sector, selling state assets and opening to foreign investors. The new government accelerated privatization by selling shares of the largest state-owned companies, for example: a national telecommunications company. The share of the public sector began to fall from 15.03% of GDP in 2001, to 13.96% of GDP in 2002. The regulations introduced after the crisis increased requirements for transparency in the banking sector, which was recapitalised by opening it to foreign investors. Turkey, which for years has been the largest borrower of the IMF, held discussions about the stand-by loan claiming that it finally can stand on their own two feet. The economic situation has dramatically improved in comparison to the previous period. One can see it, for example, in lower inflation more or less until 2010. Turks led a healthier policy (stable public finances, low inflation, and structural reforms)

Table 6
**Economic performance of Turkey from 2000 to 2010**

| | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| **Annual growth of GDP in %** | 6.8 | -5.7 | 6.2 | 5.3 | 9.4 | 8.4 | 6.9 | 4.7 | 0.7 | -4.8 | 9.2 |
| **Unemployment %** | 6.5 | 8.4 | 10.4 | 10.5 | 10.8 | 10.6 | 10.2 | 10.3 | 11.0 | 14.0 | 11.9 |
| **Annual inflation in %** | 54.9 | 54.4 | 45.0 | 25.3 | 10.6 | 10.1 | 9.6 | 8.8 | 10.4 | 6.3 | 8.6 |
| **FDI in mld USD** | 1 (O.37% GDP) | 4 (2% GDP) | 1 (0.42% GDP) | 2 (0.64% GDP) | 3.5 (0.86% GDP) | 10 (1.99% GDP) | 20.1 (3.63% GDP) | 22 (3.26% GDP) | 19.7 (2.58% GDP) | 8.6 (1.33% GDP) | 9 (1.17% GDP) |
| | Financial crisis | | Structural reforms | | | | | | | Global crisis | |

Source: World Bank Data 2016.

The big changes enhanced the banking sector too. In May 2001, government introduced a program of restructuring the banking sector (bankalarinin sector yeniden). The reforms of restructuring of the banking sector established by BRSA[9] (Banking Regulation and Supervision Agency) in 2001 have had four important goals. The first one was the restructuring and improvement of financial conditions of banks[10] and ultimately their privatization. Certain measures were taken, for instance, the elimination of current liabilities and the recapitalization of these banks. Another objective of the program was to resolve the situation of banks that were under the administration of SDIF by sales, merger, liquidation or transfer. At the end of 2002 there were twenty banks (which were audited from 1997 to 2002) but just two of them were managed by SDIF. The reset was encouraged to straighten the private banks. The last was in case to support the supervision framework. The government began to apply the same standards for private banks and state banks. Until 2004 the government sold and restructured all 20 banks previously acquired by SDIF20 (7 liquidated, 7 combined, 6 privatized).

After the crisis a new law called "Kanun Merkez Bankasi" (Central Bank Amendment law) was created. It provided three basic pillars for TCMB: stability, independence and the decline in inflation. To achieve these priorities they have reduced the government's regulation in banking sector. Moreover, they have reduced the degree of state intervention in banks and other financial institutions, minimized the impact of the government in the granting of credit, opened the Turkish banking sector to foreign competition and introduced price liberalization.

## The costs of the crisis

The banking crisis in 2001 cost Turkey 29.5% of GDP (43.7 billion USD), the restructuring of state banks cost 21.9 billion USD (14.8% of GDP), the restructuring of private banks cost 21.8 bilion USD (14.7% of GDP). In 1999 — six banks collapsed in 2000 — three banks in 2007 — seven banks. Only in 2001 more than 32000 well — educated employees, which accounts for 29.3 percent of the number of workers in the banking sector, have lost their jobs. Twenty banks, which have been severely affected by the crisis were transferred to SDIF.

Table 7
**The costs of banking crisis**

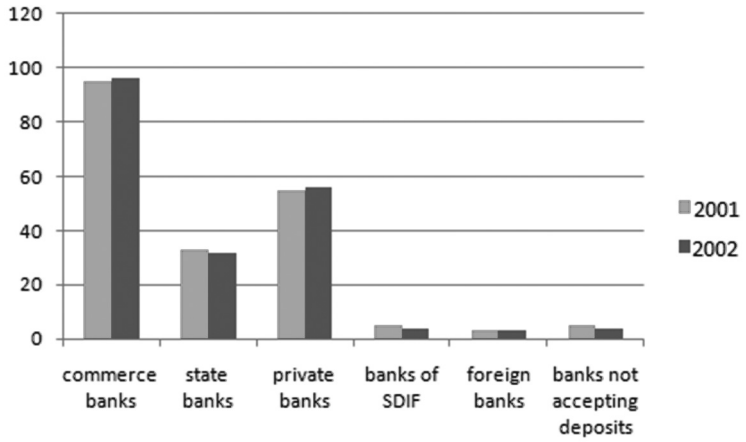
| | the cost of the crisis | |
|---|---|---|
| | bln EUR | as a % of GDP |
| cost for the public treasury | 43.7 | 29.5 |
| restructuring of state-owned banks | 21.9 | 14.8 |
| reserves for lost receivables | 19.0 | 12.8 |
| recapitalization | 2.9 | 2.0 |
| restructuring of private-owned banks | 21.8 | 14.7 |
| costs for the private sector | 9.5 | 6.4 |
| the costs incurred by SDIF | 6.7 | 4.5 |
| recapitalization by shareholders | 2.8 | 1.9 |
| **total** | **53.2** | **25.9** |

Source: Pawlikowski, 2006, p. 29.

## How the government cut corners

The success and the growing confidence of the ruling AKP party led to the relaxation of economic policy. The turmoil on the political scene11 and international financial crisis deteriorated financial standing and in 2008 investment inflows collapsed. 30 pp. compared to 2007. The revenue from exports shrank by a quarter and decreased revenues from tourism, there was a slight (4 pp) drop in GDP. The deterioration of the economic situation in 2008 led to a decrease (0.1 pp.) in the private consumption in 2009 compared to the previous year. In December 2012 the Ministry of Finance cancelled the tender for the privatization of 8 roads and highways and 2 bridges. The government did not realize privatization's target adopted in 2012 to achieve 12.5 bln TRY (1.43% GDP) budget revenues. Moreover, they gave up further reforms of the banking sector. The attached chart below clearly shows that state-owned banks had still significant share in public sector.

Figure 5
**Appearance of banking sector in Turkey, 2001 and 2002 (%)**




Source: http://www.tbb.org.tr

Despite great efforts after 2001 and the introduction of the Central Bank Law Amendment the TCMB still does not have a full functional independence. The strategy of monetary policy is shaped by Monetary Policy Committee although the inflation target is determined after consultation with the government. The Central Bank of the Turkish Republic is prohibited from assigning loans to entities classified as a public sector. This prohibition is not absolute and in specific situations, the central bank may grant loans to the public sector. The central bank does not charge for transactions carried out on behalf of the government. In the event of a crisis TCMB has limited leeway to tighten monetary policy and to limit the fall of lira.

A large part of the banks belongs to or depends on the Treasury. 57 million savings accounts, or more than half of the country's total. On its own, Ziraat, the largest of the SOBs, handled nearly 42 million accounts. Ziraat Bank, the second largest bank in Turkey, is wholly owned by the state and Garanti Bankasi. Ziraat Bank's total assets reached 85.066 mln USD (9.91% GDP). The state is also owner of Halkbank (assets reached 48.242 mln USD, 5.62%GDP, sixth place in the ranking of the largest banks in Turkey), Vakifbank (assets amounting to 47.215 mln USD, 5.50% GDP seventh in the ranking), Kalkinma Bank (assets reached 1,479 mln USD, 0,15% GDP, twenty-fourth place in the ranking), Eximbank (assets amounting to 5,114 mln USD, 0, 59% GDP, fifteenth place in the ranking) and the Iller Bank (6.031 mln USD,0,70% GDP, the fourteenth place in the ranking). Still, state-owned banks have offered more loan facilities to small — and medium-sized enterprises (SMEs), merchants and corporate companies in recent years, and they have played an influential part in the financing of mega projects that Turkey carries out as a part of its 2023 vision. Taækesenlioglu claimed that Halkbank operates in all spheres of contemporary banking. All of Turkey's state-owned banks are joint-stock companies where different state or governing authorities own controlling shares. Of the six SOBs, Ziraat and Eximbank are fully owned by the federal state and the Turkish Treasury holds 99 per cent of Kalkinma Bank shares. Iÿller Bank is also fully public but is controlled by provinces, municipalities and villages. VakifBank is a special case where a cultural branch of the state, the Foundations Directorate, has been controlling ownership on behalf of thousands of individual non-profit foundations (e.g. heritage sites) and has been partially privatized since 2005. Halkbank has had its shares transferred to the state's Privatization Administration (which receives dividend payouts from Halkbank's yearly returns). State authorities retain controlling shares in all six banks and this offers a potentially powerful lever of domestic extra-economic coordination unlike any other sector of the economy.

Table 8
**Ownership and control in Turkey's state-owned banks, 2017**

| Banks | year of established | chairman of the board | ownership profile |
|---|---|---|---|
| state owned deposit banks | | | |
| Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası A.Ş | 1863 | Muharrem Karslı | 100% treasury |
| Türkiye Halk Bankası A.Ş. | 1938 | Recep Süleyman Özdil | 51% belongs to Turkish Prime Ministry's Privatization Administration, |
| | | | 48,86% belongs to individuals and legal entities |
| | | | (via 24.94% December 2008 public offering and a 23, 92% November 2012 public offering). |
| Türkiye Vakıflar Bankası T.A.O. | 1954 | İsmail Alptekin | 25.18% were sold via public offering in November 2005, |
| | | | 58,44% belongs to Turkish Foundations, which is represented by the General Director of Foundations |
| | | | 16,38% belongs to indyviduals and legal entities |
| State-owned Development and Investment Banks | | | |
| İller Bankası A.Ş | 1933 | Mücahit Demirtaş | 82,56% belongs to multicipalities |
| | | | 10,39%to Special Provincial Administration |
| | | | 7,05% to villages |
| Türk Eximbank | 1987 | Osman Çelik | 100% treasury |
| Türkiye Kalkınma Bankası A.Ş. | 1975 | Ahmet Buçukoğlu | 99,08% belongs to Treasury |
| | | | 0,92% belongs to individuals and legal entities |

* Privatization Administration (OIB) is the Turkish government agency, which has responsibility for the privatization of publicly owned assets
Source: Marois, Güngen, 2013, p. 10; www.tbb.org.tr/en/banks-and-banking-sector-information/member-banks/list-of-banks/34

## Recommendations for Turkey, what has to be done

To sum up, the priority for the Turkish banking sector should be:

– **privatization of the banking sector;**

Total revenues from privatization during 1985–2013 amounted to 46.2 billion USD. The financial crisis cost Turkey 43.7 bln USD. In 2016 the banking sector in Turkey embraced approx. 50 banks, two state banks Ziraat Bank and Halk Bank accounted for 27% of the Turkish banking sector, and if we include Vakifbank, this share will rise to 34%. What is more, privatization is reducing the influence of the privileged economic groups. The advertising budgets of politicial parties prioritized bank licensing and low-interest credit by state banks. Thus certain large business groups remained in the sector, despite the losses suffered by media enterprises, and finance their media investments with income obtained from other sectors, particularly by the banks, which they own.

– **opening to foreign capital;**

The share of assets of foreign banks in Turkey in 2004–2009 amounted to 11.62%, while the ratio for Latvia was 61.4%, Slovenia 26.9% and Poland 54.2%.

– **abolishing the privileges of state-owned banks and increasing the level of savings in private banks;**

The level of loans and deposits should be reconciled, for example, nowadays short-term liabilities account for 62% of total liabilities. State banks were better protected from some of the challenges that the banking sector was facing. According to Fitch Ratings, only state-owned commercial banks are eligible to receive savings deposits from certain state-owned companies. This means stable state-related deposits represent a high 30% of total deposits at Vakifbank and around 20% at Ziraat and 16% at Halk.

– **tailoring legal areas to the requirements of the EU;**

Turkey should introduce the institutional, personal, functional independency and quit giving lends to the public sector and, what is more, should introduce banking sector to the supervisors that are independent from the government.

– **changing economic policy;**

Turkey is exposed to risks associated with the escape of hot money, for example, protests in Gaza in summer 2013 resulted in an outflow of portfolio investments in the amount of 4 bln USD (0.42% GDP). Turkey is seen by investors as economically unstable country, the rating agencies S & P and IHS maintain a circumspect assessment of Turkey's investment ratings, because they are afraid of the dangers associated with the outflow of capital and the internal situation in Turkey. Turkey faces the problem of high inflation, which in 2008 amounted to 15%, in 2009 amounted to 14%, in 2014 amounted to 10%.

[1] Calculated as the cost of restructuring: consolidation of banks and public assistance in comparison to Turkish GDP

[2] Obliczone jako koszt restrukturyzacji: konsolidacji banków i pomocy publicznej w stosunku do tureckiego PKB.

[3] In the analysis of government operations operating balance is one of main fiscal indicators: operating balance is a summary measure of the effects of revenue and expense transactions on nominal worth (nominal balance).

[4] Rashan Ecovit established DSP-Democratic Party, in 1985. Party has profile centre and nationalist is the successor of the Republican People's Party. The party ruled from June 1997 until November 2002.

[5] DYP-True Path Party was the successor of the Justice Party, the main centre-right party before 1980. The electorate of DYP were mainly small business owners and farmers. The party ruled from November 1991 to 1997.

[6] (Duty losses accumulation — the accumulation of non performing loans of the banks).

[7] (EC, 2009)

[8] In a sense today one will barrow 1 zloty and in next year has to give back 70 zlotych.

[9] BRSA — Banking Regulation and Supervision Agency, founded in 2000. BRSA main task was the regulation and supervision of the banking sector and ensure the security and stability of the financial market in Turkey

[10] In order to improve the financial situation of banks they have been recapitalized, Ziraat Bankasi received support in the amount of 1,700 mln TRY, Halk Bankasi 900 mln TRY, Emlak Bank 624 mln TRY

[11] CHP party has accused the Minister of Finance Kemal Unakitan of abuse of power in the unsuccessful tender Galataport. AKP, which represented the majority in the Turkish parliament has rejected CHP request for the minister's resignation.

## Bibliography


A world Bank Policy Research Report (2001). *Finance to growth: Policy choices in a volatile World*, p. 20–22.

A world Bank Research Report (2001). *Finance for Growth: Policy Choices in a Volatile World*. The World Bank.

Akinci, M., Akinci G., and Yilmaz, Ö. (2015), *The relationship between Central Bank independence, financial freedom and economic growth*. Turkish Central Bank.

Akyurek, C. (2006), *The Turkish Crisis of 2001.* A Classic? Emerging Markets Finance and Trade.

Balcerowicz, L. (2010). *Tureckie kazanie*, www.balcerowicz.pl, [accessed: 07.05.2016].

Balcerowicz, L., Rzońca, A. (2010). *Zagadki wzrostu gospodarczego*. Akademia Oeconomica, p. 28.

Barth, J., Caprio, G., Levine, R. (2011). *Banking System Around the Globe. Do regulation and ownership affect performance and stability*, p. 48 [http://www.nber.org/chapters/c10757.pdf].

Błaszak, A. (2010). Turecka lekcja wychodzenia z kryzysu. *Rzeczpospolita*, p. B10.

Can, M. (2010). ÜLKEMIZDE YAÆANAN EKONOMIK KRIZLER ÜZERINE DÜÆÜNCELER, http://www.mevzuatdergisi.com/2010/09a/02.htm [accessed: 19.06.2016].

Chorafas, D. (2015). *Business Efficiency and Ethics: Values and Strategic Decision Making*, p. 50.

*Commission Staff Working Papers* (2016). Turkey 2016 Report, p. 32.

Deloitte (2015). *The call for rerouting Turkish Banking Sector outlook 2015*, www2.deloitte.com [accessed: 19.03.2016].

Elekdag, A. (2011). *The role of Monetary Policy in Turkey during the Global Financial Crisis*, www.imf.org [accessed: 16.05.2016].

Erkilek, A. (2003). *Transnational Corporations: A comparative analysis of inward and outward FDI in Turkey*. United Nations, p. 85.

European Investment Bank (2013). *Banking in Central and Eastern Europe and Turkey*, p. 37.

FOR (2015). *Następne 25 lat jakie reformy musimy przeprowadzić, aby dogonić zachód*. Forum Obywatelskiego Rozwoju, p. 49.

Grocholski, Z. (2016). *Banks and financial markets From public confidence to the Casino* (136–137). Warszawa: Poltext.

Haber, S. (2002). *Crony Capitalism and Economic Growth in Latin America: Theory and Evidence*. Hoover Institution Press, p. 2–3.

Hoekman, B., Togan, S. (2005). *Turkey: Economic Reform and Accession to the European Union*. Washington: The World Bank, p. 165.

Hossain, A. (2015). *Central Banking and Monetary Policy in Muslim Majority Countries*, p. 330.

International Monetary Fund. (2001). *International Financial Statistics*.

Jarosiewicz, A. (2013). *Gospodarka Turcji, sukces z niepewnymi widokami na przyszłość*, Ośrodek Studiów Wschodnich im. Marka Karpia, p. 5.

Karaca, K., Tezi, Y. (2003). *Türkiye'de Kamu Iktisadi Teæebbüslerinin Etkinlik Ölçümü Üzerine bir Uygulama*. Ankara: T. C. Ankara Üniversitesi.

Kibritçioglu, A. (2003). *Banking sector crisis and related new regulation in Turkey*. Ankara University

Krzesicki, O. (2006). Sektor bankowy-między Europą a Azją, 2006/2007. *Gazeta Bankowa*, p. 30–31.

Laborosta (2014). *Employment*. [http:laborosta.ilo.org; dostęp 20.07.2014].

Levine, R. (1996). *Foreign Banks, Financial Development and Economic Growth*. In Berfield, p. 7.

Marois, T., Güngen, A. (2013). *Reclaiming Turkey's state-owned banks*. Multicipalservicesproject, p. 10.

Miguez, C. (2004). *De la jerarquía al mercado: la reforma financiera espanola desde la nueva economía institucional*. [dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1060500] p. 3

Mitchell, D. (2006). *Hoping to Restore Growth, Voters Rebel Against Sweden's High- Tax Welfare State*; www.heritage.org/Research/Reports/2006/09/Hoping-to-Restore-Growth-Voters-Rebel-Against-Swedens-High-Tax-Welfare-State [accessed: 19.03.2016].

NBP (2016). *O NBP: Działalność Narodowego Banku Polskiego*; www.nbp.pl/home.aspx?f=/o_nbp/o_nbp.html [accessed: 07.05.2016].

OECD (2011). *Revolution of Agricultural Policy Reforms in Turkey*. OECD.

OECD, CASE, Ministry of Treasury of the Republic of Poland (2013). *Privatization what's next conference on the future of the public sector*, pp. 35, 36, 67

OECD, CASE, Ministry of Treasury of the Republic of Poland (2013). *Privatization what is next the conference of public sector*, p. 35–36.

Pawlikowski, A. (2006). Kryzys finansowy w Turcji w latach 2000–2001. *Bank i Kredyt*, p. 29

Ross, S. (2010). *The bankers: how the banks brought Ireland to its kenes*. Penguin Books, p. 5.

Serdengeçti, S. (2002). *Reflections on the February 2001 Turkish Crisis: Lessons from a Central Banker's Perspective*. Central Bank of Republic of Turkey,

Sherif, K., Borish, M, Gross, A. (2001). *Stete Owned Banks in the Transition: Orgins, Evoluion and Policy Responses*. The World Bank, p. 2.

Smaghi, L. (2007). *Central Bank independence from theory to practice*. [www.ecb.europa.eu/press/key/date/2007/html/sp070419.en.html].

Steinherr, A., Ucer, M. (2004), *The Turkish Public Sector, Bruges European Economic Policy Briefings*, p. 17.

T. C. BAÆBAKANLIK YÜKSEK DENETLEME KURULU (2009). *Genel Rapor 2001–2005*. Ankara, p. 46.

Temiz, D., Gokmen, A. (2009). *The 2000–2001 financial crisis in Turkey and the global economics crisis of 2008–2009: reasons and comparisons*.

The Banks Assiociation of Turkey. *Banks and Banking Sector Information*, www.tbb.org.tr/en/home [accessed: 24.01.2016].

The Central Bank of Republic of Turkey (2001). *Annual report prepared by the board of directors report of the committee of auditors, balance sheet, profit and loss statement, and the budget of the central bank for the seventieth accounting year*. Ankara, p. 63.

The Economist (2014). "*The countries where politically connected businessmen are most likely to prosper*" 15 March 2014. *Retrieved 4 April 2014*

The World bank raport (2013). *Rethinking the role of the State In finance The World bank* [https://www.openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/11848/Global%20Financial%20Development%20Report%202013.pdf].

Trading Economics, *Turkey Inflation Rate*, www.tradingeconomics.com [accessed:15.03.2016].

Turkish Statistical Institute-Statistical Indicators (1923–2011), p. 138, 762.

Uçarkaya, S., Aydogan, D. (2006). *Kamu Bankalarinin Bankacilik Sistemindeki rolü*. Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasi, p. 91.

Wódka, J. (2012). *Polityka Zagraniczna Turcji: Uwarunkowania wewnętrzne oraz podmioty decyzyjne*. Warszawa: Matras.

World Bank Data (2016). http://www.worldbank.org/en/country/turkey [accessed: 05.05.2016].

Wydział Promocji, Handlu i Inwestycji Ambasady RP w Ankarze (2013). *Biuletyn informacyjny*, (3), p. 5.

Żabińska. J. (2002). *Uwarunkowanie i przebieg kryzysu finansowego w Turcj w latach 2000 i 2001*. Katowice: Akademia Ekonomiczna w Katowicach.

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.6

# Prawa osób z niepełnosprawnościami

## Rights of the disabled people

*mgr Szymon Charkiewicz*

E-mail: szymonisko82@gmail.com

**Streszczenie**

Każdy z nas pewnie mniej lub bardziej śledził w mediach protest osób z niepełnosprawnościami w Sejmie. Ten protest to efekt największego problemu osób z niepełnosprawnościami, jakim jest brak ich reprezentacji przed organami władzy publicznej i samorządami. Od wielu lat podejmowane są próby stworzenia krajowej reprezentacji osób z niepełnosprawnościami. Dlaczego nie udaje się jej stworzyć? Bo niestety każda osoba ma bardzo indywidualne potrzeby i każdy chciałby, żeby jej potrzeby zostały spełnione, ale przede wszystkim to osoba z niepełnosprawnością powinna mieć prawo wyboru, kto ma ją reprezentować i nie wolno jej narzucać, kto to ma być. Przez wiele lat nie udawało się stworzyć jednolitego, międzynarodowego aktu prawnego zawierającego uniwersalny zbiór praw osób z niepełnosprawnościami. Takim aktem jest Konwencja ONZ o prawach osób niepełnosprawnych.

Organizacje reprezentujące osoby z niepełnosprawnościami powinny być tworzone i zarządzane przez te osoby, natomiast w instytucjach działających na ich rzecz powinny także one pracować. Wydaje się to oczywiste, ale w radzie nadzorczej Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych oraz Krajowej Radzie Konsultacyjnej do Spraw Osób Niepełnosprawnych, która jest organem opiniodawczo — doradczym Pełnomocnika Rządu do Spraw Osób Niepełnosprawnych, w większości zasiadają osoby pełnosprawne. Pełnomocnik Rządu ds. Osób Niepełnosprawnych jest także osobą pełnosprawną, ale jak sama nazwa wskazuje jest on pełnomocnikiem Rządu a nie osób z niepełnosprawnościami, dlatego pilnuje on przede wszystkim interesów Rządu.

W tym roku po raz czwarty odbył się Kongres Osób z niepełnosprawnościami poprzedzony Konwentami Regionalnymi. Podczas spotkania uczestnicy dyskutowali na temat wdrażania Konwencji ONZ o Prawach Osób Niepełnosprawnych ratyfikowanej przez Polskę 6 września 2012 r. W Kongresie udział wzięło 500 osób, przede wszystkim z niepełnosprawnościami. Kluczowym tematem było umożliwienie niezależnego życia osobom z niepełnosprawnościami. Dyskutowano na takie tematy jak wdrażanie nowego systemu orzecznictwa, przemoc instytucjonalna, mieszkalnictwo. Motywem przewodnim Kongresu było hasło „krytyczna stagnacja" we wdrażaniu Konwencji w Polsce.

**Słowa kluczowe:** niepełnosprawność, konwencja, wdrażanie, raport, ONZ.

**Summary**

Each of us has been observing to some extent in the media the protest of people with disabilities which took place in the parliament. This protest is the consequence of the greatest problem faced by the physically disabled and mentally handicapped people, which is the lack of their representation in the civil service and local authorities. For many years attempts have been made to create the national representation of these people. Why is it so difficult to do it? Unfortunately, the reason is that each person has his or her individual needs and would like to have them met. Moreover, it is the person with disabilities who would have the right to choose who is to represent him or her, it must not be imposed on who ought to be. For a long time creating the uniform, international legal act containing universal collection of rights for the disabled has not been made. Eventually, the UN Convention on the Rights of People with Disabilities appears to be as such.

Organizations representing people with disabilities ought to be established and managed by these people. They should also be working in institutions operating in their favour. It seems obvious, however, the Supervisory Board of the State Fund for the Rehabilitation of the Disabled as well as in the National Consulting Board for People with Disabilities which is the consulting - advisory body of the Government Plenipotentiary for the Disabled in great majority employ able-bodied people. The Government Plenipotentiary for the Disabled is also an able-bodied person, though, as the name prompts, he/she is the plenipotentiary of the government, not of the disabled. That is why, this person minds the business of the Government.

This year the Congress of People with Disabilities took place. It was for the fourth time. It followed the Regional Conventions. During the meeting, the participants were discussing the issue of implementing the UN Convention on the Rights of People with Disabilities which was signed and ratified by Poland on the 6th September 2012. There were 500 participants in the Congress, among which people with disabilities were in majority. The key concept was to enable and facilitate an independent life for the disabled. Such issues as a new system of judicature, institutional violence or housing were brought up for discussion. The leitmotif of the Congress was the rallying call of "critical stagnation" of implementing the Convention in Poland.

**Key words:** disability, convention, implementation, report, UN.

## 1. Niepełnosprawność, co to jest?

To długotrwały stan, w którym występuje obniżenie sprawności funkcji fizycznych, psychicznych, intelektualnych lub sensorycznych, które na skutek barier istniejących w środowisku[1] życia osoby z niepełnosprawnością uniemożliwiają na równi z osobami sprawnymi na pełny udział w życiu społecznym. Konsekwencją niepełnosprawności może być tzw. niepełnosprawność społeczna (zalicza się do tej grupy również osoby uzależnione od alkoholu i narkotyków).

Aktami prawnymi regulującymi w Polsce sytuację osób z niepełnosprawnościami są m.in.:

1. Ustawa z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej definiuje: całkowitą niezdolność do pracy — całkowitą niezdolność do pracy w rozumieniu przepisów o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych albo zaliczenie do I lub II grupy inwalidów lub legitymowanie się znacznym, lub umiarkowanym stopniem niepełnosprawności w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych.

2. Ustawa z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych definiuje niepełnosprawność, jako trwałą lub, okresową niezdolność do wypełniania ról społecznych z powodu stałego lub długotrwałego naruszenia sprawności organizmu, w szczególności powodującą niezdolność do pracy.

3. Ustawa z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych określa osobę niezdolną do pracy, jako taką, która całkowicie lub częściowo utraciła zdolność do pracy zarobkowej z powodu naruszenia sprawności organizmu i nie rokuje odzyskania zdolności do pracy po przekwalifikowaniu. Natomiast całkowicie niezdolną do pracy jest osoba, która utraciła zdolność do wykonywania jakiejkolwiek pracy. Częściowo niezdolną do pracy jest osoba, która w znacznym stopniu utraciła zdolność do pracy zgodnej z poziomem posiadanych kwalifikacji.

Według różnych źródeł, w Polsce żyje od 3 do 6 milionów osób z różnymi niepełnosprawnościami narażonych na dyskryminację. Niepełnosprawność może mieć różny charakter i jest definiowana w różny sposób przez wiele instytucji i organizacji międzynarodowych:

– łac. *invalidus* — człowiek bezsilny, inwalida. Inwalida — osoba upośledzona, trwale poszkodowana na zdrowiu, „osoba z odchyleniami od normy". Takie definicje inwalidztwa mają wyraźnie negatywne konotacje;

– termin „inwalidztwo" zostało zastąpione słowem niepełnosprawność. Według przyjętej Konwencji Narodów Zjednoczonych zaleca się stosowanie terminu: „osoba z niepełnosprawnością" (ang. *a person with disabilities*).

## 2. Koncepcja roli społecznej

Istnieje koncepcja roli społecznej. Jest to zbiór oczekiwań wobec jednostki związany z posiadaniem określonego statusu społecznego. Niepełnosprawność wiąże się z ograniczeniami w pełnieniu ról społecznych. Ograniczenia w pełnieniu ról społecznych oznaczają trudności doświadczane przez daną osobę w relacjach z otoczeniem i środowiskiem, według przyjętych norm społecznych, jako skutek naruszonej sprawności organizmu. Inaczej mówiąc, ograniczenia w pełnieniu ról społecznych to ułomność określonej osoby wynikająca z niepełnosprawności, ograniczająca lub uniemożliwiająca pełną realizację roli społecznej odpowiadającej wiekowi, płci oraz zgodnej ze społecznymi i kulturowymi uwarunkowaniami.

Tak definiowane ograniczenia w pełnieniu ról społecznych są konsekwencją medycznego modelu definiowania niepełnosprawności i wskazują niepełnosprawność, jako źródło problemu.

Zgodnie ze społecznym modelem definiowania niepełnosprawności, ograniczenia w pełnieniu ról społecznych oznaczają trudności doświadczane przez daną osobę w relacjach z otoczeniem i środowiskiem, według przyjętych norm społecznych, jako skutek niedostosowania środowiska do jej potrzeb.

Funkcjonowanie człowieka przyjęto w kontekście jego środowiska. Dlatego wykorzystano do opisu teorię ról społecznych.

Przyjęto definicję roli społecznej, która łączy oczekiwania społeczne wobec jednostki z osobowością człowieka i rozumiano ją, jako zespół norm, wzorów i oczekiwań grupy wobec jednostki posiadającej dany status oraz stałych zachowań i reakcji jednostki zgodnych z tymi oczekiwaniami.

Obok obiektywnego aspektu roli uwzględniono aspekt subiektywny dotyczący zadowolenia jednostki oraz oceny własnego położenia życiowego i tożsamości: poczucie własnej spójności; poczucie ciągłości i względna niezmienność; poczucie odrębności od otoczenia

Ustawa z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych[2] ustala się trzy stopnie niepełnosprawności, które stosuje się do realizacji celów określonych ustawą: 1) znaczny; 2) umiarkowany; 3) lekki. Orzeczenie ustalające stopień niepełnosprawności stanowi także podstawę do przyznania ulg i uprawnień na podstawie odrębnych przepisów. Do znacznego stopnia niepełnosprawności zalicza się osobę z naruszoną sprawnością organizmu, niezdolną do pracy albo zdolną do pracy jedynie w warunkach pracy chronionej i wymagającą, w celu pełnienia ról społecznych, stałej lub długotrwałej opieki i pomocy innych osób w związku z niezdolnością do samodzielnej egzystencji. Do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności zalicza się osobę z naruszoną sprawnością organizmu, niezdolną do pracy albo zdolną do pracy jedynie w warunkach pracy chronionej lub wymagającą czasowej albo częściowej pomocy innych osób w celu pełnienia ról społecznych. Do lekkiego stopnia niepełnosprawności zalicza się osobę o naruszonej sprawności organizmu, powodującej w sposób istotny obniżenie zdolności do wykonywania pracy, w porównaniu do zdolności, jaką wykazuje osoba o podobnych kwalifikacjach zawodowych z pełną sprawnością psychiczną i fizyczną, lub mająca ograniczenia w pełnieniu ról społecznych dające się kompensować przy pomocy wyposażenia w przedmioty ortopedyczne, środki pomocnicze lub środki techniczne.

Niezdolność do samodzielnej egzystencji oznacza naruszenie sprawności organizmu w stopniu uniemożliwiającym zaspokajanie bez pomocy innych osób podstawowych potrzeb życiowych, za które uważa się przede wszystkim samoobsługę, poruszanie się i komunikację. Zaliczenie do znacznego albo umiarkowanego stopnia niepełnosprawności nie wyklucza możliwości zatrudnienia tej osoby u pracodawcy niezapewniającego warunków pracy chronionej, w przypadkach: przystosowania przez pracodawcę stanowiska pracy do potrzeb osoby niepełnosprawnej; zatrudnienia w formie telepracy. Kontrolę w zakresie spełniania warunków, o którym mowa w Ustawie, przeprowadza Państwowa Inspekcja Pracy. Osoby, które nie ukończyły 16 roku życia zaliczane są do osób niepełnosprawnych, jeżeli mają naruszoną sprawność fizyczną lub psychiczną o przewidywanym okresie trwania powyżej 12 miesięcy, z powodu wady wrodzonej, długotrwałej choroby lub uszkodzenia organizmu, powodującą konieczność zapewnienia im całkowitej opieki lub pomocy w zaspokajaniu podstawowych potrzeb życiowych w sposób przewyższający wsparcie potrzebne osobie w danym wieku. Minister właściwy do spraw zabezpieczenia społecznego w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw zdrowia określi, w drodze rozporządzenia, kryteria oceny niepełnosprawności u osób w wieku do 16 roku życia.

## 3. Model medyczny i społeczny niepełnosprawności

Model medyczny miał swoje źródło w filozofii oświecenia na początku XVIII w. Osoby niepełnosprawne były w nim z założenia traktowane, jako odpychające, niezdolne do samodzielnego życia, a wręcz uciążliwe i niechciane. Efektem tego podejścia było wykluczenie ich ze społeczeństwa i oddanie pod ścisłą opiekę lekarza. Charakterystyczne było traktowanie tej grupy ludzi, jako przypadki medyczne. Wychodzono z założenia, że wszelkie przeżywane przez nich problemy są jedynie konsekwencjami choroby lub uszkodzenia organizmu.

Innymi słowy model medyczny określa niepełnosprawność poprzez pryzmat zdrowia, postrzegając ją, jako chorobę, która jest leczona przez lekarzy i specjalistów rehabilitantów. Lekarze powinni stosować takie metody leczenia, które umożliwiają włączenie osób niepełnosprawnych do uczestnictwa w społeczeństwie, tworzonym przez i dla ludzi pełnosprawnych. Niepełnosprawność w tym modelu jest więc cechą nie tylko różnicująca, ale i negatywną. Model ten jest głęboko zakorzeniony w myśleniu potocznym. Prowadzi on do akcentowania potrzeby działań charytatywnych i opiekuńczych.

Medyczny model myślenia o osobach niepełnosprawnych znajdziemy między innymi w obowiązującej w Polsce definicji niepełnosprawności zawartej w ustawie o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych.

W drugiej połowie XX w. model ten zaczął być wypierany przez model społeczny niepełnosprawności.

Społeczny model niepełnosprawności — pogląd, według którego niepełnosprawność wynika z uwarunkowań środowiska, które nie jest dostosowane do potrzeb osób z niepełnosprawnościami. Jest to model obowiązujący (np. bariery architektoniczne, transport, edukacja, informatyka, telekomunikacja itd.). Niestety osoba z niepełnosprawnością w dalszym ciągu jest określana, jako: inwalida[3], kaleka, upośledzony, ułomny, niedołężny, niedołęga, niedorozwój itp.

## 4. Konwencja ONZ o prawach osób niepełnosprawnych

Konwencja ONZ o prawach osób z niepełnosprawnościami wskazuje, w jaki sposób mają być realizowane w odniesieniu do nich Prawa Człowieka. Polska ratyfikowała Konwencję w 2012 r. Zobligowany jej 33 artykułem Rząd przygotował raport z wdrażania. Swoje sprawozdanie przygotował także Rzecznik Praw Obywatelskich. W ramach tego projektu organizacje pozarządowe miały szansę przygotować swój raport, stanowiący opis sytuacji widzianej z perspektywy samych osób z niepełnosprawnościami, organizacji działających na ich rzecz, a także niezależnych ekspertów.

W ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy w artykule 123 jest zapisane, że kto ze względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, pochodzenie etniczne, wyznanie lub orientację seksualną odmówi zatrudnienia kandydata na wolnym miejscu zatrudnienia, lub miejscu przygotowania zawodowego, podlega karze grzywny nie niższej niż 3000 zł.

Konwencja ONZ o Prawach Osób Niepełnosprawnych przyjęta została przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 13 grudnia 2006 roku, rząd Polski podpisał ją 20 marca 2007 r., natomiast ratyfikacja Konwencji przez Polskę miała miejsce 6 września 2012 r.

Celem Konwencji jest ochrona i zapewnienie pełnego i równego korzystania z praw człowieka i podstawowych wolności przez osoby z niepełnosprawnościami na równi ze wszystkimi innymi obywatelami. Polska zobowiązana jest do wprowadzenia w życie zawartych w Konwencji standardów postępowania w celu zapewnienia osobom z niepełnosprawnościami realizacji ich praw. Tekst Konwencji opublikowany został w Dz. U. z dnia 25 października 2012 r., poz. 1169.

## 5. Ratyfikacja Konwencji

Rzecznik Praw Obywatelskich zwrócił się do Prezesa Rady Ministrów z apelem o podpisanie i ratyfikowanie przez Polskę Protokołu fakultatywnego do Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych. Polscy obywatele, a także inne osoby pokrzywdzone przez działania lub zaniechania pol-

skich instytucji publicznych mieliby wówczas prawo do składania skarg indywidualnych dotyczących naruszeń przez państwo-stronę Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych. W ocenie Rzecznika ratyfikacja Protokołu fakultatywnego w istotny sposób przyczyni się do dalszej poprawy sytuacji osób z niepełnosprawnościami w Polsce.

Apel Rzecznika poparło 170 organizacji działających na rzecz osób z niepełnosprawnościami, ochrony praw człowieka, równego traktowania i rozwoju społeczeństwa obywatelskiego. Dnia 13 grudnia 2006 r., rezolucją 61/106, Zgromadzenie Ogólne NZ jednogłośnie przyjęło Konwencję Praw Osób Niepełnosprawnych. Uchwalenie Konwencji to głównie zasługa przedstawicieli środowisk osób niepełnosprawnych, którzy na arenie międzynarodowej walczyli o akt prawny dotyczący ich praw. Utworzono Międzynarodową Grupę Niepełnosprawnych (*International Disability Caucus*), będącą koalicją 70 międzynarodowych, regionalnych i krajowych organizacji. Państwa członkowskie ONZ oraz przedstawiciele społeczności osób niepełnosprawnych współpracowali na forum ONZ w celu stworzenia odpowiedniego traktatu. Konwencja ma na celu zapewnienie osobom niepełnosprawnym posiadania takich samych praw i obowiązków, z jakich korzystają inni członkowie społeczeństwa. Ma zagwarantować im także uczestniczenie w życiu społecznym na zasadach pełnoprawnych członków, którzy mogą przyczyniać się do rozwoju, jeśli tylko dana im będzie szansa. Konwencja podkreśla, że osoba niepełnosprawna powinna korzystać z pełnego równouprawnienia, zakazu dyskryminacji oraz z równości wobec prawa. Ma prawo do wolności i bezpieczeństwa; prawo do swobody poruszania się i do niezależnego życia; prawo do zdrowia, pracy i edukacji; oraz prawo do udziału w życiu politycznym i kulturalnym. Konwencja jest pierwszym międzynarodowym aktem prawnym całościowo ujmującym prawa osób niepełnosprawnych. Została przyjęta w grudniu 2006 r. na sesji Zgromadzenia Ogólnego ONZ i weszła w życie 3 maja 2008 r. Do połowy marca 2012 r. podpisały ją 153 państwa, a jej stronami jest 112 krajów. Polska podpisała dokument w marcu 2007 r.

Konwencja zawiera przepisy zakazujące dyskryminowania niepełnosprawnych, a także nakazujące: tworzenie warunków do korzystania przez nich z praw na równi z innymi osobami oraz wprowadzenie rozwiązań specjalnie do nich adresowanych. Dokument podkreśla znaczenie, jakie mają dla niepełnosprawnych samodzielność i niezależność. Zwraca uwagę na potrzebę ich udziału w procesach decyzyjnych, a także znaczenie dostępności, np. do opieki zdrowotnej, edukacji, informacji i komunikacji. Konwencja uzupełnia wcześniej przyjęte konwencje NZ dotyczące praw człowieka. Dotyczy ok. 650 mln osób niepełnosprawnych na całym świecie. Jest pierwszym międzynarodowym aktem prawnym, który odnosi się kompleksowo do osób niepełnosprawnych. Ma ona przyczynić się do poprawy ich sytuacji, poprzez umożliwienie im rzeczywistego korzystania ze wszystkich praw człowieka i podstawowych wolności, na równi z innymi osobami.

Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych i protokół fakultatywny do niej zostały przyjęte przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 13 grudnia 2006 r., na mocy rezolucji nr 61/106.

Konwencja i protokół zostały otwarte do podpisu 30 marca 2007 r. dla państw oraz dla organizacji integracji regionalnej. Tego dnia konwencję podpisało 81 państw, w tym Polska. Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych weszła w życie 3 maja 2008 roku, tj. trzydziestego dnia od złożenia dwudziestego dokumentu ratyfikacyjnego.

30 marca 2007 r. Konwencja Praw Osób Niepełnosprawnych została otwarta do podpisu. Uroczystość odbyła się w sali Zgromadzenia Ogólnego NZ. Swój podpis pod aktem prawnym złożyli przedstawiciele 80 państw członkowskich oraz Wspólnota Europejska. Jeszcze nigdy tak wiele państw nie stało się sygnatariuszami traktatu międzynarodowego w pierwszym dniu jego udostępnienia do podpisu. Polskę, która również podpisała Konwencję 30 marca, reprezentowała Anna Kalata, Minister Pracy i Polityki Społecznej. W uroczystości uczestniczyło także ponad 350 przedstawicieli organizacji pozarządowych z całego świata, zajmujących się problematyką niepełnosprawności.

Przyjęcie Konwencji wiąże się z koniecznością dokonania konkretnych zmian legislacyjnych oraz przewartościowania postaw. Konwencja wyznacza standardy minimalne w respektowaniu godności ludzkiej oraz długoterminowe cele prowadzące do pełnej integracji osób niepełnosprawnych ze społeczeństwem. Implementacja tego aktu prawnego w poszczególnych krajach będzie przebiegać stopniowo.

30 marca 2007 r. został również otwarty do podpisu Protokół Fakultatywny do Konwencji Praw Osób Niepełnosprawnych[4]. Przewiduje on możliwość przedstawiania przez poszczególne osoby oraz grupy osób petycji w sprawie naruszania praw, które kierowane będą do Komitetu Praw Osób Niepełnosprawnych (*the Committee on the Rights of Personos with Disabilities*) po wyczerpaniu ścieżki legislacyjnej w danym kraju. Z 80 państw, które pierwszego dnia podpisały Konwencję, 36 nie złożyło swego podpisu pod Protokołem Fakultatywnym, w tym Polska.

Konwencja wejdzie w życie po ratyfikowaniu jej przez 20 państw. To ważne wydarzenie będzie miało wpływ na życie ponad 650 milionów osób niepełnosprawnych na całym świecie, przynosząc im korzyści i poprawę bytu.

W preambule konwencja: potwierdza powszechność i niepodzielność wszystkich praw człowieka i podstawowych wolności oraz potrzebę zagwarantowania osobom niepełnosprawnym pełnego z nich korzystania. Uznaje dyskryminację ze względu na niepełnosprawność za pogwałcenie godności i wartości człowieka. Uznaje, że niepełnosprawność to wynik oddziaływania pomiędzy osobami z dysfunkcjami a barierami wynikającymi z postaw i środowiska, co utrudnia osobom niepełnosprawnym pełny udział w życiu społecznym na równi z innymi osobami. Uznaje różnorodność osób niepełnosprawnych, ich wkład w dobrobyt i różnorodność społeczeństw. Podkreśla znaczenie, jakie dla osób niepełnosprawnych ma ich samodzielność i niezależność. Celem konwencji jest popieranie, ochrona i zapewnienie pełnego i równego korzystania z praw człowieka i podstawowych wolności przez wszystkie osoby niepełnosprawne. Konwencja zawiera przepisy: zakazujące dyskryminowania

osób niepełnosprawnych, nakazujące tworzenie warunków korzystania z praw na zasadzie równości z innymi osobami, nakazujące wprowadzenie rozwiązań specjalnie adresowanych do osób niepełnosprawnych, odpowiednio do rodzaju zagadnienia.

## 6. Europejska Strategia w sprawie niepełnosprawności 2010–2020

Europejska Strategia w sprawie niepełnosprawności 2010–2020 opiera się na efektywnym zastosowaniu konwencji ONZ dotyczącej praw osób niepełnosprawnych oraz wpisuje się w ramy strategii Europa 2020. Strategia określa 8 podstawowych obszarów działania między UE a państwami członkowskimi na rzecz wspierania włączenia społecznego osób niepełnosprawnych:

1. Dostępność. Osoby niepełnosprawne powinny mieć dostęp do dóbr, usług, transportu, obiektów, technologii informacyjno-komunikacyjnych (na równych prawach z innymi).

2. Uczestnictwo. Osoby niepełnosprawne mogą korzystać z praw podstawowych związanych z prawami obywatelskimi Unii (jako konsumenci, uczniowie, uczestnicy życia gospodarczego, kulturalnego i politycznego).

3. Równość. Wprowadzenie prawodawstwa w dziedzinie zwalczania dyskryminacji związanej z niepełnosprawnością, w szczególności wprowadzenie przepisów na rzecz równego traktowania w obszarze zatrudnienia.

4. Zatrudnienie. Aktywna polityka na rzecz zatrudnienia oraz zwiększania dostępności miejsc pracy oraz współpraca z partnerami społecznymi wspierająca mobilność w ramach tego samego zawodu (w tym w warsztatach pracy chronionej), samozatrudnienie oraz poprawę jakości miejsc pracy.

5. Kształcenie i szkolenie. Udostępnienie niepełnosprawnym uczniom i studentom systemu kształcenia oraz programu uczenia się przez całe życie. Powinni mieć też lepszy dostęp do informacji o możliwościach kształcenia.

6. Ochrona socjalna. Systemy ochrony socjalnej mogą stanowić rekompensatę nierówności w poziomie dochodów, ryzyka zaistnienia zjawisk takich jak bieda czy wykluczenie społeczne, na jakie są narażone osoby niepełnosprawne. Niezbędna jest jakość i trwałość systemów ochrony socjalnej, w tym systemy emerytalne, programy mieszkalnictwa socjalnego. Strategia zachęca do wykorzystywania funduszy strukturalnych oraz przyjęcie odpowiednich środków krajowych.

7. Zdrowie. Osoby niepełnosprawne mają prawo do równego dostępu do opieki i świadczeń zdrowotnych, w tym do świadczeń w zakresie zdrowia psychicznego. Działania zewnętrzne UE promuje prawa osób niepełnosprawnych również na szczeblu międzynarodowym. Działania prowadzone są w ramach polityki rozszerzania UE oraz programów sąsiedztwa i rozwoju, jak również w ramach prac organizacji międzynarodowych, takich jak Rada Europy czy ONZ. Przyjęta strategia wymaga wspólnego zaangażowania instytucji UE i wszystkich państw członkowskich.

W preambule Konwencja:

– potwierdza powszechność i niepodzielność wszystkich praw człowieka i podstawowych wolności oraz potrzebę zagwarantowania osobom niepełnosprawnym pełnego z nich korzystania, bez jakiejkolwiek dyskryminacji;

– uznaje dyskryminację ze względu na niepełnosprawność za pogwałcenie godności i wartości człowieka oraz stwierdza, że osoby niepełnosprawne, szczególnie kobiety i dziewczęta, są często narażone na wieloraką lub wzmocnioną dyskryminację;

– uznaje, że niepełnosprawność to wynik oddziaływania pomiędzy osobami z dysfunkcjami a barierami wynikającymi z postaw i środowiska, co utrudnia osobom niepełnosprawnym pełny udział w życiu społecznym, na równi z innymi osobami;

– uznaje różnorodność osób niepełnosprawnych, ich cenny wkład w ogólny dobrobyt i różnorodność społeczeństw;

– potwierdza przekonanie, że powszechna i całościowa konwencja, zapewniająca ochronę praw i godności osób niepełnosprawnych, będzie promować ich aktywność w sferze obywatelskiej, polityki, gospodarki, w sferze społecznej i kultury;

– podkreśla znaczenie, jakie dla osób niepełnosprawnych ma ich samodzielność i niezależność, potrzebę stwarzania im możliwości udziału w procesach decyzyjnych, a także znaczenie, jakie w tej mierze ma dostępność środowiska fizycznego, społecznego, gospodarczego i kulturalnego, opieki zdrowotnej, edukacji, informacji i komunikacji.

Celem Konwencji, określonym w art. 1, jest popieranie, ochrona i zapewnienie pełnego i równego korzystania z praw człowieka i podstawowych wolności przez wszystkie osoby niepełnosprawne. Pojęcie „osoby niepełnosprawne" (art. 1) obejmuje osoby, które mają długotrwale naruszoną sprawność fizyczną, umysłową, intelektualną lub w zakresie zmysłów, co może, w oddziaływaniu z różnymi barierami, utrudniać im pełny i skuteczny udział w życiu społecznym, na zasadzie równości z innymi osobami.

Zasady ogólne konwencji, określone w art. 3 to, między innymi:

– poszanowanie przyrodzonej godności, a także autonomii osoby, w tym swobody dokonywania wyborów;

– niedyskryminacja;

– pełny i skuteczny udział w życiu społecznym;

– poszanowanie odmienności i akceptacja osób niepełnosprawnych, jako będących częścią ludzkiej różnorodności oraz ludzkości;

– równość szans, równość mężczyzn i kobiet;

– dostępność.

W art. 4 sformułowane zostały ogólne obowiązki państw. Obejmują one, między innymi:

– zobowiązanie do zapewnienia i popierania pełnej realizacji praw człowieka i podstawowych wolności wszystkich osób niepełnosprawnych, bez jakiejkolwiek dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność poprzez, między innymi, przyjęcie regulacji prawnych i innych w celu wdrożenia praw uznanych w konwencji, podejmowanie lub popieranie badań i rozwoju oraz popieranie dostępności i wykorzystania nowych technologii, powstrzymywanie się od angażowania się w działania lub praktyki, które są niezgodne z konwencją, podejmowanie działań w celu wyeliminowania dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność przez jakąkolwiek osobę, organizację, prywatne przedsiębiorstwo;

– konsultacje i współpracę z osobami niepełnosprawnymi (także za pośrednictwem reprezentujących je organizacji) przy tworzeniu i wdrażaniu ustawodawstwa i polityki na rzecz implementacji postanowień konwencji.

Jeżeli chodzi o realizację praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych określonych w konwencji, to państwa zobowiązanie są do podjęcia kroków, wykorzystując maksymalnie dostępne środki i, gdy to potrzebne, w ramach współpracy międzynarodowej, w celu stopniowego osiągnięcia ich pełnej realizacji, bez uszczerbku dla tych zobowiązań zawartych w konwencji, które, zgodnie z prawem międzynarodowym, mają skutek natychmiastowy.

## 7. Treść konwencji

Konwencja zawiera przepisy:

– zakazujące dyskryminowania osób niepełnosprawnych;

– nakazujące tworzenie warunków korzystania z praw na zasadzie równości z innymi osobami;

– nakazujące wprowadzenie rozwiązań specjalnie adresowanych do osób niepełnosprawnych, odpowiednio do rodzaju zagadnienia.

Postanowienia podstawowe:

Uznanie równości wszystkich ludzi, zakaz jakiejkolwiek dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność, jednakowa ochrona prawna i jednakowe korzyści wynikające z prawa (art. 5).

Podnoszenie świadomości: obowiązek zwalczania stereotypów, uprzedzeń i szkodliwych praktyk wobec osób niepełnosprawnych, zwłaszcza poprzez kampanie (w tym w mediach) oraz nauczanie w szkołach (art. 8).

Zapewnienie dostępu do środowiska fizycznego, środków transportu, informacji i komunikacji, innych urządzeń i usług powszechnie zapewnianych (ustanawianie minimalnych standardów, zachęcanie do uwzględniania aspektu dostępności na etapie projektowania, produkcji i dystrybucji, oznakowanie ogólnodostępnych budynków w alfabecie Braille'a i formach dostępnych, szkolenia art. 9).

Prawo do życia każdej istoty ludzkiej, gwarancje w zakresie korzystania z tego prawa (art. 10).

Obowiązek przyjęcia rozwiązań w celu zapewnienia ochrony i bezpieczeństwa osób niepełnosprawnych w razie klęsk żywiołowych i innych zagrożeń, w tym konfliktów zbrojnych, w sytuacjach wymagających pomocy humanitarnej (art. 11).

Równość wobec prawa: potwierdzenie posiadania przez osoby niepełnosprawne zdolności prawnej, obowiązek przyjęcia rozwiązań w zakresie wspierania wykonywania zdolności prawnej i ochrony przez nadużyciami (art. 12).

Zapewnienie skutecznego dostępu do wymiaru sprawiedliwości, między innymi poprzez dostosowania proceduralne i szkolenie osób pracujących w wymiarze sprawiedliwości (art. 13).

Zakaz bezprawnego i samowolnego pozbawiania wolności (art. 14).

Wolność od tortur lub okrutnego, nieludzkiego albo poniżającego traktowania lub karania, a także zakaz poddawania, bez swobodnie wyrażonej zgody, eksperymentom medycznym lub naukowym (art. 15).

## 8. Podsumowanie

W tym roku po raz czwarty odbył się Kongres Osób z niepełnosprawnościami poprzedzony Konwentami Regionalnymi. Podczas spotkania uczestnicy dyskutowali na temat wdrażania Konwencji ONZ o Prawach Osób Niepełnosprawnych ratyfikowanej przez Polskę 6 września 2012 r. W Kongresie udział wzięło ok. 500 osób, przede wszystkim z niepełnosprawnościami. Kluczowymi tematami były postanowienia Konwencji umożliwiające realizację postulatów niezależnego życia osobom z niepełnosprawnościami. Dyskutowano na takie tematy jak wdrażanie nowego systemu orzecznictwa, przemoc instytucjonalna, mieszkalnictwo. Motywem przewodnim Kongresu było hasło „krytyczna stagnacja" we wdrażaniu Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych w Polsce. Polska bardzo opieszale wdraża postanowienia Konwencji, nie ratyfikowała również Protokołu fakultatywnego.

---

[1] W Unii Europejskiej przeważa pogląd, że własne ograniczenia funkcjonalne osób niepełnosprawnych w mniejszym stopniu utrudniają im uczestniczenie w życiu społecznym aniżeli bariery środowiskowe.

[2] Dz. U. 1997 nr 123, poz. 776.

[3] Osoba, która jest pozbawiona możliwości pracy (całkowicie lub połowicznie) ze względu na kalectwo, utratę zdrowia.

[4] Rzecznik Praw Obywatelskich zwrócił się do Premiera RP o pilną ratyfikację Protokołu Fakultatywnego, ponieważ jedynie Protokół daje możliwość egzekwowania postanowień Konwencji.

## Bibliografia

Błeszyńska, K. (1997). Społeczna percepcja osób niepełnosprawnych. *Psychologia Wychowawcza*, (5), s. 420–428.
Lewicka, M. (1993). *Aktor czy obserwator. Psychologiczne mechanizmy odchyleń od racjonalności w myśleniu potocznym*. Warszawa–Olsztyn: PTP.
Maciarz, A. (2001). *Człowiek Niepełnosprawny w rodzinie i w środowisku lokalnym*. Zielona Góra: Lubuskie Towarzystwo Naukowe.
Sękowski, A. (1999). Postawy wobec osób niepełnosprawnych. *Psychologia Wychowawcza*, (3), s. 237–246.

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.7

# Dyskurs w prawie na przykładzie postępowania mediacyjnego

## Discourse in law on the example of mediation proceedings

*mgr Karolina Czapska*

E-mail: k.czapska@gmail.com

**Streszczenie**

Przedmiotem artykułu jest przedstawienie pojęcia dyskursu w prawie na przykładzie wybranych instytucji, w tym przede wszystkim mediacji i jej porównania z postępowaniem sądowym. Analiza przeprowadzona została w perspektywie filozoficznoprawnej i przede wszystkim opiera się na teorii Jürgena Habermasa. Niniejszy artykuł dotyczy w dużej mierze pojęcia dyskursu praktycznego. Celem artykułu jest wykazanie, czy mówiąc o prawie i jego instytucjach, w tym w szczególności o mediacji możemy w rzeczywistości mówić o dyskursie praktycznym. Interesującą kwestią jest także poszukiwanie elementów różnorodnych koncepcji sprawiedliwości w analizie dyskursu mediacyjnego, a przede wszystkim sprawiedliwości proceduralnej i naprawczej. Rozważania w tym zakresie prowadzą do wniosku, że mediacja odpowiada cechom dyskursu praktycznego według J. Habermasa w większym stopniu niż postępowanie sądowe, a także wyraża się poprzez pojęcia sprawiedliwości proceduralnej i sprawiedliwości naprawczej.

**Słowa kluczowe:** dyskurs praktyczny, mediacja, dyskurs prawniczy, sprawiedliwość proceduralna, sprawiedliwość naprawcza.

**Summary**

The subject of the article is to present the concept of discourse in law on the basis of selected institutions, in particular mediation and comparison with trial. The analysis was carried out in a philosophical perspective and above all, it is based on the theory of Jürgen Habermas. This article deals mainly with the notion of practical discourse. The aim of the article is to show whether, speaking about law and its institutions, in particular mediation, we can actually talk about practical discourse. An interesting issue is also the search for elements of various concepts of justice in the analysis of mediation discourse and above all procedural and restorative justice. Considerations in this respect lead to the conclusion that mediation corresponds to the features of practical discourse according to Habermas to a greater extent than judicial proceedings, and is expressed through the concepts of procedural justice and restorative justice.

**Key words:** practical discourse, mediation, legal discourse, procedural justice, restorative justice.

## 1. Wprowadzenie

Pojęcie dyskursu występuje w wielu dziedzinach nauki, w tym w językoznawstwie, psychologii, czy socjologii, które różnicują jego definicję. Trudne jest zatem jednoznaczne określenie, czym jest dyskurs, ponieważ jest to zagadnienie bardzo szerokie, które nie daje się zaklasyfikować w jednoznaczne ramy (Cyrul, 2012). Dyskurs niewątpliwie wiąże się także z naukami prawnymi, a w szczególności z filozofią prawa, która wiele miejsca poświęca na próbę rekonstrukcji prawa jako rozmowy (Zajadło, Zeidler, 2013). Jednak koncepcje tworzona na płaszczyźnie filozofii prawa znajdują swoje odzwierciedlenie w wielu gałęziach prawa. Przyglądając się tworzeniu prawa, czy rozstrzyganiu i rozwiązywaniu sporów można zauważyć, że między zaangażowanymi stronami dochodzi do pewnego rodzaju dyskursu, wymiany argumentów.

W niniejszym opracowaniu przyjąć można, że pojęcie „dyskurs" pochodzące od łacińskiego zwrotu *discursus*, definiowane jest jako ustrukturalizowana wypowiedź, rozmowa, komunikowanie się i zawierająca przemyślaną argumentację, której celem jest przekonanie interlokutora (Kalisz, 2016). Z definicji tej wyłania się przede wszystkim jako kluczowy walor racjonalności i słuszności argumentów. Filozofii prawa znane są rozważania o roli dyskursu w prawie, co przede wszystkim odzwierciedlają teorie argumentacyjne, których celem było wskazanie idealnego modelu tworzenia i stosowania prawa właśnie poprzez komunikację.

Przeprowadzona więc zostanie analiza, dzięki której można dostrzec, że elementy koncepcji argumentacyjnych, a ściślej dyskursu praktycznego zbliżone są do warunków i zasad prowadzenia dyskursu mediacyjnego, w większym stopniu niż procesu sądowego. Poniżej zostaną omówione koncepcje z zakresu filozofii prawa, które dotyczą problematyki dyskursu na przykładzie procesu sądowego i mediacji, a także ich porównanie.

## 2. Analiza na płaszczyźnie filozofii prawa — dyskurs praktyczny

Filozofia prawa wyróżnia wiele modeli koncepcji argumentacyjnych, których głównym przedmiotem badania jest dyskurs (Zajadło, 2007). W opracowaniu przedstawię model komunikacyjny rozwinięty przez niemieckiego filozofa i socjologa Jürgena Habermasa oraz proceduralny, zapoczątkowany przez niemieckiego filozofa i prawnika przez Roberta Alexy'ego (Zajadło, Zeidler, 2013). Przyglądając się koncepcjom filozofów prawa, w tym przede wszystkim Jürgena Habermasa można zauważyć, że dla teorii argumentacyjnych charakterystyczne jest wskazanie warunków formalnych, jakie ma spełnić dyskurs praktyczny, by mógł być uznany za słuszny i racjonalny (Zajadło, Zeidler, 2013).

Punktem wyjścia dla Habermasa do rozwoju swojej koncepcji było wyróżnienie dwóch typów działań: celowo-racjonalnych i komunikacyjnych. Pierwszy typ dzieli się na działania strategiczne i działania instrumentalne. Działania strategiczne dotyczą wyboru odpowiednich spośród potencjalnych metod postępowania. Modelem działań instrumentalnych zaś jest praca, a więc osiągniecie wyznaczonych celów w wyznaczonych warunkach. Inaczej niż działania celowo-racjonalne, działania komunikacyjne polegają na wzajemnym oddziaływaniu ludzi za pomocą pewnych symboli (nie jest to relacja podmiot-przedmiot jak w działaniach celowo-racjonalnych), które sprzyja budowaniu interakcji społecznych. Dla będących przedmiotem artykułu działań komunikacyjnych odpowiednią jest racjonalność komunikacyjna, która oznacza, uniwersalne warunki umożliwiające rozumienie. Dotyczy to warunków ważności aktów mowy (Zirk-Sadowski, 2013), ponieważ komunikacja w interakcjach społecznych odbywa się za pomocą aktów mowy. Celem komunikacji jest dojście do konsensusu partnerów interakcji. Przedstawiona koncepcja Habermasa wskazuje idealny model tworzenia i stosowania prawa, gdzie w jego rozumieniu ideałem byłoby dochodzenie do porozumienia oparte na dyskursie w większym stopniu niż jednostronne decyzje o charakterze władczym.

Rozwijając tę myśl, Habermas wyróżnia dwa typy dyskursów: dyskurs teoretyczny i dyskurs praktyczny. Celem dyskursu teoretycznego jest wykazanie prawdziwości wypowiedzi opisowych (Habermas, 1999). Dyskurs praktyczny zmierza do wykazania trafności stosowanej argumentacji, nie zaś dochodzenia do prawdy, jak ma to miejsce w dyskursie teoretycznym (Kalisz, 2016). Aby dyskurs był dyskursem praktycznym, musi spełniać warunki reguły etyki mowy, warunki idealnej sytuacji mowy i koncepcję roszczenia ważnościowego. Zdaniem Habermasa prawidłowe komunikowanie zależy w dużej mierze od przestrzegania samej procedury prawidłowej komunikacji, a więc określonych warunków oraz skupienia się na działaniu kooperacyjnym a nie strategicznym. Istotne jest także zwrócenie uwagi na kształtujące dyskurs praktyczny wymogi.

Według Habermasa do warunków poprawnego dyskursu praktycznego, a więc idealnej sytuacji mowy należą zrozumiałość, prawdziwość, szczerość i słuszność. Zrozumiałość oznacza formułowanie wypowiedzi w sposób zrozumiały dla pozostałych uczestników dyskursu; prawdziwość oznacza, że uczestnik dyskursu wypowiada te tezy, co do których prawdziwości nie ma wątpliwości, tak aby słuchacz uzyskał prawdziwe informacje od mówiącego; szczerość oznacza, że mówca wypowiada swoje intencje szczerze, by słuchacz mógł uwierzyć w usłyszane wypowiedzi; słuszność zaś oznacza, że wypowiedzi nie są sprzeczne z uznanymi normami społecznymi, są więc legitymizowane, a słuchacz może zaakceptować te wypowiedzi (Zirk-Sadowski, 2011). Dzięki spełnieniu tych warunków, to znaczy prowadzeniu dyskursu zgodnie z warunkami idealnej sytuacji mowy, może dojść do konsensusu. Istotnym czynnikiem prawidłowego dyskursu jest także spełnienie warunków etyki dyskursu, rozumianej jako sposobu rozwiązywania konfliktów bez przemocy (Kalisz, 2016). Oznacza to świadomość stron o należeniu do pewnej wspólnoty komunikacyjnej, w której bierze się odpowiedzialność za wspólne działania. Uczestnictwo w tej wspólnocie jest dobrowolne i opiera się na równych prawach i obowiązkach stron. Zakłada się także dobrą wiarę w dążeniu do porozumienia (Kalisz, 2016). Pokreślić należy przede wszystkim relacyjność i równość stron dyskursu, co oznacza, że zarówno mówca, jak i słuchacz mają takie same możliwości wypowiadania swoich interesów (Habermas, 1999). Warunek idealnej sytuacji mowy odnosi się także do przestrzegania reguł sprawiedliwości proceduralnej, w tym m. in. zakazu dyskryminacji. Po roszczeń dyskursu należą zaś wspomniane roszczenia prawdy, szczerości i słuszności (Zirk-Sadowski, 2011).

Rozwinięciem modelu Habermasa na gruncie polskim zajął się Jerzy Stelmach. Wskazał on dodatkowe warunki prawidłowego prowadzenia dyskursu. Dyskurs musi być zatem prowadzony z przekonaniem o jego słuszności, z poszanowaniem zasad prawdomówności, zasad wolności, uwzględniając podstawowe zasady komunikacji językowej. Powinien być on prowadzony tylko dla trudnych przypadków, uwzględniać ustalenia faktyczne oraz zmierzać bezpośrednio do celu, a także uwzględniać powszechnie akceptowane standardy, praktyki i zwyczaje (Stelmach, 2003).

## 3. Dyskurs prawniczy

Robert Alexy, rozwijając koncepcję Jürgena Habermasa skupił się na dyskursie prawniczym, tworząc proceduralną teorię argumentacji. Uznał on dyskurs prawniczy za szczególny przypadek dyskursu praktycznego. Alexy przyjął tezę o fasadowości dyskursu prawniczego, zgodnie z którą rzeczywistą podstawą decyzji jest dyskurs praktyczny, natomiast argumentacja prawnicza bazuje na nim, lecz nie jest ona w pełni wystarczająca. Nie może istnieć dyskurs prawniczy w oderwaniu od dyskursu praktycznego, ponieważ w pewnym momencie argumentacja prawnicza wyczerpuje się i musi być uzupełniona argumentami dyskursu praktycznego. Dyskurs prawniczy nadbudowany jest nad dyskursem

praktycznym, co oznacza, że spełnione są warunki dyskursu praktycznego, ale istnieją odrębne wymagania dyskursu prawniczego. Alexy uznał zatem, że istnieje jeszcze jeden typ działań komunikacyjnych, ale są one oparte na normach (Zirk-Sadowski, 2011).

Alexy stworzył katalog reguł proceduralnych, wskazując przy tym, że dyskurs prawniczy musi prowadzić do jednego właściwego rozstrzygnięcia. Do zasad tych należą: zasada konsystencji, racjonalności celowej, sprawdzalności, koherencji, uogólnienia i prawdomówności — otwartości (Zajadło, Zeidler, 2013). Celem prowadzenia dyskursu prawniczego jest usprawiedliwienie rozstrzygnięć prawniczych (Zirk-Sadowski, 2011). W praktyce związek między dyskursem prawniczym a praktycznym może być widoczny w społeczeństwie. Jeśli nie są spełniane warunki dyskursu praktycznego, słabości widoczne będą także w dyskusji prawników. Słabo rozwinięta etyka dyskursu będzie odbijała się także na praktyce prawniczej i odzwierciedlała się w całym społeczeństwie. Dyskurs prawniczy zmierza w swej procedurze do ograniczenia liczby rozwiązań, które mogą być stosowane (Kalisz, 2016).

## 4. Mediacja

Po przedstawieniu podstaw teoretycznych, należy przeprowadzić analizę wspomnianych dyskursów w instytucjach prawa występujących w Polsce. Wiele instytucji nie spełnia wymagań stawianych dyskursowi, nie opierając się na jego zasadach. Jednak jedną z najważniejszych instytucji wpisujących się w omówione teorie są mediacje, które niewątpliwie mają charakter dyskursywny. Celem zbadania, któremu dyskursowi bliższa jest mediacja, należy wyjaśnić samą metodę prowadzenia mediacji.

Alternatywne metody rozwiązywania sporów to formy, które nie odpowiadają adjukacyjnemu trybowi wydawania decyzji (Morawski, 2003). Należą do nich postępowanie ugodowe, pojednawcze, polubowne. Trudno jest jednak na wyczerpujące zdefiniowanie pojęcia mediacji, ponieważ jest to nie tylko procedura, ale także pewien fenomen społeczny, który w szczególny sposób angażuje człowieka (Morek, Gmurzyńska, 2009). Mediacja wiąże się także z interwencją w konflikt osoby trzeciej, która została zaakceptowana przez uczestników mediacji. Osoba ta towarzyszy zaangażowanym stronom w dobrowolnym zmierzaniu do obustronnie akceptowalnego porozumienia (Moore, 2003).

Mówiąc o mediacji najczęściej używa się pojęcia metody, znacznie częściej niż proces lub postępowanie. Takie nazewnictwo wskazuje już na początku na wielopłaszczyznowość pojęcia mediacji, wykraczającej poza ramy proceduralne i obejmującej swoim zakresem szerszy obszar działania. Co ważne, w mediacji nie dochodzi do rozstrzygania sporu, ale do jego rozwiązywania, co stanowi nie tylko dużą różnicę semantyczną (Morek, Gmurzyńska, 2009), ale zmienia jej sens i znaczenie, w stosunku do postępowania sądowego. Celem mediacji jest osiągnięcie porozumienia, konsensusu, który będzie do zaakceptowania przez obie strony. Idealnym modelem jest osiągnięcie przez strony satysfakcji psychologicznej, tak by rozwiązanie nie było tylko możliwe do przyjęcia, ale rzeczywiście odzwierciedlało prawdziwe interesy stron i na stałe rozwiązywało konflikt. Bardzo ważnym celem mediacji jest także promowanie dialogu w społeczeństwie. Istotnym walorem jest również wzmacnianie zaufania między stronami i minimalizowanie strat psychicznych stron mediacji (Mazowiecka, 2015).

W mediacji istnieje katalog zasad, które bezwzględnie muszą być przestrzegane, m. in. dobrowolność, która dotyczy zarówno prawa do podjęcia rozmów z drugą stroną, jak i rezygnacji z nich, jeśli któraś ze stron nie widzi korzyści płynących z postępowania mediacyjnego (Mazowiecka, 2009). Poufność jest to zasada dotycząca głównie mediatora, którymi nie wolno ujawniać treści i przebiegu mediacji. Bezstronność oznacza, że mediator nie faworyzuje żadnej ze stron, ale w sposób jednakowy odnosi się do obu stron. Neutralność oznacza, że mediator nie może narzucać stronom swoich poglądów i opinii. Akceptowalność mediatora i reguł postępowania mediacyjnego — jeżeli jednej ze stron nie odpowiada osoba, która pełni rolę mediatora, wówczas bez uzasadnienia może zmienić mediatora. Stronom przysługuje także prawo do akceptowania wprowadzonych reguł mediacji (Stadniczeńko, 2006). Dzięki temu między stronami może zaistnieć prawdziwy i szczery dialog, umożliwiający wyartykułowanie potrzeb przez obie strony. Tym samym, celem tej procedury jest samodzielne wypracowanie przez obie strony konfliktu rozwiązania, które byłoby dla nich satysfakcjonujące zarówno finansowo, jak i moralnie. Co należy podkreślić, rozwiązań takich może być bardzo wiele, nie ma ograniczenia co do liczby rozwiązań narzuconych przez normę prawną, jak ma to miejsce w dyskursie prawniczym.

Mediacja powinna być jednym z pierwszych sposobów rozwiązania konfliktu, zanim konflikt będzie rozwiązany w sądzie. Jest to zgodne z socjologiczną teorią konfliktów, zgodnie z którą w dobrze zorganizowanym wymiarze sprawiedliwości rozpoczynanie konfliktów powinno odbywać się na poziomie najmniej zinstytucjonalizowanym i najmniej sformalizowanym, a przejście do rozstrzygnięcia sporu w instytucjach bardziej sformalizowanych powinno mieć miejsce dopiero wówczas, gdy zawiodą metody mediacyjne (Morawski, 2003).

## 5. Mediacja a proces sądowy

W porównaniu z procesem sądowym formy alternatywne są bardziej elastyczne i przede wszystkim umożliwiają stronom wpływ nie tylko na przebieg postępowania, ale jego wynik. Kolejną cechą tej formy rozwiązywania konfliktów jest mniejszy formalizm, dzięki czemu interesy stron są bardziej uwzględniane niż standardy i normy ściśle wytyczone przez literę prawa (Moore, 2003). Racjonalność dyskursów jest

różna w sytuacji różnych dyskursów — sądowego i należącego do ADR. Mówiąc o postępowaniu sądowym można mówić bardziej o dyskursie prawniczym niż o dyskursie praktycznym. W ramach mediacji to wspólny interes gwarantuje racjonalność dyskursu, natomiast w postępowaniu sądowym faktycznie nie ma kooperacji a procedura wymuszona jest przez normy prawne (Cyrul, 2012).

Do rozwiązania problemu w mediacji dochodzi najczęściej w sytuacji obopólnej zgody na przyjęty model rozwiązania. Natomiast w postępowaniu sądowym rozwiązania są narzucane zgodnie ze stosowanymi przepisami. Sam problem w mediacji może mieć kilka rozwiązań i stanowi pewnego rodzaju pytanie, na które odpowiedź może być różnorodna, o czym zadecydują strony. Dlatego w mediacji mówi się o rozwiązywaniu sporów i konfliktów, a nie o ich rozstrzyganiu. W procesie sądowym, rozwiązanie jest narzucane a problem musi być precyzyjnie określony na początku procesu, można zatem uznać, że są skoncentrowane na stosowaniu reguł prawa, nie natomiast znalezieniu najlepszego dla obu stron rozwiązania (Cyrul, 2012).

Postawa kooperacyjna w prawie widoczna staje się w postępowaniu mediacyjnym, w znacznie większym stopniu niż w postępowaniu sądowym, w którym strony nastawione są na współzawodnictwo i działanie strategiczne. Uwypuklony zostaje tu przede wszystkim uzasadniony interes wszystkich zainteresowanych. W sądach rozpatrywanie spraw ma charakter bardziej mechaniczny, strony nastawione są na silną rywalizację, która rozsądzi sędzia. Należy jednak inaczej spojrzeć na proces pojednania, uwzględniając jego psychologiczne aspekty, na co pozwalają w większym stopniu alternatywne metody rozwiązywania sporów. Istotną kwestią jest także dojście do satysfakcji psychologicznej, choć prawdopodobnie nie każde postępowanie mediacyjne może do tego prowadzić. Proces sądowy nie stanowi dobrej płaszczyzny do szczerej rozmowy i dyskursu. Nie sprzyja także otwartości, dzięki której możliwe jest wspólne ustalenie rzeczywistych powodów konfliktu. Proces sądowy często nie jest skierowany ku możliwości odnowienia relacji zwaśnionych stron, wręcz przeciwnie, wielokrotnie służy zemście i skupieniu na własnych racjach, bez próby zrozumienia drugiej strony. Trwające bardzo długi czas postępowanie sądowe niejednokrotnie powoduje eskalację konfliktu, zamiast jego wygaszanie. Taka postawa i nastawienie daleka jest od cech dyskursu praktycznego wymienionych przez Habermasa.

## 6. Sprawiedliwość proceduralna i sprawiedliwość naprawcza

Analizując zasady mediacji, należy zwrócić uwagę na szereg elementów ją kształtujących. Istotna jest waga czynników proceduralnych, ale także czynniki emocjonalne, psychologiczne, które w uproszczeniu można ująć jako sprawiedliwość proceduralna i sprawiedliwość naprawcza.

Alternatywne metody rozwiązywania sporów są odpowiedzią na warunki formalne prowadzenia dyskursu stworzone przez Habermasa. Wypełnia wymogi, zgodnie z którymi zagwarantowana jest równość szans uczestników dyskursu, wolność argumentowania, mówienie prawdy, brak przywilejów i przymusu dla stron, co czyni dyskurs wolnym (Jabłońska-Bonca, 2002). W praktyce uznaje się, że wymagania wskazane przez Habermasa nie odnajdą zastosowania, jednak właśnie mediacja jest najbliższa jego założeniom.

Mediacja, jak wskazano, nie jest metodą, dla której nie jest zagwarantowana żadna procedura. Sprawiedliwość proceduralna rozumiana jest jako rzetelne, uczciwe, bezstronne postępowanie, którego celem jest racjonalna i uzasadniona decyzja. Jest to zasada, która powinna być brana pod uwagę w procesach tworzenia i stosowania prawa, więc w procesach decyzyjnych (Chauvin, Stawecki, Winczorek, 2018). Spełnienie warunków formalnych, takich jak równość stron, zakaz dyskryminacji i warunków idealnej sytuacji mowy, jak roszczenia prawdziwości, słuszności, szczerości i zrozumiałości jest niezbędne dla prowadzenia każdej mediacji i w dużej mierze na tym opiera się prowadzenie dyskursu. Trudno jednak mówić, by mediacja wypełniała warunki prowadzenia dyskursu prawniczego, ponieważ jej zasady i założenia nie są zbieżne z walką argumentów prezentowaną w dyskursie prawniczym. W mediacji ważne jest skupienie się na teraźniejszości/przyszłości oraz celach i interesach stron, nie chodzi tu natomiast o wygraną jednej ze stron (Kalisz, Zienkiewicz, 2009). W szczególności w sprawach trudnych, związanych z dużą stratą nie tylko materialną, ale przede wszystkim psychiczną istotna jest próba przebaczenia. Spełnienie warunków formalnych, a więc sprawiedliwość proceduralna są niezwykle ważne i stwarzają płaszczyznę do rozwiązania sporu, jednak w sprawach o dużym ładunku emocjonalnym, często to właśnie możliwość wyładowania emocji decyduje o szansie na powodzenie prowadzenia mediacji i różni ją od procesu sądowego.

Ciekawą kwestią, jest rozstrzygnięcie czy mediacja jako proces dochodzenia do zgody jest bliższa praktyce dyskursu praktycznego, o którym pisze Habermas, czy też ma wymiar bardziej indywidualny, skoncentrowany raczej na emocjach niż racjonalnych warunkach postępowania, który warunki formalne spycha na dalszy plan. Z pewnością nie każdy problem rozwiązywany za pomocą mediacji wiąże się z silnymi emocjami, jak np. rozwiązywanie sporów konsumenckich przez Internet, rozwiązywanie sporów turystycznych na specjalnej platformie stworzonej do tego celu (Mania, 2010). Inaczej wygląda rozwiązywanie sporów na gruncie prawa karnego, czy w sprawach rodzinnych, gdzie silne, niejednokrotnie bardzo negatywne emocje są nieodłącznym elementem. Właśnie jako odpowiedź na takie sprawy zrodziła się sprawiedliwość naprawcza.

Sprawiedliwość naprawcza jest ideą, która powstała w wyniku modyfikacji klasycznego rozumienia kary, najbliższą koncepcjom abolicjonistycznym (Gardocki, 2017). Postulaty sprawiedliwości naprawczej stanowią próbę uzupełnienia tradycyjnego modelu wymiaru sprawiedliwości. Filozofia ta stanowi pewien pomost i pomoc w dojściu do porozumienia, które jednak nie jest koniecznym warunkiem tej procedury rozwiązywania sporów, ale najbardziej

pożądanym. Zaangażowanie zwaśnionych stron ma na celu skupienie się na emocjach ofiary i sprawcy, co daje szansę szczerego przebaczenia i oczyszczenia, prowadzącego do spokoju publicznego oraz odbudowania więzi społecznych (Zalewski, 2006). Sprawiedliwość naprawcza to nie jest konkretny program, może przybierać bowiem różne formy, w zależności od tego, gdzie pojawia się konflikt (Wright, 2005). Z pewnością sprawiedliwość naprawcza nie zmierza bezwzględnie do pojednania stron ani do przebaczenia sprawcy. To, czy dojdzie do porozumienia zależne jest od uczestników spotkania. Celem założeń sprawiedliwości naprawczej nie jest zmniejszenie kary czy, ale skupienie się na satysfakcji i realizacji potrzeb pokrzywdzonego (Płatek, Fajst, 2006).

## 7. Podsumowanie

Dyskurs mediacyjny, gdy analizujemy jego podwaliny filozoficzne, jest to właśnie dyskurs argumentacyjny (a nawet szerzej — dyskurs praktyczny, zgodnie z koncepcją Jürgena Habermasa), który opiera się na komunikacyjnym modelu argumentacji. Nie jest to dyskurs ściśle prawniczy. Inne są bowiem warunki jego prowadzenia. Komunikacja, w takim przypadku oparta na zasadach etyki mowy. Mediacja, jako metoda rozwiązywania sporów może być przykładem realizacji postulatów komunikacyjnej teorii Jürgena Habermasa. W znacznie większym stopniu zasady mediacji pokrywają się z wymogami dyskursu praktycznego niż postępowanie sądowe, które może być przykładem dyskursu prawniczego. Mediacja jednak jest zjawiskiem wielopłaszczyznowym, który poza procedurą dotyka także emocji, dlatego też kwalifikowane może być jako proces psychologiczny. W wielu bowiem sytuacjach poza gwarancją odpowiedniej procedury przewidzianej przez prawo (sprawiedliwość proceduralna) w mediacji kluczowe znaczenie ma oczyszczenie emocji, zdolność do przebaczenia i budowania długofalowych relacji, co jest fundamentem sprawiedliwości naprawczej. Mediacja zatem wychodzi poza ramy dyskursu prawniczego, otwierając się jednocześnie w wielu jej typach, jak np. w mediacji karnej czy mediacji rodzinnej na realne zastosowanie reguł dyskursu praktycznego.

## Bibliografia


Chauvin, T., Stawecki, T., Winczorek, P. (2018). *Wstęp do prawoznawstwa*. Warszawa: C.H. Beck.

Cyrul, W. (2012). *Wpływ procesów komunikacyjnych na praktykę tworzenia i stosowania prawa*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Gardocki, L. (2017). *Prawo karne*. Warszawa: C.H. Beck.

Gmurzyńska, E., Morek, R. (red.). (2009). *Mediacje. Teoria i praktyka*. Warszawa: Oficyna a Wolters Kluwer business.

Habermas, J. (1999). *Teoria działania komunikacyjnego*. Warszawa: PWN.

Jabłońska-Bonca, J. (2003). *Prawnik a sztuka negocjacji i retoryki*. Warszawa: LexisNexis.

Kalisz, A. (2016). *Mediacja jako forma dialogu w stosowaniu prawa*. Warszawa: Difin.

Kalisz, A., Zienkiewicz, A. (2009). *Mediacja sądowa i pozasądowa*. Warszawa: Wolters Kluwer Business.

Mania, K. (2010). ODR (Online Dispute Resolution) — podstawowe zagadnienia. *ADR Arbitraż i Mediacja*, (1), 73–76.

Mazowiecka, L. (2015). *Unijne standardy programów sprawiedliwości naprawczej*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Mazowiecka, L. (red.). (2009). *Mediacja*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Moore, C. W. (2016). *Mediacje — praktyczne strategie rozwiązywania konfliktów*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Morawski, L. (2005). *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*. Warszawa: LexisNexis.

Płatek, M., Fajst. M. (red.). (2005) *Sprawiedliwość naprawcza. Idea. Teoria. Praktyka*. Warszawa: LexisNexis.

Stadniczeńko, L. (red.). (2006). *Prawno — psychologiczne uwarunkowania mediacji i negocjacji*. Opole: Uniwersytet Opolski.

Stelmach, J. (2003). *Kodeks argumentacyjny dla prawników*. Kraków: Zakamycze.

Wright, M. (2005). *Przywracając szacunek sprawiedliwości*. Warszawa: Polskie Stowarzyszenie Edukacji Prawnej.

Zajadło, J., Zeidler, K. (red.). (2013). *Filozofia prawa w pytaniach i odpowiedziach*. Warszawa: LexisNexis.

Zajadło, J. (red.). (2007). *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*. Warszawa: C.H. Beck.

Zalewski, W. (2006). *Sprawiedliwość naprawcza. Początek ewolucji prawa karnego?* Gdańsk: Arche.


Zapraszamy na naszą stronę internetową

www.pug.pl

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.8

# Geneza oraz kształt prawa hipotecznego na ziemiach polskich w XIX w.

## Origins and regulations of Mortgage Law Acts adopted on Polish territory in XIX century

*mgr Maria Anna Dalkowska*

**Streszczenie**

Celem niniejszego artykułu jest scharakteryzowanie regulacji hipotecznych ustanowionych w XIX w. na terenie Królestwa Polskiego. W publikacji zostanie przedstawiona geneza powstania hipoteki w starożytnych europejskich ustawodawstwach Rzymu i Grecji. Autorka pochyli się także nad instytucją hipoteki w wiekach średnich oraz przedstawi jedną ze słynniejszych ustaw w XVI wiecznej Europie — ustawę o ważności zapisów z 1588 r., będącą genezą podstawowych założeń prawa hipotecznego z XIX w.

**Słowa kluczowe:** hipoteka, zabezpieczenie wierzytelności, wierzyciel, dłużnik, księgi wieczyste.

**Summary**

The aim of this article is to present the origins of Mortgage Law Act adopted on Polish territory in XIX century. It outlines main characteristics of law regulations and shows the impact on legislation in neighbouring countries.

**Key words:** mortgage, collateral, debtor, creditor, land registers.

## 1. Wstęp

Hipoteka jest ograniczonym prawem rzeczowym o charakterze zabezpieczającym. Jej celem jest zabezpieczenie wierzytelności na danym przedmiocie co do zasady i na potrzeby niniejszego opracowania przedmiot ten zostanie zawężony jedynie do nieruchomości. Hipoteka poprzez swój rzeczowy charakter ma zwiększyć pewność zaspokojenia wierzyciela, gdy dłużnik nie spłaci zaciągniętego wobec niego długu. Instytucja hipoteki, jej kształt oraz źródła prawa będące podstawą normatywną, nigdy nie będą oderwane od relacji ekonomicznych, społecznych, a nawet politycznych w danym państwie. Dlatego też, ze względu na bogatą i dynamicznie zmieniającą się historię, jest to problematyka warta pogłębienia, zwłaszcza patrząc przez pryzmat historii Polski. Hipoteka związana jest także z obowiązującym ustrojem własności oraz wynika w znacznym stopniu od ukształtowania gospodarki społecznej. W prawie polskim sama instytucja własności ulegała znacznym przemianom, co wpłynęło również na rozwój ekonomiczny. W konsekwencji hipoteka definiowana głównie przez swą funkcję zabezpieczającą oraz pochodną jej funkcję kredytową wywierała wpływ na relacje ekonomiczno — społeczne panujące w państwie polskim.

Kształt obecnych regulacji hipotecznych uregulowany jest na wzór właśnie XIX wiecznych ustawodawstw. Na uwagę zasługuje również fakt, że prawo hipoteczne z 1818 r. i 1825 r. nie tylko stanowią genezę oraz formę, na którą ukształtowana jest obecnie obowiązująca ustawa o księgach wieczystych i hipotece. W praktyce prawniczej, a w szczególności w orzecznictwie, często też zdarza się, że ustawy unormowane w Królestwie Polskim stanowią podstawę prawną dla danego stanu faktycznego (wyrok SN z dn. 2 12 2010; sygn. akt I CSK 122/10).

W niniejszym opracowaniu Autorka pochyli się nad charakterystyką ustawy z 1818 r. oraz ustawy z 1825 r. Przedstawiona zostanie również ich geneza oraz rola hipoteki w wiekach średnich. W końcowej części publikacji przedstawione zostanie również polskie ustawodawstwo w ujęciu komparatystycznym, poprzez ukazanie zasadniczych podstawowych różnic, na tle ustawodawstwa francuskiego, niemieckiego oraz austriackiego.

## 2. Kształt hipoteki do rozbiorów

### 2.1. Starożytność

Początki hipoteki widoczne są w starożytnym prawie rzymskim i greckim, gdzie pełniła ona głównie funkcję kredytową, najpierw poprzez wprowadzenie *fiducia* oraz kolejno *pignus*. *Fiducia*, powstała na prawie XII tablic — wskutek swojego ustanowienia, polegała na przeniesieniu własności rzeczy będącej przedmiotem zabezpieczenia na wierzyciela. Dłużnik w praktyce, nie tylko zabezpieczał swój dług, ale równocześnie wraz z jego ustanowieniem wyzbywał się prawa własności do rzeczy. Wierzyciel miał rzecz oddaną przed dłużnika na własność, w swoim posiadaniu, w konsekwencji mógł rozporządzać rzeczą jako właściciel. Krępowało go jednak *pactum fiduciae*, które oznaczało, że jako uczciwy człowiek powinien korzystać właści-

wie i słusznie ze swojego prawa i w razie zaspokojenia zabezpieczonego poprzez *fiducia* długu przed dłużnika, był on moralnie zobowiązany do faktycznego zwrotu oznaczonej rzeczy. Dopiero wskutek wprowadzenia *pactum de vendendo*, wierzyciel był uprawniony do wykonywania przysługujących mu wskutek ustanowienia *fiducia* uprawnień, bez obaw o zarzuty związane z brakiem zgodności z etyką i moralnością. *Fiducia* była instytucją, która to w swej konstrukcji znacznie uprzywilejowała wierzyciela — dłużnik nie miał gwarancji, że wskutek uiszczonego długu wierzycielowi, rzecz będąca przedmiotem zabezpieczenia, zostanie mu przez wierzyciela zwrócona. Dłużnikowi przysługiwało wtedy tzw. *actio fiduciae*, które można utożsamić ze współcześnie rozumianym roszczeniem o wydanie rzeczy, unormowanym w kodeksie cywilnym. Niewątpliwie na uwagę zasługuje w tym miejscu fakt, iż uprawnienie dłużnika mogło być wyłącznie skierowane przeciwko wierzycielowi. Po dokonaniu sprzedaży, dłużnik nie mógł skierować *actio fiduciae* do nabywcy rzeczy, gdyż *fiducia*, w rozumieniu dawnego prawa rzymskiego, nie była prawem idącym za rzeczą.

Ze względu na duże braki oraz trudności do zachowania uprawnień dłużnika w praktyce, wprowadzono do starożytnego ustawodawstwa *pignus*, który z kolei swą konstrukcją uprzywilejował dłużnika. Wskutek ustanowienia, dłużnik oddawał rzecz jedynie w posiadanie, nie przenosząc własności na wierzyciela. Dłużnik mógł wciąż wykonywać swoje uprawnienia wobec rzeczy wnikające z prawa własności. Wierzyciel nie miał uprawnienia do sprzedaży rzeczy, nawet w wyniku uchylania się przez dłużnika od świadczenia i w konsekwencji braku zaspokojenia przez niego długu. W celu zachowania przysługujących im uprawnień, po pewnym czasie obowiązywania, wierzyciele zaczęli więc dokonywać odpowiedniego zastrzeżenia umownego przy zawieraniu *pignus*, zgodnie z którym przy braku zaspokojenia w odpowiednim terminie, zostanie na nich przeniesione prawo własności do rzeczy, w drodze *lex commisoria* lub *pactum de vendendo*.

W praktyce powyższa instytucja również budziła wiele trudności. W związku z czym, wskutek ustanawiania *pignus* w wyniku zawarcia umowy, przy niewykonaniu zobowiązań z niej wynikających uprawnionemu przysługiwała odrębna skarga *actio quasi Serviana* bądź też *actio in rem hypotheca*. Nadmienić należy, że w prawie starożytnym, a zwłaszcza w Grecji pojawiły się początki zasady jawności w odniesieniu do hipoteki. Grunt będący przedmiotem *pignus* posiadał tabliczkę oznaczoną odpowiednim numerem, ze wskazanym wierzycielem oraz sumą na nim zabezpieczoną. Hipoteka w opisanej powyżej formie przeniknęła do prawa rzymskiego, które to stało się podstawą wobec uregulowań prawa kontynentalnego w średniowiecznej Europie, w tym średniowiecznej Polsce.

### 2.2. Wieki średnie

W średniowieczu na ziemiach polskich, zabezpieczeniem odpowiadający współczesnej hipotece był zastaw na nieruchomości, który w swej konstrukcji odzwierciedlał *fiducia* i *pignus* wywodzące się z starożytnego prawa rzymskiego. Zgodnie z klasyczną definicją, było to ograniczone prawo rzeczowe ustanawiane na danym przedmiocie w celu zabezpieczenia określonej wierzytelności.

Doktryna wyróżnia dwa główne sposoby ustanowienia zastawu nieruchomości w wiekach średnich: zastaw dany, w obrębie, którego wyróżnia się umowę oraz spadkobranie oraz zastaw wzięty, czyli tzw. Sądowy (Glass, 1929, s. 14). Jeśli chodzi o podziały odnoszące się do samej instytucji, w literaturze jest ich wiele, jednakże wszystkie co do zasady pokrywają się zakresem. Zasadniczym więc podziałem był zastaw na nieruchomości z dzierżeniem i bez dzierżenia, który to ze względu na znikome występowanie w praktyce nie zostanie poniżej szerzej charakteryzowany. Zastaw nieruchomości z dzierżeniem zakładał uzyskanie przez wierzyciela przedmiotu zabezpieczenia, w drugim wypadku nie dochodziło do przejścia posiadania. Zastaw z dzierżeniem był zawsze prawem o charakterze antychretycznym, wierzyciel uzyskiwał uprawnienie do pobierania pożytków, które nie miały wpływu na wysokość wierzytelności głównej. W ramach tego rodzaju zastawu wyróżniano zastaw *sub lapsu*, tzw. zastaw na upad. Prawo to oznaczało, że niedotrzymanie terminu wykupu przez dłużnika, jest równoznaczne *ex lege* z przeniesieniem własności przedmiotu zastawu na wierzyciela.

Ze względu na panujący na ziemiach polskich feudalizm, funkcja oraz cel opisywanej instytucji była inna od tego, który ujmowany jest w klasycznym ujęciu. Zastaw na nieruchomości spełniał swą zabezpieczającą funkcję w zupełnie odmienny sposób. Na wierzyciela, wskutek ustanowienia prawa, przechodziło również posiadanie i użytkowanie przedmiotu zastawu, równocześnie prawo własności pozostawało u dłużnika. Nie ulega więc wątpliwości, że zastaw na nieruchomości w swej konstrukcji przypominał powyżej opisane instytucje prawa rzymskiego. Jednym z ważniejszych uprawnień wierzyciela, w pełni oddających funkcję, którą ówcześnie pełnił zastaw na nieruchomości było prawo do pobierania pożytków. Pobranych pożytków wierzyciel nie zaliczał na poczet wierzytelności głównej, ale jedynie na poczet odsetek od długu głównego. Gdyby dłużnik nie dokonał zaspokojenia wierzyciela, rzecz będąca przedmiotem zabezpieczenia, pozostająca w posiadaniu i używaniu wierzyciela, przechodziła na własność po trzydziestu latach od dnia ustanowienia zastawu. Należy więc podkreślić, że celem zastawu na nieruchomości w definicji średniowiecznej, nie było zabezpieczenia danego stosunku, a jego ustanowienie. Przykładowo, właśnie ze względu na możliwość pobierania pożytków na poczet odsetek, hipoteka zawierana była nie w celu zabezpieczenia umowy pożyczki, a pożyczka została udzielona, właśnie po to, by ustanowiony został zastaw.

Wraz ze zmianami gospodarczymi, związanymi ze stopniowym przekształcaniem się gospodarki feudalnej opartej na pańszczyźnie oraz rozwojem stosunków kredytowych konieczne było pochylenie się nad kodyfikacją tak istotnej instytucji dla dalszego rozwoju ekonomiczno — społecznego.

### 2.3. Ustawa o ważności zapisów

W literaturze podnosi się, że genezy postania regulacji odnoszących się do prawa hipotecznego należy dostrzec w wiekach poprzedzających. Początki hipoteki w dziejach polskich dostrzegalne są już w XIII w., jednakże pierwszym aktem prawnym ujednolicającym regulacje prawne do niej się odnoszące jest uchwalona podczas sejmu w 1588 r. Konstytucja, w której w art. 28

zawarta była *ustawa o ważności zapisów*. Należy w tym miejscu podkreślić, że przywoływany akt prawny uważany był w ówczesnej Europie za *jeden z najlepiej i najgłębiej pomyślanych praw* (Gazeta…, 1888, s. 498), *znakomity pomnik prawodawczy, jak na stosunki ówczesne* (Glass, 1929, s. 21) zawierając w sobie zasady jawności, legalności, swobody, szczegółowości oraz pierwszeństwa. Swoistą doskonałość regulacji, dostrzegano w mniejszym wpływie prawa rzymskiego na prawo polskie, niż w pozostałych państwach średniowiecznej Europy. J. Glass, wskazał, że *widzieliśmy, że we Francji, gdzie wpływ prawa rzymskiego był najsilniejszy, hipoteka po dziś dzień prawidłowo rozwinąć się nie może*. Należy wyraźnie podkreślić, że wprowadzenie zasad odnoszących się do prawa hipotecznego już w XVI w. było niezwykle doniosłym dla nauki prawniczej osiągnięciem, co w konsekwencji rozpowszechniło instytucję hipoteki w praktyce.

Zasada jawności rozumiana była w dwóch płaszczyznach; jako jawność formalna i materialna. W znaczeniu materialnym polega na zasadzie, zgodnie z którą ten, który dokonuje czynności prawnych w oparciu o ujawnioną treść w danym rejestrze, nie powinien ponieść żadnej związanej z tym szkody. Można to również definiować jako sytuacje, w której nabycie danego prawa wskutek ujawnionego wpisu, nie może być przeciwstawione z innym, nieujawnionym wpisem w rejestrze. Zasada jawności materialnej wiąże się z koniecznością wprowadzenia rejestrów, w których dokonywane byłoby takie wpisy, W polskim ustawodawstwie były to księgi publiczne, które miały służyć do celów hipotecznych, wprowadzone do obrotu prawnego i gospodarczego już w XVI w. Księgi publiczne miały zawierać w swej treści dokładne informacje odnoszące się do własności nieruchomości oraz stanie ciężarów ustanowionych na niej, przysługującym innym uczestnikom obrotu. Należy podkreślić, że ustawa z 1588 r. wprowadziła początki wpisu hipoteki o charakterze konstytuowanym. Mianowicie, zgodnie z przywoływaną regulacją istniejącą hipoteką była tylko ta, która została ujawniona w księdze dla właściwego powiatu. W znaczeniu formalnym, jawność wyrażana była jako uprawnienie do przeglądania ksiąg publicznych, jednak była ona widoczna w Polsce już przed wprowadzeniem ustawy. Każdy mógł przeglądać księgi sądowe za uiszczeniem odpowiedniej opłaty kancelaryjnej.

Wprowadzenie zasady legalności łączyło się z koniecznością dokonywania badania samej zgodności z prawem ustanowionej hipoteki. Wpis dokonywany był tylko wówczas, gdy dłużnik, czyli właściciel nieruchomości złożył odpowiedni wniosek, ówcześnie było to żądanie.

Zasada swobody oznaczała, że brak wpisu hipoteki w księdze publicznej zabezpieczającej wierzytelność na danej nieruchomości, czyli brak skutku o charakterze rzeczowym, nie pozbawiał wierzyciela i dłużnika zawiązanego między nimi węzła o charakterze obligacyjnym. Zdaniem Autorki niniejszej publikacji, to jest niezwykle istotna dla praw zastawniczych w ich obecnym rozumieniu regulacja, gdyż łączy dwie dziedziny o odmiennych reżimach i cechach charakterystycznych; prawo rzeczowe i prawo zobowiązań. Zasada szczegółowości oznaczała, że dany wpis mógł odnosić się wyłącznie do *ad bona aliqua*, czyli dóbr oznaczonych. Natomiast zgodnie z zasadą pierwszeństwa, ta hipoteka, która została wcześniej w księdze publicznej ujawniona miała pierwszeństwo przed innymi wierzycielami oraz przed hipotekami ujawnionymi po niej.

Należy podkreślić, że ustawa o ważności zapisów z 1588 r. wprowadzająca do regulacji prawa hipotecznego tak istotne zasady, które obowiązują w aktualnych XXI wiecznych ustawodawstwach, znowelizowana została przez Konstytucje z 1768 r. i 1775 r. W literaturze wskazuje się, że regulacje te nie rozbudowały w żaden sposób tej konstrukcji, co więcej nawet uwsteczniły jej obowiązujący kształt, gdyż jak podkreśla J. Glass *co zaś się nie rozwija, to musi się cofać* (Glass, 1929, s. 21).

## 3. Ustawa hipoteczna z 1818 r.

### 3.1. Geneza

XIX w. ustawodawstwa hipoteczne nie mogą być rozpatrywane w oderwaniu od sytuacji politycznej na ziemiach polskich. Po dokonanych rozbiorach i utworzeniu Księstwa Warszawskiego na mocy traktatu Tylżyckiego z dnia 12 lipca 1807 r. aktem prawa obowiązującym był Kodeks Napoleona, który wprowadził także regulacje normujące kształt hipoteki. Była to hipoteka francuska, która wprowadzała instytucje hipotek tajnych. Brak kontroli. Powstanie w 1815 r. Królestwa Polskiego w wyniku Kongresu Wiedeńskiego wprowadziło zmiany w ustawodawstwie, co przełożyło się na regulacje odnoszące się do hipoteki. Państwo było wyniszczone wojnami nie tylko politycznie i społecznie, ale także pod kątem gospodarki. Konieczne było podjęcie wszelkich działań mających na celu rozwój ekonomiczny, który oparty miał być na rozwoju przemysłu i handlu poprzez możliwości uzyskania kredytu. Zadaniem ustawodawcy nie było dostosowanie norm prawnych zawartych w kodeksie, a ustanowienie nowych regulacji normujących wprost instytucje hipoteki. Ze względu na wciąż obowiązujący na ziemiach polskich Kodeks Napoleona, ustawodawca miał za zadanie stworzenie nowej odrębnej regulacji, co było pierwszym przedsięwzięciem, w czasach obowiązywania tego aktu prawnego, co zarówno przez ówczesnych, jak i obecnych przedstawicieli doktryny było niezwykłym dokonaniem.

Projekt był niezwykle obszerny, zawierał 163 artykułu zamieszczone w 10 działach (Kubicki, 2012, s. 26) wzorowany był na prawie pruskim, francuskim (ze względu na obowiązujący Kodeks Napoleona) oraz dawnym prawie polskim (Kramer, 2014, s. 122). Projekt obejmował dwie części, w pierwszej regulowane były różne sposoby nabycia własności dóbr nieruchomych i ustalenia praw, druga normowała kwestie związane z przywilejami i hipotekami. Między innymi, na wzór ustawodawstwa pruskiego projekt przewidywał, aby czynności hipoteczne były zatwierdzane sądownie, co wiązało się z charakterem konstytucyjnym wpisów dokonywanych w rejestrach. Regulacja ta podyktowana była ochroną praw osób trzecich, które miały nabywać prawa zgodnie z treścią ujawnioną w rejestrach.

Ustawa została przyjęta przez Sejm 3 kwietnia 1818 r. Była ona efektem prac deputacji cywilnej pod kierownictwem Antoniego Wyczechowskiego.

### 3.2. Ustawa hipoteczna z 1818 r.

Ustawa hipoteczna z 1818 r. w swej treści wprowadziła wiele podstawowych regulacji dla obecnego kształtu hipoteki

w prawie polskim. Ustawa miała na celu *przeciąć liczne źródła sporów, ustalić własność dóbr nieruchomych, a tem samem podnieść szacunek nieruchomości i kredyt właścicieli*. Wprowadzała naczelne zasady związane z tym prawem zastawniczym, takie jak zasad jawności, legalności, szczegółowości oraz pierwszeństwa. W kontekście niniejszego artykułu należy zwrócić uwagę, że regulacje te swój pierwowzór miały już w XVI wiecznym polskim ustawodawstwie. Prawo hipoteczne z 1818 r. czerpało z dawnych polskich przepisów.

Na uwagę zasługuje także wprowadzenie po raz pierwszy do nowożytnego ustawodawstwa ksiąg wieczystych (Kubicki, 2008; 2012). Każda księga składała się z trzech (obecnie składa się z czterech) części. W pierwszej znajdował się opis nieruchomości, poprzez wskazanie właścicieli, określenie obciążeń nieruchomości, który stanowił wykaz hipoteczny. W drugim zawarta była księga umów, a w trzecim zbiór dokumentów odnoszących się do nieruchomości (Kubicki, 2008; 2012).

Prawo hipoteczne z 1818 r. wprowadziło tzw. przymus hipotecznej regulacji tzw. dużej własności, czyli dóbr ziemskich i nieruchomości położonych w mieście wojewódzkim. W konsekwencji każda nieruchomość położona w mieście wojewódzkim, musiała obligatoryjnie zostać wpisana do księgi hipotecznej. Należy jednak podkreślić, że równocześnie ustawa wprowadziła zasadę autonomii stron, zgodnie z którą brak było sankcji za niedokonanie wpisu.

Zasadą wiodącą ówcześnie prym w ustawodawstwie była jawność. Dzieliła się na jawność formalną i materialną w dużym stopniu odzwierciedlała jawność w rozumieniu ustawy o ważności zapisów. Rozpatrując zasadę jawności należy podkreślić, że niezwykle przypomina tę obowiązującą obecnie. Na jej podstawie każda osoba fizyczna posiadająca interes prawny mogła przeglądać oraz uzyskiwać odpisy księgi wieczystej. Gdy nie był to właściciel lub wierzyciel interes te musiał zostać udowodniony oraz konieczne było uzyskanie pozwolenia wydanego przez notariusza lub przewodniczącego Wydziału Hipotecznego.

Ustawa hipoteczna z 1818 r. po raz pierwszy w polskim ustawodawstwie wprowadziła zasadę rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych, która to wprost wynikała z zasady jawności. Na podstawie rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych, treść ujawniona w księdze była wiążąca dla wszystkich uczestników w dobrej wierze obrotu prawnego. W konsekwencji, nabywca mógł opierać się na prawdziwości wpisu ujawnionego w księdze, z wyłączeniem rzymskiej paremii *nemo plus iuris ad alium transfere potest, quam ipse habet*. W konsekwencji wprowadzenia opisywanej zasady, z osobą wpisaną w księdze jako właściciel danej nieruchomości utożsamiane było przysługujące do niej prawo własności.

Kolejną wprowadzoną na kształt ustawodawstwa XVI wiecznego zasadą była zasada legalności, zgodnie z którą wpis danego prawa do ksiąg wieczystych poprzedzony był dokonaniem zbadania wszelkich dokumentów, które były podstawą wpisu, przez właściwy organ, którym był sąd właściwy dla miejsca położenia nieruchomości. Zasada szczegółowości oznaczała, że hipoteka może być oznaczona na konkretnie wskazanej nieruchomości, a nie na całości majątku dłużnika. Co również wiązało się z wprowadzeniem ksiąg hipotecznych. Wprowadzone unormowanie w postaci zasady szczegółowości w pełni oddawało rzeczowy charakter prawa zastawniczego, wskazując, że obciąża konkretnie oznaczoną rzecz. Wpłynęło to na wykształcenie hipoteki jako prawa do substancji, ze względu na wprowadzenie bardziej skutecznej możliwości zaspokojenia wierzyciela w razie braku zaspokojenia przez dłużnika. Skoro hipoteka obciążała konkretnie oznaczoną nieruchomość, zwiększało to pewność zaspokojenia wierzyciela.

Wskutek wprowadzenia ksiąg wieczystych oraz konieczności dokonania wpisów w księgach wszystkich nieruchomości położonych w miastach wojewódzkich rozpoczęto eliminację funkcjonujących na terenie Królestwa Polskiego, na podstawie Kodeksu Napoleona, tzw. hipotek tajnych. Z powyższymi unormowaniami łączy się wprowadzenie zasady pierwszeństwa, definiowanej na dwóch płaszczyznach. Przede wszystkim wierzyciel hipoteczny wpisany do księgi wieczystej miał pierwszeństwo przed wszelkimi innymi wierzycielami dłużnika — właściciela nieruchomości, niewpisanymi do księgi wieczystej. Ponadto wierzyciel hipoteczny miał pierwszeństwo przed innymi wierzycielami hipotecznymi.

Prawo hipoteczne umożliwiało zabezpieczenie wierzytelności poprzez ustanowienie hipoteki na nieruchomości, innym warstwom społecznym, nie tylko szlachcie. Hipoteka stała się popularnym sposobem zabezpieczenia, zwiększała pewność oraz gwarancję zapłaty wobec braku zaspokojenia wierzyciela przez dłużnika. W konsekwencji wpłynęło to na obrót kapitału wewnątrz kraju oraz spowodowało napływ do ziem polskich kapitałów zagranicznych. Dzięki wprowadzonym w 1818 r. prawie hipotecznych umożliwiono rozwój kredytu, a w konsekwencji gospodarki, jednakże polski ustawodawca świadomy był wad w konstrukcji obowiązującego aktu prawnego, co poskutkowało podjęciem działań nad przeprowadzeniem kolejnej reformy regulacji normujących instytucję hipoteki.

## 4. Ustawa z 1825 r.

Prawo o przywilejach i hipotekach z 1825 r. było uzupełnieniem i rozwinięciem ustawy z 1818 r. Liczące 25 artykuły, zostało uchwalone zostało podczas sejmu w 1825 r. oraz pozbawiło mocy obowiązujące przepisy w tytule XVIII Księgi III Kodeksu Napoleona.

Nowe przepisy odnosiły się przede wszystkim do kwestii zakładania ksiąg wieczystych nie tylko dla nieruchomości położonych w miastach wojewódzkich, ale dla wszystkich, czyli też dla drobnej własności ziemskiej oraz nieruchomości miejskich w innych miastach, niż wojewódzkie (Kubicki, 2008, s. 27). Wprowadzone zostały uproszczone księgi wieczyste, które nosiły nazwę aktów hipotecznych. Ustawa nie wprowadzała jednak żadnego terminu oraz w konsekwencji ewentualnej sankcji niedopełnienia obowiązku założenia lub wpisu do księgi. Postępowanie hipoteczne nie było przeprowadzane z urzędu, lecz w wyniku woli stron, na co wskazywał art. 11 ustawy hipotecznej z 1825 r.: *Regulacja każdej szczególnej nieruchomości przedsięwziętą zostanie, gdy o to zajdzie żądanie strony interesowanej*. Równocześnie wprowadzono uproszczoną procedurę, co wpłynęło na zmniejszenie kosztów postępowania, a w konsekwencji większością dokonywanych wpisów w księgach wieczystych. Wskutek wprowadzenia nowelizacji prawa hipotecznego z 1818 r. oraz uchwalenia no-

wych przepisów w ustawie z 1825 r., które zmieniły treść niektórych artykułów, umożliwiono właścicielom nieruchomości położonych w innych miastach niż wojewódzkie uzyskanie kredytów realnych. W związku z czym, pomimo trudnej i niszczącej ziemie polskie sytuacji politycznej, niewątpliwie wpłynęło to pozytywnie na gospodarkę oraz umożliwiło rozwój ekonomiczny Królestwa Polskiego w XIX w.

## 5. Ustawy hipoteczne w ujęciu komparatystycznym

### 5.1. Francja

We Francji kształt XIX w. hipoteki wynikał z bardzo silnie zakorzenionego prawa rzymskiego odnoszącego się do tej instytucji, co zdaniem doktryny nie wpłynęło pozytywnie na samą instytucje w tych terenach. Przede wszystkim nie doszło do wypracowania systemu rejestrów, co nie ulega wątpliwości odzwierciedlało brak zasady jawności prawa hipotecznego. W konsekwencji nie było w obowiązującym prawie żadnego instrumentu, który zabezpieczałby prawa wierzycieli. Nie osiągnięto również żadnego z dwóch głównych celów wprowadzenia hipoteki: ustalenia prawa własności do nieruchomości oraz ułatwienia ustanowienia kredytu rzeczowego (Glass, 1929, s. 7). Wprowadzony Kodeks Napoleona, uwstecznił kształt obowiązujących przepisów. Wprowadził on konstrukcję hipoteki tzw. tajnej, wskutek braku obowiązującej zasady jawności. Ponadto, do przeniesienia własności nieruchomości oraz ustanowienia prawa wystarczało samo zezwolenie właściciela. W konsekwencji nie było żadnej pewności co do przysługującego prawa własności, co wiązało się z brakiem wiedzy co do rzeczywistego każdoczesnego właściciela nieruchomości. Brak pewności co do potencjalnego dłużnika, nie był dla wierzycieli korzystnym zabezpieczeniem swych wierzytelności poprzez ustanawianie hipoteki. Dopiero ustawa uchwalona w 1855 r. wprowadziła obowiązek dokonania transkrypcji do ksiąg hipotecznych prawa własności bądź obciążeń na nieruchomości. Obowiązywała ona jednak jedynie wobec osób trzecich, wobec samego właściciela nieruchomości (dłużnika) i wierzyciela obowiązywała zawarta między nimi umowa. Nie obejmowała także sukcesji wskutek dziedziczenia oraz niewzruszalności nabycia, ze względu na brak obowiązującej zasady legalności (Gazeta…, 1888, s. 501).

### 5.2. Prawo niemieckie

W prawie niemieckim już od XII i XIII w. w obrocie funkcjonowała *fiducia*. W przeciwieństwie do prawa francuskiego prawo hipoteczne na ziemiach niemieckich już od początku istnienia instytucji na kształt hipoteki szybko ulegało rozwojowi. W XVIII w. wprowadzono Ordynację hipoteczną, uchwaloną w 1783 r. Niezwykle interesującą pod kątem prawa rzeczowego instytucję, wprowadzał § 55 tytułu II przywoływanego źródła odnoszący się do skutecznego przenoszenia prawa własności (Gazeta…, 1888, s. 503). Zgodnie z nim, to nie samo zawarcie umowy przenosi własności danej rzeczy, nabycie dokonuje się wskutek ujawnienia w rejestrze (wykazie hipotecznym). Ustawa wprowadziła także niewzruszalność aktów zawartych w dobrej wierze z osobą ujawnioną w rejestrze jako właściciel. Uchwalono także różne rodzaje hipoteki takie jak hipoteka zabezpieczająca, obiegowa (księgowa i listowa). Hipoteką zabezpieczającą było jedynie samo zabezpieczenie wierzytelności, uzależnione od istnienia długu głównego, ściśle akcesoryjne. Nie znajdowała do niej zasada prawdziwości wpisu. Hipoteka obiegowa, opierała się na roszczeniu i na zasadzie prawdziwości wpisu w rejestrze, co zapewniało dobrą wiarę osobie trzeciej nabywającej prawo zgodnie z treścią księgi. Ustawa wprowadziła także instytucje długu gruntowego oraz listów zastawnych (Glass, 1929, s. 16). Na uwagę zasługuje fakt, iż to polskie ustawy zostały przetłumaczone przez naszych niemieckich sąsiadów już rok po ich wydaniu, odpowiednio w 1819 r. i 1826 r. (Rakowiecki, 1921, s. 229).

### 5.3. Prawo austriackie

W przeciwieństwie do powyżej opisanego prawa pruskiego, hipoteczne prawo austriackie nie było dobrze rozwinięte. Podstawą prawną regulującą instytucje hipoteki był kodeks cywilny z 1811 r. oraz uchwalona w dniu 25 lipca 1871 r. ustawa powszechna o księgach gruntowych (Glass, 1929, s. 21). W swych regulacjach prawo to powielało zasady funkcjonujące na ziemiach polskich i pruskich. W § 431 Kodeksu cywilnego wprowadzono konieczność przeniesienia własności poprzez dokonanie wpisuj w księgach hipotecznych, w praktyce nie był to jednak wymóg sankcjonowany, co poskutkowało przenoszeniem własności bez ujawniania w treści ksiąg. Nie ulega więc wątpliwości, że brak pewności co do przysługującego prawa własności wpłynął na funkcjonowanie i rozwój stosunków ekonomiczno — społecznych.

## 6. Zakończenie

Podsumowując powyższe rozważania, należy zaznaczyć, że uchwalone przez deputacje cywilną Królestwa Polskiego w 1818 r. było jednym z słynniejszych aktów prawnych regulujących hipotekę w XIX w. w nowożytnej Europie. Wprowadziło podstawowe dla obecnie obowiązującej regulacji zasady takie jak zasada jawności, szczegółowości, legalności oraz pierwszeństwa, które to ściśle łączą się z funkcją oraz cechami hipoteki jako ograniczonego prawa rzeczowego w kształcie aktualnie regulowanym. Było również wzorem dla krajów sąsiadujących, co zważając na ówcześnie panujący rozkład sił politycznych w Europie, było niewątpliwym sukcesem dla polskiego ustawodawcy.

## Bibliografia


Glass, J. (1929). *Ustawa hipoteczna na drobnej własności ziemskiej*. Warszawa.

Glass, J. (1917). Rzut Oka na hipotekę polską w świetle ustawodawstw cudzoziemskich. Warszawa: *Kwartalnik prawa cywilnego i handlowego*, (4).

*Gazeta Sądowa Warszawska*, z dnia 8 lipca 1888 r. s. 498.

Kramer, K. (2014). Hipoteka jako instytucja zabezpieczająca interesy wierzyciela i jej przemiany w XIX i XX w. *Studenckie Zeszyty Naukowe*, (25).

Kubicki, T. (2008). Księgi hipoteczne w prawie dziewiętnastowiecznego Królestwa Polskiego. Zasady konstrukcji — forma zewnętrzna i wewnętrzna. *Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego*, (11).

Kubicki, T. (2012). *Prawo Hipoteczne Królestwa Polskiego*. Łódź.

Rakowiecki, K. (1921). *Bibliografia prac o hipotece polskiej*. Warszawa: Dziennik Urzędowy Ministerstwa Sprawiedliwości.

Warzocha, E. (1998). Pożądane kierunki zmian w przepisach o hipotece z uwzględnieniem regulacji prawnych i tendencji w państwach Unii Europejskiej. *Rejent*, (8).

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.9

# Sądowe zniesienie wspólności majątkowej małżeńskiej dotyczące nieruchomości w badaniach empirycznych

## Judicial dissolution of marital joint property concerning real estate in empirical research

*mgr Cezary Dzierzbicki*

E-mail: c.dzierzbicki@wpia.uw.edu.pl

**Streszczenie**

Analiza spraw o zniesienie wspólności majątkowej małżeńskiej: w Sądzie Rejonowym dla m. st. Warszawy — 8 spraw i w Sądzie Rejonowym w Żyrardowie — 5 spraw. Zostanie przeprowadzona z punktu widzenia treści, układu i wadliwości orzeczeń zarówno procesowych i merytorycznych, a także kosztów postępowania nieprocesowego. Badaniu zostanie poddana ilość przepisów Kodeksu postępowania cywilnego wykorzystywanych do ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy. Zwrócona zostanie uwaga na indywidualny charakter prowadzenia postępowania nieprocesowego przez sędziego, a także wpływ uczestników na przyspieszenie lub wydłużenie rozpoznania sprawy. Analizie zostaną też poddane dowody dopuszczane i przeprowadzane w tych postępowaniach, w tym opinie biegłych, czyli rzeczoznawców majątkowych, czy geodetów. W artykule nie zabraknie także uwag prawnoporównawczych do innych systemów prawnych, jak Wielkiej Brytanii, Stanów Zjednoczonych czy Niemiec.

**Słowa kluczowe:** wspólność majątkowa małżeńska, nieruchomość.

**Summary**

The analysis of the cases of dissolution of marital joint property in the District Court for capital city of Warsaw — 8 cases and in the District Court in Żyrardów — 5 cases is conducted in terms of content, layout and faultiness of judgement both procedural and substantive, as well as cost of non — contentious proceedings. The subject of research is number of regulations of civil code of procedure, which is used to achieve final judgement. The author pays attention to the individual character of conducting the non — contentious proceedings by judge and also impact of participants on acceleration or extension of the recognition of the case. The author analyses the evidences, which are admitted and conducted in these proceedings, including expert opinions as appraisers and surveyors. There are also comparative law's remarks to other legal systems as Great Britain, United States of America and Germany.

**Key words:** marital joint property, real estate.

### 1. Wstęp

W niniejszym artykule zostanie dokonane odwołanie do badań empirycznych na aktach sądowych: w: Sądzie Rejonowym dla m. st. Warszawy w Warszawie (14 spraw), Sądzie Rejonowym dla Warszawy — Śródmieścia w Warszawie (30 spraw), Sądzie Rejonowym w Żyrardowie (40 spraw) oraz Sądzie Rejonowym w Skierniewicach (12 spraw). Łącznie przebadano 96 spraw I instancji, 29 spraw w II instancji w wyniku wniesienia środków odwoławczych oraz 2 sprawy przed Sądem Najwyższym w wyniku wniesienia skargi kasacyjnej. Spraw o zniesienie wspólności majątkowej małżeńskiej było: w Sądzie Rejonowym dla m. st. Warszawy — 8 spraw, a w Sądzie Rejonowym w Żyrardowie — 5 spraw.

Badanie ma na celu ustalenie wpływu postanowień wydawanych w typowo procesowych sytuacjach (jak np. zawieszenie postępowania, dopuszczenie dowodu, ustanawianie pełnomocnika procesowego z urzędu itd.), jak również zarządzeń przewodniczącego w ramach kierowania rozprawą (np. badanie trybu postępowania, zarządzenie przerwy, wyznaczenie rozprawy, itd.) na postępowanie nieprocesowe w szczególności orzeczenie merytoryczne w zakresie:

1. Szybkości wydania rozstrzygnięcia co do istoty sprawy.
2. Wadliwości orzeczenia i prawdopodobieństwa jego wzruszenia z przyczyn formalnych.
3. Zasadności orzeczenia merytorycznego i formalnie kończącego sprawę (umorzenie postępowania, odrzucenie wniosku).
4. Na wysokość kosztów i obciążenie nimi uczestników postępowania nieprocesowego.

## 2. Metodologia badań

Metoda polegająca na analizie materiałów prawnych, jakimi są niewątpliwie akta sądowe wymaga niewątpliwie odwołania się do innych metod takich jak: prawnoporównawczej, ekonomicznej analizy prawa, w tym zwłaszcza głównej metody formalno-dogmatycznej. Badania empiryczne nie mogą być wyłącznym sposobem badania prawa. Jednakże badania aktowe pozwalają na zebranie niezmiennych danych w zakresie praktycznego wykorzystania przepisów prawa. Trudność empirycznych badań polega na oddzieleniu informacji nieistotnych od tych najbardziej istotnych i ukazanie ich w sposób obiektywny i przystępny dla czytelnika. Z tego powodu przyjęto plan badań, który był ściśle przestrzegany (Podgórecki, 1971, s. 216–218). Składa się z następujących czynności:

– skonstruowanie kwestionariusza badawczego;

– wysłanie korespondencji w celu uzyskanie zgody przez Sądy Rejonowe na udostępnienie akt sądowych we wskazanych sprawach postępowania nieprocesowego dotyczących nieruchomości;

– dostosowanie się do wymogów przedstawionych przez poszczególne sądy;

– badanie i sporządzanie notatek zachowujących treść układ poszczególnych części składowych orzeczeń i zarządzeń w sądach według sporządzonego kwestionariusza badawczego;

– szczegółowa analiza zebranych danych;

– wyciąganie wniosków szczegółowych dotyczących spostrzeżonych podobieństw i różnic w zakresie praktyki działania sądu, wpływu uczestników i innych okoliczności na orzeczone koszty;

– próba sparametryzowania danych poprzez ujęcie ich w dane liczbowe ze względu na istotne kryteria ustalone z punktu widzenia przedmiotu sprawy;

– wysunięcie ogólnych tez z badań;

– wciągnięcie tez do określonych koncepcji teoretycznych przyjmowanych w nauce prawa ogólnie i w zakresie postępowania cywilnego;

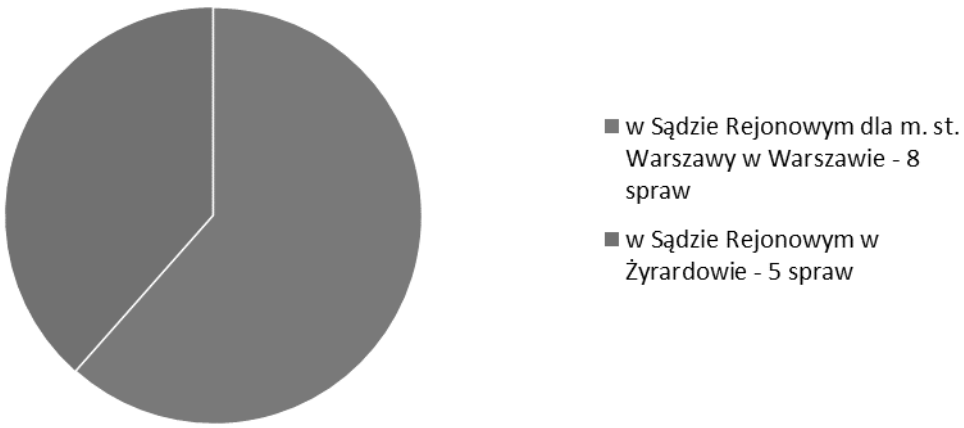
– próba publikacji wyników badań.

W celu zwięzłego przedstawienia wyników badań posłużono się liczbami, aby pokazać ich istotne cechy. Nie ma bowiem możliwości ze względu na objętość badanych spraw przedstawienia ich w całości, poza tym nie pozwala na to ochrona danych osobowych. Badanie zostało dokonane na podstawie doboru losowego spraw dokonanego przez Kierowników odpowiednich Sekretariatów Sądów Rejonowych. Ten sposób jest jedynie możliwy, gdyż wyłącznie osoba uprawniona może dokonać tego wyboru w graniach spraw wskazanych we wniosku o udostępnienie akt. Badacz był związany wylosowanymi przez Kierowników aktami i nie mógł ich zwrócić, np. ze względu na grubość akt. Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy reprezentował okręg sądu wielkomiejskiego, zaś Sąd Rejonowy w Żyrardowie obszar mniejszego miasta i otaczających go wsi (Blalock, 1977, s. 14, 15, 440–442, 454–457, 465). Następnie stworzono notatki do kwestionariusza badawczego, którego pytania zamknięte i otwarte dotyczące faktów, oparto na przepisach Kodeksu postępowania cywilnego[1]. Uzyskane wyniki uogólniono, co umożliwiło wskazanie przepisów tego aktu normatywnego, które miały faktyczne zastosowanie w danej sprawie. Akta sądowe to dane oficjalne, które były już wykorzystywane w wielu badaniach empirycznych. Niniejsza metoda ma wiele zalet, do których należą stosunkowo niskie koszty przeprowadzenia badań i możliwość replikowania danych wtórnych (Frankfort-Nachmiast, Frankfort, 2001, 122, 129–131, 268, 270–272, 335–337, 346).

W doktrynie amerykańskiej zwraca się na zależność pomiędzy rozstrzygnięciami wydawanymi przez sędziów ze względu na ich płeć. Zróżnicowanie to w większości krajów Europy pojawiło się po pierwszej wojnie światowej. Ważne jest także, żeby przy badaniach empirycznych zachować elastyczność bowiem nie wszystko można przewidzieć przed ich rozpoczęciem. Warto powołać się na badania innych osób zajmujących się badaniami nad sądownictwem. La Porta stwierdził im bardziej niezależni są sędziowie w kraju tym większą wolnością ekonomiczną cieszą się jego obywatele. Ciekawy wniosek wyprowadził też Elkins — im bardziej elastyczna konstytucja, tym bardziej prawdopodobne, że będzie zdolna dostosować się do zmieniających się okoliczności, a zatem będzie obowiązywać dłużej. Z powodu zbyt dużej ilości informacji na temat spraw o podział majątku wspólnego dotyczących nieruchomości posłużono się metodą typologiczno — egzemplifikacyjną. Polega ona na łączeniu spraw podobnych w typy i następnie podawaniu przykładu ich reprezentującego, chyba że jest możliwe uogólnienie poszczególnych spraw za pomocą liczb np. w zakresie długości postępowania (Epstein, Martin, 2014, s. 1, 19–21, 36–37, 66–67, 85–87, 107, 126).

Badania empiryczne na orzeczeniach zostały wykorzystane także w pracach prawniczych w Polsce wraz z dołączoną do nich metodologią. Pozwoliło to między innymi stwierdzić wysoką trudność uzyskania prejudykatu umożliwiającego dochodzenie odszkodowania poprzez wniesienie skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia (Zembrzuski, 2007, s. 324–325; Jabłoński, Koźmiński, 2015, s. 42–44, 70–74). Inną pracą w zakresie postępowania cywilnego jest analiza powództw prokuratora w sprawach niemajątkowych z zakresu prawa rodzinnego, która również została oparta na metodzie empirycznej polegającej tym razem na analizie wywiadów z przedstawicielami tego zawodu prawniczego. Badania te doprowadziły autora do stwierdzenia potrzeby uregulowania dowodu z DNA i pozostawienia możliwości wytaczania powództw przez prokuratura, jednakże konieczna jest większa specjalizacja tego zawodu w zakresie postępowania cywilnego (Kosek, 2016, s. 2–5, 405–409). W pozostałych dziedzinach prawa również w ten sposób wykorzystano badania empiryczne np. w zakresie analizy uzasadnień orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, czy artykułów prasowych dotyczących spraw karnych. Pierwsza z nich doprowadziła do stwierdzenia, że istnieje hierarchia zasad konstytucyjnych, a na jej szczycie stoi zasada równości (Stawecki, Winczorek, 2014, s. 389–393, 481, 482). Natomiast w sprawach karnych stwierdzono negatywny wpływ ferowania wyroków przez dziennikarzy na zaufania społeczeństwa do wymiaru sprawiedliwości (Łojko, Raczkowska, 2013, s. 70, 73–74, 108–111).

Rysunek 1
**Procentowy rozkład udziału spraw o podział majątku wspólnego**




Źródło: opracowanie własne.

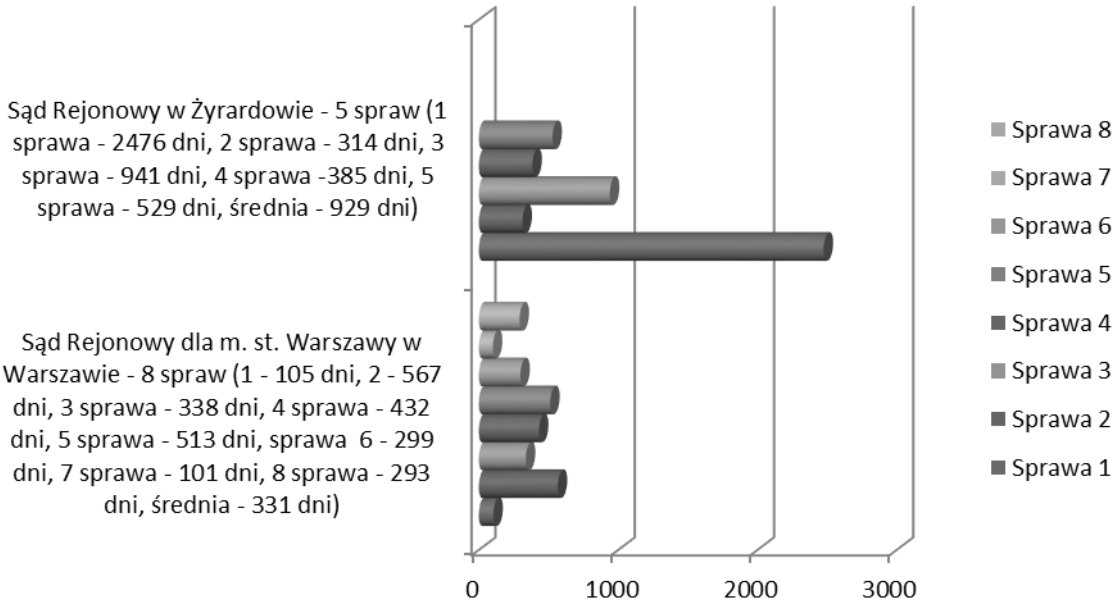
## 3. Dane empiryczne

Można zauważyć, że sprawy o podział majątku wspólnego mogą istnieć samodzielnie lub być połączone z działem spadku. W niniejszym badaniu spraw połączonych było 5. Warto podkreślić, że jak pokazują dane empiryczne często daną sprawą sądową zajmuje się wielu sędziów. Niepokojący jest fakt małej liczby zaangażowanych w sprawę referendarzy sądowych lub ich po prostu brak. Wskazuje to na to, że wciąż mają zbyt małe uprawnienia by rzeczywiście móc odciążyć sędziów w prostszych czynnościach niezwiązanych bezpośrednio z orzekaniem w sprawie. Wskazać trzeba także na przewagę kobiet będących zarówno sędziami jak i referendarzami sądowymi. Dominują sprawy jednotomowe, tylko w jednym przypadku sprawa miała sześć tomówu. Objętość sprawy jest niewątpliwie związana z długością trwania postępowania (zilustrowanego za pomocą rysunku 1) i pojawiającymi się w jego toku problemami prawnymi.

## 4. Długość trwania postępowania

Według rysunku 2 średnia trwania postępowania w Sądzie Rejonowym dla m. st. Warszawy jest krótsza wynosi 331 dni, a w Sądzie Rejonowym w Żyrardowie 929 dni. Trzeba jednak wziąć pod uwagę, że w drugim z nich była rozpoznawane bardziej skomplikowana i sporna sprawa 9. Dla ukazania działań podejmowanych w toku postępowania przez uczestników i sąd sporządzono także poniższe tabele.

Rysunek 2




Źródło: opracowanie własne.

Tabela 1

| Nr sprawy i uwagi | Sąd Rejonowy i ewentualnie innych Sądów | Liczba sędziów i referendarzy sądowych rozpoznających sprawę | Liczba środków zaskarżenia: np. apelacji, zażaleń, itd. | Liczba tomów i kart | Data wszczęcia i data zakończenia |
|---|---|---|---|---|---|
| 1 | dla m. st. Warszawy w Warszawie (dalej W–M) | 2 (1 mężczyzna, dalej M i 1 kobieta dalej K) i 1 (K) | 0 | I i 14 | 17.02.2014 – 02.06.2014 r. |
| 2 z działem spadku | W–M | 3 (1K i 2M) i 1 (K) | 0 | I i 283 | 12.12.2013 – 2.07.2015 r. |
| 3 | W–M | 2 (1K i 1M) i 1 (K) | 0 | I i 154 | 21.07.2014 r. – 24.06.2015 r. |
| 4 | W–M | 3 (2K i 1M) | 0 | I i 90 | 31.07.2014 r. – 6.10.2015 r. |
| 5 | W–M | 2 (2M) i 2 (2K) | 0 | I i 238 | 5.08.2014 r. – 31.12.2015 r. |
| 6 | W–M | 2 (2M) i 0 | 0 | I i 38 | 3.08.2015 r. – 28.05.2016 r. |
| 7 | W–M | 2 (2M) i 0 | 0 | I i 86 | 25.08.2014 r. – 4.12.2014 r. |
| 8 z działem spadku | pierwotnie w Sądzie Rejonowym w Gliwicach i Sąd Okręgowy w Gliwicach, W–M | 2 SR W — M (1K i 1M) Sąd Rejonowy w Gliwicach 3 (3K) Sąd Okręgowy w Gliwicach 1 (1K) łącznie 6 (5K i 1M) sędziów i 2 referendarzy sądowych z Sądu Rejonowego w Gliwicach (1M i 1K) | skarga na orzeczenie referendarza sądowego (dalej SORS) (odrzucona) | I i 206 | 6.02.2013 r., wpisano ponownie (dalej wp) 23.01.2015 r. – 12.11.2015 r. |
| 9 z działem spadku | Sąd Rejonowy w Żyrardowie (dalej Ż) | 6 (3K i 3M) sędziów Sądu Rejonowego w Ż, 10 sędziów (9K i 1M) w Sądzie Okręgowym w Płocku, 2 ( 2K) sędziów Sądu Rejonowego w Skierniewicach, łącznie 18 (14 K i 4M) sędziów i 1 referendarz sądowy z Sądu Rejonowego w Ż. (1M) | 2 apelacja (1 odrzucono, 1 oddalono), 3 zażalenia (1 częściowo uwzględniono, 2 oddalono), 1 SORS (częściowo uwzględniono) | VI i 1109 | 5.02.2010 r. – 16.11.2016 r. |
| 10 | Ż | 3 (3K) (w tym 1 Sędzia Sądu Okręgowego w Płocku) i 0 | 0 | I i 177 | 7.04.2015 r. – 15.02.2016 r. |
| 11 | Ż | 4 (3K i 1M) i 0 | 0 | I i 183 | 18.11.2013 r. – 6.06.2016 r. |
| 12 z działem spadku | Ż | 2 (1M i 1K i 1 (1M) | 0 | I i 85 | 23.01.2015 r. – 12.02.2016 r. |
| 13 z działem spadku | Ż | 3 (2M i 1K) i 0 | 0 | I i 33 | 2.02.2015 r. – 15.07.2016 r. |

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 2

| Nr sprawy i uwagi | Wszczęta z wniosku i liczba uczestników | Liczba postanowień i liczba zarządzeń | Liczba rozpraw i posiedzeń | Rodzaj i przeznaczenie nieruchomości | Sposób zakończenia postępowania |
|---|---|---|---|---|---|
| 1 | kobiety (dalej K) i 2 | 1 i 6 | 0 i 2 | nie można stwierdzić | zarządzenie o zwrocie wniosku z uzasadnieniem |
| 2 | K i 4 | 9 i 17 | 7 i 3 | lokal (dalej L) mieszkalny (dalej M) | postanowienie co do istoty sprawy (dalej PC) |
| 3 | K i 2 | 3 i 7 | 2 i 1 | lokal wraz z niezabudowanym gruntem i M | postanowienie o umorzeniu postępowania w związku z ugodą (dalej PUU) |
| 4 | K i 2 | 5 i 10 | 0 i 6 | nakłady na grunt w celu wybudowania domu mieszkalnego i M | postanowienie o umorzeniu postępowania w związku z ugodą zawartą w postępowaniu mediacyjnym |
| 5 | mężczyzny (dalej M) i 2 | 8 i 20 | 3 i 4 | L i M | PC |
| 6 | K i 2 | 5 i 2 | 4 i 0 | L i M | PC |
| 7 | K i 2 | 1 i 3 | 2 i 0 | L i M | PUU |
| 8 | K i 3 | 13 (w tym załączono dwa orzeczenia o stwierdzenie nabycia spadku z innych spraw) i 18 | 4 i 7 | Spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu i M. | PC |
| 9 | 3 wnioskodawczyń (3 K) i 18 | 45 (innych spraw w tym 7 postanowień o stwierdzenie nabycia spadku i 1 wyrok o alimentach łącznie 8) i 107 | 9 i 26 | Gospodarstwo rolne i rolne (dalej R) | Postanowienie wstępne i postanowienie końcowe |
| 10 | M i 2 | 3 i 4 (załączono także dwa wyroki: wyrok Sądu Rejonowego o ustanowienie rozdzielności majątkowej i wyrok Sądu Okręgowego w Płocku o rozwodzie) | 2 i 2 | Grunt wraz z budynkiem i M | PUU |
| 11 | M i 2 | 12 i 18 (1 wyrok Sądu Rejonowego w Ż o ustanowienie rozdzielności majątkowej) | 2 i 7 | Budynek i M | PUU |
| 12 | K i 4 | 5 (w tym 2 postanowienia o stwierdzenie nabycia spadku) i 9 | 1 i 3 | 1 udziału we własności L i M | PC |
| 13 | 3 wnioskodawców (2K i 1M) i 3 | 2 (w tym postanowienie o stwierdzenie nabycia spadku) i 5 | 1 i 1 | Nieruchomość gruntowa i R | PC |

Źródło: opracowanie własne.

Badania pokazały, że w większości przypadków to kobiety inicjują postępowanie o podział majątku wspólnego składając wniosek do sądu. Nastąpiło to aż 8 razy. W sprawach związanych także z działem spadku często wniosek składają łącznie kilku wnioskodawców (2 sprawy). Na rozstrzygnięcie mają też wpływ wcześniejsze postępowania o stwierdzenie nabycia spadku, ustanowienie rozdzielności majątkowej, czy o rozwód, które załączane są do akt. Na ogół liczba zarządzeń wydawanych przez przewodniczącego przekracza liczbę postanowień. Przeważają także posiedzenia jawne i niejawne

nad rozprawami. Warto także w związku z tym zaproponować ograniczenie stosowania w protokole zwrotu„posiedzenie jawne" na rzecz „rozprawy". Nie każde posiedzenie jawne jest rozprawą, natomiast każda rozprawa jest posiedzeniem jawnym. Posiedzenia jawne dzielimy bowiem na rozprawy oraz inne np. dla przeprowadzenia dowodu przed sądem wezwanym zgodnie z art. 238 k.p.c. (Lappierre, Jodłowski, Resich, Misiuk-Jodłowska, Weitz, 2016, s. 336; Pietrzkowski, 2014, s. 452). Poza tym może to później spowodować trudności przy zawieraniu ugody w warunkach art. 79 ust. 1 pkt 1 lit. h ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych[2], czy została wyznaczona rozprawa czy nie. Problem ten wystąpił zarówno w Sądzie Rejonowym dla m. st. Warszawy jak w i Żyrardowie, częściej jednak w tym ostatnim. Większość spraw dotyczyło prawa własności lokali z przeznaczeniem na cele mieszkaniowe — 4 sprawy. Najwięcej było rozstrzygnięć merytorycznych, aż w 7 sprawach, w tym w jednej użyto postanowienia wstępnego i końcowego. W 4 przypadkach uczestnicy zawarli ugodę sądową, a w 1 sprawie udało się zawrzeć ugodę w postępowaniu mediacyjnym. Raz doszło do wydania zarządzenia o zwrocie wniosku.

Pomimo dosyć szczegółowych danych przedstawionych w tabelkach i wykresach warto wskazać na przepisy kodeksu postępowania cywilnego, mające zastosowanie w poszczególnych sprawach o podział majątku wspólnego. Pouczenia zgodnie z art. 5 k.p.c. miały zastosowanie w 2 sprawie w 1 przypadku na karcie (dalej k.) 263, w 5 sprawie w 2 przypadkach na k.: 30 i 216, w 8 sprawie w 2 przypadkach tj. na k.: 45, 53 k., w 9 sprawie 21 przypadkach na k.: 63, 104, 148 (2 razy), 171 (2 razy), 273–284, (5 razy w tym o wniosku z art. 49 k.p.c.), 382, 470–476 (3 razy), 489–490, 511, 599, 709–710 (z rozprawy apelacyjnej), 766, 966–967, w sprawie 10 w 1 przypadku na k.: 141, w 11 sprawie 3 przypadkach na k.: 71, 144–146, 164, w 13 sprawie 1 przypadek na k.: 29. W związku z potrzebą sprecyzowania stanowisk uczestników dokonano w tych sprawach wstępnego wysłuchania na podstawie art. 212 k.p.c. w związku z art. 13 § 2 k.p.c.: w sprawie 9 nastąpiło to 2 razy, w sprawie 11 i 12 po 1 razie. W związku z przeglądaniem akt na podstawie art. 9 k.p.c. wydano zarządzenia po 1 razie w sprawach: 3, 5, 7, 8, 10, a w 9 sprawie: 8 razy. Nie oznaczono formy w sprawie 5 i 7 po 1 razie. Sąd Rejonowy nakłaniał do ugody zgodnie z art. 10 k.p.c. tylko w jednym przypadku w sprawie 11. Tymczasowe dopuszczenie do udziału w postępowaniu nieprocesowym na podstawie art. 97 k.p.c. nastąpiło w sprawie 9 tylko 1 raz. Wyraźnie określenie zasad ponoszenia kosztów w postępowaniu nieprocesowym na podstawie art. 520 § 1 k.p.c. nastąpiło w sprawie: 5–1 raz, 8–1 raz oraz 2 razy w załączonych sprawach, 9–2 razy w załączonych sprawach, 11–1 raz w postanowieniu o umorzeniu postępowania, 13–1 raz. Zabrakło często ostatniego punktu w orzeczeniach: *ustalić, iż każdy z uczestników ponosi koszty postępowania związane ze swoim udziałem w sprawie*. Mimo tego skutki były te same.

Warto zauważyć, że przepis art. 520 k.p.c. zawiera szczególną regulację w zakresie kosztów niż w procesie stanowiąc, że nie podlegają one co do zasady rozliczeniu. Warto wskazać także na orzecznictwo, które wyklucza stosowanie art. 520 § 2 i 3 k.p.c. w przypadku, gdy wszyscy uczestnicy chcą zniesienia wspólności majątkowej małżeńskiej ze względu na to, że ich interesy nie są sprzeczne[3] (Ereciński, Gudowski, 2016, 131, 133; Zieliński, 2017, 1032, 1033). Może tu więc występować problem gapowicza, czyli mimo bierności, uczestnik zyskuje (Siwińska, Bednarski, Wilkin, 2008, 107–108).

Stosunkowe rozdzielenie kosztów na podstawie art. 520 § 2 k.p.c. zostało zastosowane tylko 1 raz w sprawie 9. Zniesienie wzajemnie kosztów nastąpiło w sprawie 4–1 raz. Postanowienie o zwolnieniu od kosztów sądowych w całości na podstawie art. 100 ust. 2 u.k.s.c. wydano w sprawie: 1 i 9. Natomiast postanowienie o częściowym zwolnieniu od kosztów sądowych zgodnie z art. 101 u.k.s.c. wydano w sprawach: 4, 8 i 9. Oddalono wniosek o zwolnienie od kosztów sądowych na podstawie art. 107 u.k.s.c. w sprawach: 9 i 12. Zarządzenie stosownego dochodzenia zgodnie z art. 109 u.k.s.c. nastąpiło 1 raz w 4 sprawie i w konsekwencji w tej sprawie odmówiono zwolnienia od kosztów na skutek oczywistej bezzasadności. W 8 sprawie — 1 raz oddalono wniosek o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego na podstawie art. $117^2$ k.p.c. Do skutecznego ustanowienia adwokata lub radcy prawnego zgodnie z art. 118 k.p.c. doszło w sprawie 5. Przewodniczący wzywał uczestników, pod rygorem zwrócenia pisma, do poprawienia, uzupełnienia lub opłacenia go w terminie tygodniowym w sprawach: 1, 2, 5, 8, 9, 11, 12, 13. Zarządzenie przewodniczącego o zwrocie pisma wniesionego przez adwokata lub radcę prawnego, które nie zostało należycie opłacone, bez wezwania o uiszczenie opłaty, jeżeli pismo podlega opłacie w wysokości stałej lub stosunkowej obliczonej od wskazanej przez stronę wartości przedmiotu sporu zgodnie z art. 1302 k.p.c. wydane zostało w sprawie: 2–1 raz i 4–3 razy. Zobowiązanie uczestnika postępowania nieprocesowego do wniesienia zaliczki na podstawie art. 1304 k.p.c., nastąpiło po 1 razie w sprawach: 2, 8 i 13. Wyznaczenie posiedzenia sądowego przez przewodniczącego i wezwanie na posiedzenie na podstawie art. 149 k.p.c. nastąpiło po 1 razie w sprawach: 1, 3, 4, 5 i 12, natomiast w 8 sprawie — 2 razy, zaś w 9–5 razy. Odroczenie posiedzenia na zgodny wniosek stron zgodnie z art. 156 k.p.c. nastąpiło tylko w sprawie 3. Odrzucenie wniosku o przywrócenie terminu z art. 171 k.p.c. miało miejsce w sprawie 9, przy której doszło do ciekawego zasugerowania referendarzowi sądowemu w zarządzeniu przez sędziego, jak daną kwestię należy rozstrzygnąć i takie postanowienie zostało wydane. Zawieszenie postępowania nieprocesowego z urzędu zostało wydane na podstawie art. 174 § 1 pkt 1 k.p.c. po 1 razie w sprawach: 8 i 9, a z mocy art. 177 § 1 pkt 1 w 9 sprawie — 1 raz. Podjęto zawieszone postępowanie na podstawie art. 180 § 1 pkt 1 k.p.c. po jeden raz w sprawach: 8 i 9. W warunkach art. 181 k.p.c. w sprawie 9 po 1 razie: odmówiono podjęcia postępowania i podjęto postępowanie. Umorzenie postępowania w stosunku do jednego z uczestników nastąpiło 1 raz w sprawie 8. Po 4 pisma o wyznaczeniu terminu mediacji, jej przedłużeniu zostały wydane w sprawie 4 i 10, tylko że w pierwszej z nich stwierdzono, że do ugody nie doszło, a w drugiej sąd zatwierdził ugodę zawartą przed mediatorem.

Badanie trybu postępowania zgodnie z art. 201 k.p.c. oraz czynności wstępne dokonano w każdej sprawie wydając za-

rządzenia: 1–1 raz, 2–2 razy, 3–1 raz, 4–2 razy, 5–1 raz, 6–1 raz, 7–1 raz, 8–2 razy, 9–1 raz i 3 razy w związku z wniesionymi zażaleniami, 10–1 raz, 11–1 raz, 12–2 razy i 13–2 razy. Wielokrotnie była także zarządzana przerwa, co nie ma wyraźnego umocowania w przepisach ustawy. Takiej podstawy można poszukiwać w § 63 Regulaminu urzędowania sądów powszechnych[4], jest to jednak tylko akt podustawowy. Zarządzenie przerwy wydano w sprawach: 2–2 razy, 3–1 raz, 5–1 raz, 7–1 raz, 9–5 raz, 11–3 razy. Odwołanie wyznaczonej rozprawy zgodnie z art. 203 § 3 i 4 k.p.c. nastąpiło w sprawie 7–1 raz. Zarządzenie o wyznaczeniu rozprawy stosownie do art. 206 § 1 k.p.c. wydano w sprawach: 2–1 raz, 3–1 raz, 5–2 razy, 6–1 raz, 7–2 razy, 8–1 raz, 9–5 razy, 10–1 raz, 11–2 razy, 12–1 raz, 13–1 raz. Zarządzenie przewodniczącego o wniesienie odpowiedzi na wniosek o wszczęcie postępowania nieprocesowego w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż dwa tygodnie zgodnie z art. 207 § 2 k.p.c. wydano w sprawach: 2–1 raz, 7–1 raz, 8–1 raz, 10–1 raz, 11–2 razy, 12–1 raz. Zarządzenia przewodniczącego mające na celu przygotowanie rozprawy wydano w prawie każdej sprawie: 1–4 razy, 2–8 razy, 3–2 razy, 4–8 razy, 5–13 razy, 6–1 raz, 8–13 razy oraz 2 razy referendarz sądowy, 9–78 razy oraz 2 razy referendarz sądowy, a także 1 raz zmieniono zarządzenie, 10–3 razy, 11–8 razy oraz 1 raz zmieniono zarządzenie, 12–4 razy, 13–2 razy. W tym przedmiocie wydano jednak także postanowienia i w nieoznaczanej formie podejmowano rozstrzygnięcia procesowe odpowiednio w sprawach: 2–5 postanowień i 1 raz nie oznaczono formy, 3–1 postanowienie, 5–1 postanowienie, 6–2 postanowienia, 8–1 postanowienie i 1 raz nie oznaczono formy, 9–6 postanowień i 4 razy nie oznaczono formy, 11–4 postanowienia. Może to wynikać z tego, że w sprawie wydawano już postanowienie w innym przedmiocie i zamiast pisać poniżej zarządzenie dodawano punkt do postanowienia. Gdy forma jest nieoznaczona to z reguły jest to jedne zdanie zawierające nakaz działania skierowany do sekretarzy lub protokolantów sądowych.

Przygotowanie rozprawy przez wydawanie zarządzeń jest często niedoceniane przez sędziów i innych uczestników, a są to bardzo ważne czynności w sprawie. (Pietrzkowski, 2014, s. 253–254). Zarządzenia mogą być wydawane w sprawach o charakterze technicznym przez Prezesa Sądu lub Przewodniczącego. Do jedynie tych ostatnich stosuje się odpowiednio przepisy o postanowieniach (Gapska, Studzińska, 2017, s. 453–455).

Odroczenie rozprawy nastąpiło stosownie do art. 214 k.p.c. w sprawach: 2–5 razy, 5–2 razy, 6–2 razy, 8–3 razy, 9–6 razy, 11–3 razy, 12–1 raz. Zamknięcie rozprawy nastąpiło po 1 raz w sprawach: 2, 3, 5, 6, 8, 13, natomiast w sprawie 9 nastąpiło to 2 razy. Dopuszczenie dowodu nie wskazanego przez stronę na podstawie art. 232 k.p.c. miało miejsce po 1 razie w sprawach: 5 i 9. Dopuszczono dowody zgłoszone przez uczestników po 1 razie w sprawach: 2, 5, 8, 11, a w sprawie 9–4 razy. Z kolei oddalono wnioski dowodowe uczestników po 1 razie w sprawach: 2, 5, 9 i 11, a w sprawie 9 wyraźnie stwierdzono także w postanowieniu o pominięciu dowodu. Zgodnie z art. 240 k.p.c. zmieniono postanowienie dowodowe 1 raz w sprawie 2.

Wezwanie świadka przez sąd na podstawie art. 262 k.p.c. 1 raz w 11 sprawie. Natomiast skazanie świadka w trybie art. 274 k.p.c. nastąpiło 1 raz w sprawie 9. Zasięgnięcie opinii biegłych sądowych nastąpiło po 1 raz w sprawach: 2, 8, 11, a w sprawie 9–2 razy. Byli to biegli następującej specjalności: rzeczoznawcy majątkowi w zakresie nieruchomości (sprawy: 2, 8, 11) i ruchomości (11 sprawa), geodeta (2 razy w sprawie 9). Ustne wyjaśnienie opinii miało miejsce 1 raz w sprawie 11. Przyznano wynagrodzenie biegłym postanowieniem po 1 razie w sprawach: 2 i 8 (wydał referendarz sądowy), a 2 razy w sprawach: 9 i 11. Wynagrodzenia te wynosiły: geodety — 9840 zł i 3847, 80 zł, rzeczoznawcy majątkowego nieruchomości — 1438, 65 zł, 1334, 62 zł, 2807, 19 zł i ruchomości — 729, 24 zł. Zarządzenie oględzin miało miejsce w 9 sprawie. Odpowiednio stosowano przepisy o przedstawieniu dowodów do przedstawienia przedmiotu oględzin zgodnie z art. 251 k.p.c. w 2 sprawie w postaci udostępnienia lokalu. Dopuszczono dowód z przesłuchania uczestników jeden raz w sprawie: 9, a po 2 razy w sprawach: 2 i 11.

Ogłoszono orzeczenia po 1 razie w sprawach: 2, 3, 5, 6, 10, 11, 12, 13, a w sprawie 8 nastąpiło to 2 razy i w sprawie 9–8 razy. Odroczono ogłoszenie orzeczenia stosownie do art. 326 § 2 k.p.c. po 1 razie w sprawach: 2, 5, 6 i 8, a w sprawie 9–3 razy. Sporządzono uzasadnienie postanowień w sprawach: 8–1 raz, 9–3 razy i 1 raz uzasadnienie zarządzenia, wyliczającego opłatę sądową od zażalenia. Profesjonalny pełnomocnik zapłacił bowiem opłatę sądową w kwocie 30 zł powołując się na Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2007 r. o sygn. akt II PZ 14/07[5]. Sąd Rejonowy uznał natomiast, że należy pobrać 1/5 kwoty 2000 zł, stanowiącej sumę opłaty sądowej za podział majątku wspólnego (1000 zł) i za 2 działy spadku (2 x 500 zł) dochodzone w jednym wniosku. Opłatę sądową ustalił zatem na kwotę 400 zł. Sąd Okręgowy zmienił w wyniku zażalenia zarządzenie i ustalił kwotę na 105 zł w pozostałej części oddalając zażalenie. Sąd II instancji powołał się na Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 września 2012 r., V CZ 31/12[6], który stwierdził, że w razie zażalenia na postanowienie o zwrocie kosztów procesu wartość przedmiotu zaskarżenia odpowiada wysokości kwestionowanych kosztów. Stwierdzenie prawomocności orzeczenia na wniosek uczestnika nastąpiło po 1 razie w sprawach: 1, 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11, 12, a w sprawie 8–3 razy, 9–2 razy (w tym 1 raz przez referendarza sądowego), 13–2 razy. Załączanych do akt orzeczeń z innych spraw ze stwierdzeniem prawomocności było w sprawach: 8–2 sztuki, 9–4 sztuki, 10–1 sztuka i 12–2 sztuki.

Wyznaczenie sądu właściwego jako Sądu Rejonowego dla m. st. Warszawy stosownie do art. 508 § 2 i 3 k.p.c. nastąpiło w sprawie 8 w drodze zarządzenia o przedstawieniu akt sądowi wyższego rzędu do podjęcia tej czynności przez Sąd Rejonowy w Gliwicach i zakończyło się wydaniem postanowienia przez Sąd Okręgowy w Gliwicach. Dopuszczono do udziału w sprawie na podstawie art. 510 k.p.c. uczestnika w sprawie: 5, 8 i 9 po 1 raz. Odebrano od uczestnika dane na podstawie art. 682 k.p.c. — 1 raz w sprawie 6. Natomiast w sprawie 5 dwukrotnie nadano klauzule wykonalności. Należy zwrócić uwagę, że nie we wszystkich sprawach sporzą-

dzono zawiadomienie, o którym mowa w art. 36 ust. 1 ustawy o księgach wieczystych i hipotece[7]. W następujących sprawach załączono 1 egzemplarz zawiadomienia: 7, 9 (sporządził referendarz sądowy), 10, 11, 12, 13. Problem ten wystąpił zatem szczególnie silnie w Sądzie Rejonowym dla m. st. Warszawy.

W każdym sądzie układ orzeczeń i zarządzeń jest inny. Na przykład w Sądzie Rejonowym w Żyrardowie zazwyczaj wykorzystywane są do napisania zarządzeń gotowe formularze, a w Sądzie Rejonowym dla m. st. Warszawy sporządzane są osobne dokumenty według wzorów.

Oto przykład postanowienia co do istoty sprawy:

„Sygn. akt:... orzeczenie prawomocne z dniem 28.05.2016 r.

**POSTANOWIENIE**

Dnia 06.05.2016 r.

Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie Wydział I Cywilny
w składzie następującym:
Przewodniczący: SSR A.D.
Protokolant: A.T.

po rozpoznaniu w dniu 25 kwietnia 2016 r. w Warszawie
na rozprawie
sprawy z wniosku M.J.
z udziałem D.J.
o podział majątku wspólnego

**postanawia:**

I. ustalić, że w skład majątku wspólnego małżonków M.J. i D.J. wchodzi:
a) stanowiący odrębną nieruchomość lokal mieszkalny nr 74 położony przy ul. K 57 w Warszawie wraz z udziałem wynoszącym 8513/2830644 części w nieruchomości wspólnej, którą stanowi prawo użytkowania wieczystego oraz części budynku i urządzenia które nie służą wyłącznie do użytku właścicieli lokali dla której Sąd Rejonowy dla Warszawy Mokotowa w Warszawie XIII Wydział Ksiąg Wieczystych prowadzi księgę wieczystą nr WA5M/00..... / o wartości 70 000 zł;
b) udział wynoszący 1/452 części we współwłasności nieruchomości stanowiącej lokal o przeznaczeniu innym niż mieszkalne wielostanowiskowy garaż usytuowany w podziemiach czterech budynków przy ul. K 57/63 w Warszawie, dla której Sąd Rejonowy dla Warszawy Mokotowa w Warszawie XIII Wydział Ksiąg Wieczystych prowadzi księgę wieczystą nr WA5M/00..... /. Wraz ze związanymi z tą nieruchomością prawami oraz prawem do korzystania z wyłączeniem pozostałych współwłaścicieli tego garażu z miejsca parkingowego nr 74 o wartości 30000 zł,
tj. składniki majątkowe o łącznej wartości 100 000 zł.

II. dokonać podziału majątku wspólnego M.J. i D.J. w ten sposób że:
przyznać na wyłączną własność M.J. składniki majątkowe szczegółowo opisane w pkt I a i b postanowienia bez obowiązku spłat przez wnioskodawczynię na rzecz uczestnika.

„Podpis sędziego”.

Przy wydawaniu orzeczeń merytorycznych powstaje problem nierozstrzygania wyraźnie w odrębnej jednostce redakcyjnej o udziale w majątku wspólnym. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2016 r. (III CZP 6/16)[8] przysługuje wtedy apelacja. Udziały w majątku wspólnym powstają po ustaniu wspólności majątkowej, a o ich wysokości orzeka sąd postanowieniem konstytutywnym. Sądy nie orzekają też o nakładach, jeśli uczestnicy nie wykażą inicjatywy dowodowej, co jest sprzeczne z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 2008 r. III CZP 148/07[9] i poglądami doktryny. Należy także dopuścić możliwość zrzeczenia się udziału w majątku wspólnym, co jak potwierdzają badania empiryczne rzeczywiście ma miejsce (Pietrzykowski, 2018, 410, 415, 417, 418, 427; Jędrejek, 2017, 316, 317, 325–327).

## 5. Uwagi prawnoporównawcze

Niemiecką ustawą z dnia 17 grudnia 2008 r. o postępowaniu w sprawach rodzinnych i w sprawach postępowań niepro-

cesowych (sądownictwa dobrowolnego)[10] zostało objęte zniesienie wspólności majątkowej małżeńskiej (*Auseinandersetung des Gütergemeinschaft*) na podstawie § 363–373 FamFG. Do podziału wspólności majątkowej małżeńskiej stosuje się odpowiednio przepisy o dziale spadku. Ciekawym zagadnieniem jest fakt, iż unormowania niemieckiej ustawy w przeciwieństwie do polskiej regulacji zawartej w k.p.c. zrównują w tym względzie partnerów i małżonków. Przepisy o dziale spadku w Niemczech dotyczą, bowiem również podziału wspólności majątkowej partnerskiej. Jednakże najpierw w procesie musi zostać zniesiona wspólność majątkowa małżeńska zgodnie z przepisami niemieckiego Kodeksu postępowania cywilnego[11] zanim zostanie dokonany podział rzeczy do majątków poszczególnych małżonków (Mayer, 2010, s. 1614–1616).

W Stanach Zjednoczonych istnieje do dyspozycji powództwo działowe (*partition*), na mocy którego strony niezdolne do zawarcia porozumienia występują do sądu, aby ten zapewnił wyjście z niepodzielności. Sąd nakaże albo podział fizyczny (*division*), albo zarządzi sprzedaż rzeczy w drodze licytacji. Podział wspólności majątkowej małżeńskiej nie jest możliwy w czasie trwania małżeństwa za pomocą tego roszczenia procesowego (Lusk, French, 1975, s. 84, 85 i 87).

W prawie angielskim jest możliwość zastosowania roszczenia *partition* na podstawie ustawy o umowach powierniczych i wyznaczaniu powierników z 24.07.1996 r.[12], gdy strony znajdujące się w we wspólności majątkowej małżeńskiej (*joint tenancy*) oddali jedną lub więcej nieruchomości albo inne przedmioty wchodzące w skład masy majątkowej małżonków w *trust*, czyli w rodzaj powiernictwa polegający na przeniesieniu rzeczy na osobę trzecią (powiernika — *trustee*) podejmującą zobowiązania wobec przenoszących na niego swe dobra majątkowe w tym przypadku do sprzedaży rzeczy na ich rzecz (beneficjentów — *beneficiaries*). Jeżeli powiernik nie zastosuje się do umowy z przenoszącymi tj. małżonkami, te ostatnie osoby, jak również każdy zainteresowany mogą odwołać się do sądu, który z reguły wydaje nakaz sprzedaży nieruchomości. Zgodnie z orzecznictwem pewne ograniczenia tego roszczenia wynikają z zawartego związku małżeńskiego, jeśli wciąż istnieje. W takiej sytuacji sąd nie orzeknie o sprzedaży domu, jeśli został kupiony, aby służyć zaspokojeniu potrzeb mieszkalnych małżonków[13]. Poza tym sąd może przymusić powiernika do wykonania określonych obowiązków, które na siebie przyjął. Należy stwierdzić, iż powyższe roszczenie opiera się na zasadzie słuszności (*equity*; Edwards, Stockwell, 2004, s. 7–10, 67, 68, 374).

Porównanie jednak kosztów postępowania (zarówno sądowych, jak i adwokackich) w poszczególnych krajach prowadzi do stwierdzenia, iż polskie postępowanie jest najtańsze (Hodges, Vogenauer, Tulibacka, 2010, s. 33–35, 368).

## 6. Wnioski

Niniejsze badania empiryczne pokazały, że wciąż za małe są kompetencje referendarzy sądowych by mogli w sposób znaczny odciążyć sędziów. Także pozostała kadra sądowa nie spełnia swoich zadań. Ogromny ciężar spoczywa bowiem na sądzie w zakresie zarządzania protokolantami, czy asystentami sędziów. W tym zakresie można postulować rozszerzenie także ich uprawnień i obowiązków. Wiele kwestii związanych z wyborem postanowienia czy zarządzenia nie zostało wyraźnie uregulowanych w Kodeksie postępowania cywilnego. Trzeba jednak postulować wydawanie w zakresie zobowiązań uczestników postępowania nieprocesowego formę zarządzeń do np. przedstawienia twierdzeń i dowodów, gdyż w ten sposób można odciążyć sędziów w ich pracy, zlecając ich sporządzenie asystentom lub sekretarzom sądowym. Znacznie więcej błędów pojawia się w toku postępowania nieprocesowego niż w postanowieniach merytorycznych. Warto zwrócić uwagę na konieczność przesyłania zawiadomień z art. 36 ust. 1 u.k.w.h., na posługiwanie się pojęciem rozprawy zamiast posiedzenia jawnego, gdyż nie są to synonimy. W postanowieniach co do istoty sprawy należy postulować, aby w sposób bardziej wyraźny sądy I instancji orzekały według jakiej zasady z art. 520 k.p.c. uczestnicy mają ponosić koszty postępowania nieprocesowego, ustalały udziały w majątku wspólnym, jak i rozstrzygały o nakładach. Można także zauważyć, że niektóre przepisy znajdują zastosowanie praktycznie w każdej sprawie np. zarządzenia mające na celu przygotowanie rozprawy. Inne zaś znajdą zastosowanie jedynie wyjątkowo jak np. tymczasowe dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Znaczenie więc przepisów Kodeksu postępowania cywilnego jest różne i można stwierdzić, że większość z nich ma incydentalne zastosowanie.

---

[1] Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks Postępowania Cywilnego (tekst jedn. Dz. U. z 2018 poz. 1360 ze zm., dalej k.p.c.).

[2] Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jedn. Dz. U. z 2018 poz. 300 ze zm., dalej u.k.s.c.).

[3] Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 2012 r., IV CZ 13/12, LEX nr 1232808.

[4] Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 grudnia 2015 r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz. U. poz. 2316 ze zm., dalej r.u.s.p.).

[5] Legalis nr 170017.

[6] LEX 1232822.

[7] Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1916, dalej u.k.w.h.).

[8] OSP 2017, Nr 7–8, poz. 74.

[9] OSN 2009, Nr 2, poz. 23.

[10] Gesetz über das Verfahren im Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17.12. 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587) dalej FamFG.

[11] Zivilprozessordnung v. 5.12.2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781).

[12] The Trust of Land and Appointment of Trustees Act 24th July 1996, która wprowadziła istotne zmiany do ustawy o prawie własności mienia z 9.04.1925 r. (Law of Property Act 9th April 1925).

[13] Jones v Challenger 1960. 1 All ER 785.

## Bibliografia


Blalock, H. M. (1977). *Statystyka dla socjologów*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.

Edwards, R., Stockwell, N. (2004). *Trusts and equity*. Harlow England: Pearson Longman.

Epstein, L., Martin, A. D. (2014). *An introduction to empirical legal research*. Oxford: Oxford University Press.

Ereciński, T., Gudowski, J. (2016). *Kodeks postępowania cywilnego Komentarz (Tom IV)*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Frankfort-Nachmias, C., Nachmias, D. (2001). *Metody badawcze w naukach społecznych* (przekład E. Hornowska). Poznań: Wydawnictwo Zysk i S-ka.

Gapska, E., Studzińska, J. (2017). *Postępowanie nieprocesowe*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Hodges, C., Vogenauer, S., Tulibacka, M. (2010). *The Costs and Funding of Civil Litigation A Comparative Perspective*. Oxford and Portland: Oregon: Hart Publishing.

Jabłoński, M., Koźmiński, K. (2015). *Odpowiedzialność majątkowa władzy publicznej względem obywateli Badania empiryczne Studia nad orzecznictwem*. Warszawa: Wydawnictwa Drugie.

Jędrejek, G. (2017). *Kodeks rodzinny i opiekuńczy Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Kosek, M. (2016). *Powództwo prokuratora w sprawach niemajątkowych z zakresu prawa rodzinnego*. Warszawa: C.H. Beck.

Lapierre, J., Jodłowski, J., Resich, Z., Misiuk-Jodłowska, T., Weitz, K. (2016). *Postępowanie cywilne*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Lusk, H. F., French, W. B. (1975). *Law of real estate business*. Homewood: Irwin Professional Publission.

Mayer, J. (2010). *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen Band 4 Gesetz über das Verfahren im Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (herausgeben von T. Rauscher)*. München: C.H. Beck.

Pietrzkowski, H. (2014). *Metodyka pracy sędziego w sprawach cywilnych*. Warszawa: LexisNexis.

Pietrzykowski, K. (2018). *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Podgórecki, A. (1971). *Zarys socjologii prawa*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.

Raczkowska, A. (2013). W: E. Łojko (red.), *Prawnicy i dziennikarze — współpraca. rywalizacja, manipulacja*. Warszawa: Stowarzyszenie Absolwentów Wydziału Prawa i Administracji UW.

Siwińska, J. (2008). *Ekonomia dla Prawników i nie tylko* (red. M. Bednarski, J. Wilkin). Warszawa: LexisNexis.

Stawecki, T., Winczorek, J. (red.). (2014). *Wykładnia konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*. Warszawa: Wolters Kluwer Business.

Zembrzuski, T. (2007). Skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia jako instrument dochodzenia od Skarbu Państwa naprawienia szkody wyrządzonej wydaniem orzeczenia sądowego w postępowaniu cywilnym. *Studia Iuridica*, (XLVII).

Zieliński, A., Flaga-Gieruszyńska, P. (2017). *Kodeks postępowania cywilnego Komentarz.* Warszawa: C.H. Beck.

Praca przedstawia aktualne podejście do problematyki powstawania, funkcjonowania i rozwoju firm świadczących usługi na rynku unijnym w kontekście skutków wynikających z implementacji dyrektywy usługowej i najnowszych aktów prawnych związanych z liberalizacją gospodarki Unii Europejskiej. Zawarto w niej wiele cennych myśli, wniosków i propozycji, tworząc dzieło naukowe na wysokim poziomie merytorycznym.

W książce przedstawiono ważne, dotychczas niewystarczająco omówione w literaturze problemy, wsparte zestawieniami liczbowymi, przykładami oraz wynikami obszernych i wielokierunkowych badań pierwotnych i analiz. Zgromadzony materiał badawczy pozwolił na poszerzenie dotychczasowego dorobku na temat liberalizacji rynku usług w UE jako czynnika zwiększania innowacyjności i konkurencyjności polskich podmiotów usługowych, wskazanie mocnych i słabych stron polskich przedsiębiorstw świadczących usługi poza granicami kraju, wpływających na efektywność ich funkcjonowania, a także ocenę zmian w prawie polskim jako skutków wejścia w życie dyrektywy usługowej.

**www.pwe.com.pl**

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.10

# Konstytucja relatywna i absolutna w myśli Carla Schmitta

## Relative and absolute constitution in Carl Schmitt's thought

*mgr Wojciech Engelking*

**Streszczenie**

W *Nauce o konstytucji* (1928) niemiecki filozof prawa i teoretyk polityki Carl Schmitt wprowadza pojęcia konstytucji relatywnej i konstytucji absolutnej. O ile ta pierwsza jest przezeń dość dokładnie zdefiniowana, o tyle w stosunku do drugiej Nauka o konstytucji pozostaje niejasna — Schmitt nigdzie nie definiuje tego, czym właściwie konstytucja absolutna jest i podaje co najmniej trzy możliwe opcje rozumienia tego terminu. Dlatego też należy stworzyć jej jasną definicję poprzez negację, opisując za Schmittem metody relatywizacji konstytucji, które dostrzegł on w sobie współczesnych czasach w Republice Weimarskiej i w ustawie zasadniczej tego państwa. Jedna z metod tej relatywizacji, czyli wywodzenie wymowy całego tego aktu prawnego z jej pojedynczego artykułu, dokonał również sam Schmitt, odczytując artykuł 48 owej ustawy zasadniczej (w zamierzeniu twórców konstytucji drugorzędny), opisując uprawnienia prezydenta do zawieszania praw i wolności podczas trwania sytuacji ekstraordynaryjnej, jako dla niej kluczowy. Celem takiego odczytania Schmitta była, co paradoksalne, obrona konstytucji i uczynienie zrozumiałą w jej sensie absolutnym. W artykule autor rekonstruuje wskazane wyżej terminy oraz opisuje relatywizację, której autorem stał się Schmitt.

**Słowa kluczowe:** Carl Schmitt, konstytucja, Republika Weimarska.

**Summary**

In his *Constitutional theory* (1928) German legal philosopher and political theoretician Carl Schmitt introduces two notions: relative constitution and absolute constitution. While the former is in his treatise quite precisely defined, the latter remains unclear. Schmitt nowhere defines what the absolute constitution actually is and gives at least three possible options of understanding of this term. Therefore, it is necessary to create a clear definition through negation, describing the methods of relativization of the constitution, which Schmitt saw himself in the Weimar Republic. One of the methods of this relativization (the derivation of the meaning of the entire legal act from its single article), was also carried out by Schmitt himself. German political theorist read article 48 of the constitution (intended as of minor importance by the authors of the bill), which describes the president's prerogative to suspend rights and freedom during the extraordinary situation, as key to entire act. The purpose of this reading taken by Schmitt was, paradoxically, the defense constitution and making it understandable it in its absolute sense. In the article, author reconstructs the above-mentioned terms and describes the relativization which was created by Schmitt.

**Key words:** Carl Schmitt, constitution, Weimar Republic.

## 1. Wprowadzenie

Mimo szerokiego doboru tematów, którymi Carl Schmitt zajmował się podczas swojej trwającej prawie wiek kariery zajmował, sam autor *Pojęcia polityczności*, jak oznajmił w udzielonym w 1983 r. wywiadzie, postrzegał siebie „jako stuprocentowego jurystę i nikogo więcej" (Schmitt, 2014). I chociaż autoidentyfikacja takiego rodzaju jest zbieżna z przedmiotem uniwersyteckiego wykształcenia Schmitta, a także z materią, w której przedmiocie autor *Pojęcia polityczności* najczęściej był zatrudniony w strukturach akademickich, należy zauważyć, iż prace stricte prawnicze stanowią mniejszość pisarskiego dorobku filozofa z Plettenbergu. Najbardziej był Carl Schmitt czystej wody prawnikiem, po pierwsze, pod sam koniec istnienia Republiki Weimarskiej (kiedy, wraz z Carlem Bilfingerem i Erwinem Jacobim reprezentował rząd Rzeszy w procesie Preussen *contra* Rzesza), po drugie zaś — podczas nazistowskiego okresu swojej życia, gdy pracował na przyznany mu przez lokalną gazetę z Kolonii tytuł „pierwszego jurysty III Rzeszy". Lata 10. i 20. XX w., choć oczywiście czytelnik odnajdzie napisane w owym okresie prace prawnicze, prezentują Schmitta jako myśliciela raczej politycznego, aniżeli kogoś, kto może się uznawać za jurystę.

Owa znikoma aktywność Schmitta jako prawnika w pierwszych trzech dekadach XX w. jest zastanawiająca.

Z jednej strony, mogła ona wynikać z ówczesnej dominacji w niemieckiej nauce prawa tego nurtu, któremu Schmitt całe życie był niechętny, czyli: pozytywizmu. Jak bowiem pisze Benjamin Schupmann, *jakkolwiek [w XIX w.] dwa odmienne nurty w debacie publicznej charakteryzowane były jako »pozytywiści« i »anty-pozytywiści« w istocie obydwa zaliczyły się do pozytywizmu* (Schupmann, 2018). Innym powodem oszczędności Schmitta prac *stricte* prawniczych, względem tych zaliczanych do filozofii polityki, może być zaangażowanie po jednej stronie publicznej debaty, jakiego się autor *Pojęcia polityczności* tymi ostatnimi podejmował. Owszem, w drugiej połowie lat 20. XX w., po tym, jak — wedle określenia Adama Wielomskiego — „Schmitt przekroczył granicę między nauką a polityką" (Wielomski, 2018), jego zaangażowanie pomagało mu w zdobywaniu rządowych zleceń na prawnicze ekspertyzy, jednak wyłącznie wtedy, gdy berlińska prawica, z którą sympatyzował, akurat była u władzy. Jeszcze innym powodem można uznać ówczesny tryb życia Schmitta, który, według Jana-Wernera Müllera, podczas swoich lat monachijskich prowadził egzystencją podwójną: o ile za dnia był urzędnikiem, o tyle po godzinach obracał się w kręgach ekspresjonistycznych i dadaistycznych pisarzy i artystów.

Niezależnie od domniemywanych powodów, należy stwierdzić, iż to właśnie w owym oszczędnym pod względem ilości prawniczych publikacji okresie filozof z Plettenbergu stworzył dwa teksty, które stanowią fundament jego teorii prawa publicznego. Są one od pozostałych dzieł z tamtej epoki różne już na poziomie stylistycznym. Chociaż większość utworów Schmitta odbiega od typowo prawniczych publikacji — jak pisze John McCormick, jako ulubiony pisarski gatunek filozof z Plettenbergu upodobał sobie *średnio-długie teksty lub zbiory esejów (…) zamiast tradycyjnej w niemieckim piśmiennictwie pełnowymiarowej książki* (McCormick, 1999) — w tych, które zostaną omówione niżej, zbliża się do typowych dzieł z tematyki prawa publicznego, które powstawały w owych czasach. Co dzieła Schmitta od tych drugich różni, to treść, która ową formę wypełniła, na ówczesnym niemieckim gruncie rewolucyjna — a także pewnego rodzaju niejasność, jeśli chodzi o terminologię.

Niniejsza praca służy tej niejasności usunięciu, poprzez stworzenie definicji dwóch pojęć kluczowych dla schmittiańskiej teorii prawa publicznego: konstytucji absolutnej i konstytucji relatywnej. Chociaż ta druga była przez Schmitta konotowana pejoratywnie, sam autor *Pojęcia polityczności* nie unikał stosowania metod, które relatywizacji konstytucji, w jego opinii, służyły. By je zinterpretować, pokażę sposób, w jaki Schmitt te metody krytykował, by, następnie, zaprezentować, w jaki sposób sam filozof z Plettenbergu po nie sięgał (poddając analizie jego komentarz do art. 48 konstytucji Republiki Weimarskiej). Schmitt bowiem, jak stwierdził Jan-Werner Müller, to myśliciel, który za naczelną cnotę swoim dorobkiem uznał niekonsekwencję i — gdyby się na taki krok poważył — mógłby sam niektórych swych prac zostać największym krytykiem.

## 2. Konstytucja relatywna i absolutna

*Nauka o konstytucji* jest dziełem na tle dorobku Schmitta nietypowym. Benjamin Schupmann radzi, by traktować ją jako prolegomena do większej, nigdy nie napisanej pracy, która byłaby Schmitta odpowiedzią na *Allgemeine Staatslehre* Georga Jellinka; to, że miast o teorii państwa filozof z Plettenbergu stworzył dzieło o teorii konstytucji wskazuje w jego opinii z kolei, iż przedmiot dzieła domniemanego i powstałego były dla niego ze sobą nieodłącznie związane. Wydana po niemiecku w 1928 r., ukończona zaś niecały rok wcześniej, w rekordowym czasie ledwie czterech miesięcy, *Nauka o konstytucji* pod względem formalnym stanowi podręcznik. Kiedy pisał *Naukę*…, pracował Schmitt jako profesor prawa publicznego na uniwersytecie w Bonn, starając się jednak o posadę w berlińskiej Szkole Handlowej. Pragnął, jak twierdzi Reinhard Mehring, zacząć w niej pracę z gotowym do wydania, nowym dziełem. Tak też się stało: 1 listopada 1928 r. Schmitt przekazał zredagowany maszynopis *Nauki o konstytucji* do wydawnictwa, a dzień później otrzymał dokumenty poświadczające zatrudnienie go w stolicy na stanowisku profesora prawa państwowego.

Ze względu na podręcznikową formę, tytułowa konstytucja odnosi się w dziele Schmitta przede wszystkim do ustawy zasadniczej Republiki Weimarskiej. Wzięcie jej przez autora *Pojęcia polityczności* na warsztat jest o tyle zastanawiające, że myśliciele z prądu, do którego Schmitta często zaliczano (czyli: rewolucyjnych konserwatystów) byli temu dokumentowi niechętni. Tacy twórcy weimarskiej ustawy zasadniczej, jak Hugo Preuss, próbowali napisać ją jako, po pierwsze, połączenie systemu parlamentarnego z systemem prezydenckim, po drugie — kompilację idei zawartych w konstytucji amerykańskiej, francuskiej Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela i w ich XX-wieczny udoskonaleniach. Konstytucja z 1919 r. tworzyła więc Weimar *najbardziej zaawansowaną wówczas demokracją w Europie, istoczącą szeroki zakres liberalnych zasad* (Lee, 1999). Poza tymi, obfitowała także w gwarancje socjalne. Problem w tym, że, według konotowanych z prawicą myślicieli niemieckich z 20-lecia międzywojennego, Niemcy krajem ani przygotowanym na demokrację, ani chętnym, by ją przyjąć nie były — dlatego też konstytucja z 1919 r. tworzyła z nich „republikę bez republikanów" (Herf, 1994). Krytykowana przez publicystów w rodzaju Fryderyka Jüngera, konstytucja nie bez podstawy była uznawana za dokument pełny sprzeczności, którego twórcy próbowali połączyć kilka rodzajów organizacji państwa w jedno, i dlatego nie zapewnili tym dokumentem Weimarowi i jego obywatelom bezpieczeństwa. Nawet tacy konotowani z liberalnymi prądami politycznymi prawnicy, jak Gerhard Anschütz, w obliczu powszechnej krytyki weimarskiej ustawy zasadniczej, proponowali, by dokonać jej zmiany. Co może wydawać paradoksalne, choć kojarzony z prawicą, Carl Schmitt w owym czasie mocno optował przy zachowaniu w mocy ustawy z 1919 r.: zmiana konstytucji pod dyktando jej krytyków — nawet, jeżeli była ich w społeczeństwie Republiki większość — była dlań bowiem słabą podbudową politycznej jedności państwa.

I chociaż nie oznacza to, że Schmitt był konstytucji Weimaru apologetą, co filozof z Plettenbergu przede wszystkim krytykował, to nie sam ten dokument, ale sposób jego odczytania na modłę pozytywistyczną, czyli: po prostu jako zbiór przepisów. *Nauka*… jest właśnie propozycją odczytania innego. Praca Schmitta dzieli się na cztery części, w których konstytucji pod względem ogólnym poświęcona jest pierwsza; pozostałe w tytułach posiadają uściślenie, iż myślicielowi z Plettenbergu idzie o konstytucję „nowoczesną". Pod tym ostatnim terminem autor *Teologii politycznej* rozumie konstytucje powstałe po 1789 r. — jednym słowem: te, w których legitymacja państwa i prawa jest określona demokratycznie (Schmitt, 2013). To jednak nie rozróżnienie chronologiczne jest dla Schmitta istotne, jeśli chodzi o konflikt odczytań, który waży na powszechnym w jemu współczesnych Niemczech odczytaniu konstytucji, lecz drugie, którego nie wprowadza tak wprost; jego determinantą jest zakres rozumienia konstytucji, jaki odczytujący przyjmuje. Według Benjamina Schupmanna, gdy za determinantę podziału przyjmiemy zakres, możliwe są znaczenia dwa (konstytucja absolutna i relatywna), według Ellen Kennedy — cztery (absolutna, relatywna, pozytywna i idealna). W tej pracy będę szedł za wskazaniem Schupmanna, uważającego, że konstytucja pozytywna i idealna mogą się, albo zawierać w relatywnej i absolutnej, albo też je dopełniać. Terminów owych Schmitt *explicite* nie definiuje: by zatem zrozumieć, czym one dla autora Teologii politycznej są, sądzę, że konstytucję absolutną należy opisać poprzez pryzmat konstytucji relatywnej, która ją neguje. Schmitt czyni to w *Nauce*… na trzy sposoby, wskazując na przykładzie weimarskiej ustawy zasadniczej trzy relatywizacji konstytucji możliwości.

Możliwość pierwsza, twierdzi Schmitt, zasadza się na kwestii rozumienia zmiany poszczególnych artykułów, zupełnie odmiennych, jeżeli chodzi o ich wagę dla działania i bezpieczeństwa państwa. Autor *Pojęcia polityczności* wymienia art. 129 (stanowiący o dostępie każdego obywatela do dokumentów), art. 114 (regulujący nienaruszalność wolności jednostki), jak również art. 1 — stanowiący, że Rzesza jest republiką. Wskazuje, że w myśl powszechnego w jemu współczesnych Niemczech odczytania tychże procedura zmiany każdego wygląda tak samo, bez żadnej gradacji tego, który jest bardziej istotny, a który mniej. W ten sposób konstytucja relatywizuje prawa fundamentalne dla społecznego porządku, zrównując je z tymi, które fundamentalnymi nie są. Myślicielowi z Plettenbergu nie chodzi oczywiście o to, że artykuł 114 lub 129 są niewiele dla porządku panującego w Republice Weimarskiej warte; problem w tym, że nie służą określeniu tak istotnej problematyki, jak właśnie artykuł 1, będący ujęciem w ramy demokratyczne politycznego statusu ludzkiej wspólnoty zawiązującej się w państwo.

Podobnym, lecz bardziej ogólnym sposobem relatywizacji jest interpretacyjne czynienie prawa konstytucyjnego nierozróżnialnym od norm innego rodzaju. Postanowienia o charakterze konstytucyjnym, zauważa Schmitt, nie mają w warunkach wykładni konstytucji panującej w Republice Weimarskiej przydanej żadnej przesłanki co do tego, by być uznawanymi za prawo znajdujące się ponad innymi prawami — prócz tego, że zawierają się w dokumencie określanym mianem konstytucji. Pozytywistyczne traktowanie tejże jako po prostu zbioru przepisów czyni jednak poszczególne tworzące konstytucję elementy równie łatwymi do zmiany lub poprawki, jak elementy każdej innej ustawy. Relatywizacja takiego rodzaju polega na daniu prawodawcy wolnej ręki do działania w najbardziej fundamentalnych aspektach społecznego porządku — prawodawca zaś jest wszak tylko reprezentantem większości społeczeństwa, nie jego całości (a i to, w warunkach zmiennej koalicji partyjnej w Republice Weimarskiej, nie było wcale tak oczywiste).

Kolejna metoda relatywizacyjna opiera się na traktowaniu i przez twórców weimarskiej ustawy zasadniczej, i jej apologetów konstytucji jako dokumentu pod względem ideowym i politycznym neutralnego. Schmitt widzi jej charakter inaczej, wskazując, iż te zapisy, które zdefiniowały polityczny i ideowy kierunek konstytucji Weimaru, pozostają w nim ukrytymi. Najważniejszym z tych zapisów jest dlań oddanie w konstytucji każdemu obywatelowi równej szansy na włączenie własnych opinii i przekonań do całokształtu publicznego prawa. Filozof z Plettenbergu opisuje ów mechanizm jako błędne koło: by faktycznie można taką równą szansę urzeczywistnić, prawo państwowe musi pozostać neutralne, w tej neutralności umożliwiające dokoptowanie w swój obieg każdej możliwej idei i wartości. Jednak już samo uczynienie go takim jest ideowym i politycznym wyborem, który umożliwia dokonywanie innych wyborów: także takich, które by wybór pierwotny unieważniały. Państwo działające w ramach konstytucji relatywnej jest toteż słabe i — to określenie w *Nauce o konstytucji* nie pada, odnajdziemy je jednakowoż w *Legalności i prawomocności* z początku lat 30. XX w. — „dochodzi w swej neutralności do samobójstwa" (Schmitt, 2015).

By tego ostatniego uniknąć, należy, zdaniem myśliciela z Plettenbergu, z konceptu konstytucji relatywnej zwrócić się ku innemu: konstytucji absolutnej. To ostatnie pojęcie nie jest przez Schmitta tak prosto i jasno zdefiniowane, jak metody relatywizacji. Myśliciel z Plettenbergu — jak rekonstruuje jego typologię Schupmann — wyróżnia bowiem dwa podstawowe rodzaje rozumienia terminu konstytucji absolutnej, a w każdym z tych dwóch podstawowych: trzy dodatkowe. Konstytucję absolutną toteż, przekraczającą, zdaniem Schmitta, granice dokumentu spisanego, można rozumieć po pierwsze w sensie konkretnym — jako sposób egzystencji politycznej jedności na danym terytorium — po drugie zaś w sensie normatywnym: jako zamknięty system wyższych i niezmienialnych norm, które będą w sposób dorozumiany w politycznej wspólnocie obowiązywać nawet wówczas, gdy nikt ich w spisanej, ogłoszonej drukiem ustawie zasadniczej nie umieści, lub też nawet je zaneguje.

W ramach rozumienia pierwszego Schmitt wyszczególnia trzy możliwości zaistnienia wzmiankowanego konkretu. Po pierwsze: jako konstytucję można rozumieć po prostu państwo. Konstytucja w takim wypadku jest — jak uważał Izokrates — jego duszą. Po drugie, konstytucja może być po-

strzegana jako forma państwa, na przykład monarchia lub demokracja. Po trzecie, w absolutnym rozumieniu konstytucja może jawić się jako zasada integracji atomistycznych wcześniej podmiotów do wnętrza politycznej wspólnoty, poprzez uznanie przez nie, że cel wspólnoty jest także ich celem. Jeśli chodzi o drugie szerokie rozumienie konstytucji absolutnej — normatywne — trzy dostrzeżone przez Schmitta znaczenia tegoż to, po pierwsze, konstytucja traktowana jako rozkaz, specyficzny rodzaj normy podstawowej, inkorporującej system prawny na potrzeby politycznej wspólnoty. Państwo w takim wypadku wyczerpuje konstytucję. Po drugie, w sensie normatywnym konstytucja może być rozumiana jako wola konstytuującej mocy: normatywna ważność działań instytucji, która ma prerogatywę do politycznego działania, w konstytucji samej zawarta. Po trzecie, konstytucją w sensie absolutnym normatywnym jest sam spisany dokument, będący kodyfikacją wartości i zasad, którymi kieruje się polityczna jedność w swym sposobie istnienia. Według Schmitta, wszystkie te możliwości rozumienia konstytucji absolutnej łączy to, iż w ich granicach „opiera się [ona — WE] na rzeczywistej lub pomyślanej całości" (Schmitt, 2013).

Nie należy ulegać wrażeniu, iż Carl Schmitt całkowicie przeciwstawia sobie prawo konstytucyjne w rozumieniu spisanych ustaw czy też spisanej ustawy (*Verfassungesetz*) konstytucji wiecznej (*Verfassung*). Jak bowiem zauważa Martin Loughlin, wedle Schmitta konstytucja spisana nie może być uznana za relatywną z góry i analizowana w oderwaniu od politycznej woli jedności demokratycznej zbiorowości, która za nią stoi; jej ważność opiera się na substancji konstytucji absolutnej, jednocześnie tę ostatnią zakładając. Zdaniem Schmitta w interpretacji Loughlina, implikuje to dwie cechy konstytucji spisanej: po pierwsze, może ona zostać zawieszona, kiedy wynikająca z niej praktyka polityczna stoi sprzeczności z zasadami i wartościami wyrażonymi w konstytucji absolutnej. Po drugie, poprawki, zmiany, interpretacje, których przedmiotem jest konstytucja spisana, znajdują swoje w tych zasadach i wartościach granice. Jednym słowem, Schmitt uważa, że wszelkie działania na konstytucji spisanej, jakie by stały w sprzeczności do zasad i wartości konstytucji absolutnej, są niekonstytucyjne, stanowią bowiem rodzaj relatywizacji.

## 3. Artykuł 48: schmittiańska koncepcja dyktatury Prezydenta Rzeszy jako działanie relatywizujące konstytucję

Pierwszy raz instytucją stanu wyjątkowego Carl Schmitt zainteresował się w 1915 r., kiedy w Monachium odbywał służbę wojskową jako ekspert w Stellvertretendes Generalkommando. 7 września przełożeni zlecili mu przygotowanie raportu, który wskazywałby prawną podbudowę dla pomysłu, by stan oblężenia trwał w Monachium jeszcze przez kilka miesięcy po zakończeniu wojny. Schmitt z jednej strony był tym zadaniem zdumiony, z drugiej wiedział, że przełożeni, wybierając go do napisania podobnej ekspertyzy, kierowali się jego niechęcią do liberalizmu. Już wtedy *czuł, że temat dyktatury, ekspansji władzy egzekutywy z nim zostanie, ponieważ* — pisze Reinhard Mehring — *przyszłość ku temu zmierzała* (Mehring, 2014).

Praca, w której Carl Schmitt jako prawnik-praktyk po raz kolejny podszedł do tematu sytuacji ekstraordynaryjnej, tym razem na gruncie weimarskiej ustawy zasadniczej, powstała niecałych dziesięć lat później, w 1923 r. — jednym z najgorszych w historii Niemiec. W styczniu francuskie i belgijskie oddziały zajęły Zagłębie Ruhry, by mieć pewność, że rząd Rzeszy wypłaci im wojenne reparacje. 22 lutego Rzesza wydała urzędnikom i żołnierzom na zajętych terenach zakaz stosowania się do rozkazów okupanta. Inflacja szybko przeistoczyła się w hiperinflację i zanim skończyło się lato, Weimar stanął przed perspektywą rychłego upadku. Rządząca SPD zaprosiła wówczas do koalicyjnego rządu DVP i uczyniła jej lidera Gustava Stresemanna kanclerzem, a gdy nim został, Stresemann szybko proklamował dyktaturę prezydenta Fryderyka Eberta. Szef sztabu wojskowego, Hans von Seeckt, zaproponował wówczas rewizję ledwie czteroletniej ustawy zasadniczej, na podstawie której to art. 48 Stresemann działał. Do tego należy dodać pierwsze pojawienie się Adolfa Hitlera na scenie politycznej i separatystyczne, wspomagane przez Francję, pomruki z Nadrenii.

Trudno się dziwić, że sytuacja w Republice spotkała się z zainteresowaniem środowiska prawniczego. Szczególnie poruszyła ona teoretyków państwa, zgromadzonych w założonym przez berlińskiego profesora tej dziedziny Heinricha Triepela stowarzyszeniu Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Carl Schmitt był jego członkiem — obok takich autorytetów, jak Richard Thoma czy Gerhard Anschütz. Na kwiecień 1924 r. stowarzyszenie wyznaczyło konferencję, mającą się odbyć w Jenie i poświęconą wzmiankowanemu artykułowi. Wystąpienie Schmitta, *Dyktatura prezydenta Rzeszy według art. 48 Konstytucji Weimarskiej*, konferencję otwierało, i chociaż spotkało się ze znakomitym przyjęciem m.in. Erwina Jacobiego, większość z czterdziestu trzech uczestników zjazdu się z tezami prezentowanymi przez Schmitta nie zgodziła. Sam filozof z Plettenbergu nie był zresztą, jak pisze Reinhard Mehring, *do końca z tego wystąpienia zadowolony.* (…) *Schmitt wciąż czuł się jak outsider i dlatego regularnie nie partycypował w spotkaniach stowarzyszenia* (Mehring, 2014).

Artykuł 48, jak twierdzi Michael G. Salter, przed twórców weimarskiej ustawy zasadniczej pomyślany był jako młot na ruchy radykalne — szczególnie komunizm — które mogłyby zagrozić jedności państwa (Salter, 2012). Znajdywał się w tej części konstytucji, która opisywała kompetencje Prezydenta Rzeszy: na jego podstawie w przypadku, w którym kraj związkowy nie spełniał obowiązków nałożonych na niego przez konstytucję lub ustawę, Prezydent miał prawo zmusić go do wykonania ich przy użyciu sił zbrojnych. Art. 48 dawał Prezydentowi także uprawnienia do podobnego rodzaju interwencji w sytuacji zagrożenia bezpieczeństwa i porządku publicznego, zezwalając mu na częściowe lub całkowite zawieszenie niektórych praw

i wolności — jednym słowem, na zaprowadzenie stanu wyjątkowego.

Ponieważ, jak wskazywałem wyżej, Weimar pod względem ustrojowym nie był ani systemem parlamentarnym, ani prezydenckim, dzierżyciel tego ostatniego tytułu posiadał uprawnienia dosyć skromne: wyznaczania kanclerza, rozwiązywania Reichstagu, inicjowania referendów. Dopiero art. 48 dawał mu toteż szansę, by zająć dominującą względem Reichstagu pozycję. Jest to o tyle paradoksalne, iż — zauważył międzywojenny polski prawnik Konstanty Grzybowski — był ten artykuł w ustawie z 1919 r. zapisem drugorzędnym. Jego ustęp 5 przewidywał konieczność powstania ustawy szczegółowej, która dokładniej dookreślałaby kompetencje prezydenta; ta jednak nigdy nie została uchwalona. Ponadto, gdyby porównać tyczące się stanu wyjątkowego unormowania weimarskiej ustawy zasadniczej z zawartymi w konstytucji cesarskiej z 1851 r., łatwo można dostrzec, jak skromne były uprawnienia prezydenta, który, w przeciwieństwie do cesarza, za swoje działania podjęte podczas stanu wyjątkowego ponosił odpowiedzialnośś konstytucyjną (przed Najwyższym Trybunałem Państwowym) i polityczną (przed Reichstagiem).

Mimo tych różnic i faktu, że konstytucja z 1919 r. całkowicie zmieniała ustrój polityczny Niemiec, przez wielu ówczesnych prawników była ona, jak pisze Renato Cristi, traktowana jako prosta kontynuacja wcześniejszych, która umieszczała suwerenność nie w osobie cesarza, ale w ludzie — i tak też, jako kontynuacja wcześniejszych uprawnień cesarza dotyczących stanu wyjątkowego, był traktowany art. 48. W komentarzu z 1924 r. Schmitt pokazuje, że takie traktowanie jest niemożliwe. Prezydenta Rzeszy, według autora *Teologii politycznej*, z jego dyktatorskimi uprawnieniami należy oddzielić od księcia czy cesarza, działających na zasadach monarchicznych. Zdaniem filozofa z Plettenbergu, o ile bowiem w państwach monarchicznych *zawsze, nawet gdy konstytucja ogranicza państwowe funkcje i kompetencje, przynajmniej w jednym punkcie pozostawia możliwość ponownego pojawienia się całkowitej, niepodzielnej władzy państwowej* (Schmitt, 2016), o tyle prezydent Rzeszy nie może być rozumiany jako dzierżyciel monarchicznej suwerenności. Schmitt przypomina, iż o ile pruska konstytucja monarchiczna umiejscawiała w królu *plenitudo potestatis* (za sprawą którego w czasie stanu wyjątkowego dekretem mógł zmienić nie tylko zwyczajne prawa, ale także samą konstytucję), o tyle prezydent jest zapisami tej ostatniej ograniczony. Sednem myśli filozofa z Plettenbergu jest, że dyktatura prezydenta nie stanowi kontynuacji tradycji dyktatorskich uprawnień cesarskich i trzeba ją interpretować jako instytucję całkiem nową.

Co jest w przypadku pracy z 1924 r. i Schmitta koncepcji konstytucji relatywnej i absolutnej szczególnie istotne, to to, w jakim kierunku ta nowa interpretacja idzie i jaki jest cel przyjęcia takiego jej wektora. W napisanej w 1958 r. przedmowie do *Legalności i prawomocności* filozof z Plettenbergu wyznawał, iż tym, o co mu zawsze szło w pracach dotyczących uprawnień dyktatorskich prezydenta Republiki Weimarskiej, było umożliwienie im pełnego działania na gruncie właśnie weimarskiej ustawy zasadniczej. Próba takiego umożliwienia, jakiej w komentarzu z 1924 r. Schmitt się podejmuje, jest o tyle paradoksalna, że stanowi przykład działania, które w 1929 r. mógłby sam w *Nauce o konstytucji* filozof z Plettenbergu zakwalifikować jako weimarskiej ustawy zasadniczej relatywizację.

W swoim komentarzu Schmitt wykorzystuje bowiem krytykowany później w Nauce o konstytucji fakt, iż weimarska ustawa zasadnicza nie wskazuje *explicite*, które z jej artykułów są ważne, a które ważniejsze — choćby poprzez ustalenie innej prawnej ścieżki do ich zmiany. Zaznacza co prawda, że *nie każdy przepis konstytucyjny ma takie samo znaczenie i niebezpiecznym nadużyciem byłoby* — mówiąc politycznie — *używanie konstytucji do wpisywania w nią wszystkich możliwych spraw leżących na sercu jako praw podstawowych (…)*, by jednak zaraz później dodać, iż marginalny i niewiele znaczący art. 48 można uznać za tak samo istotny, jak fundamentalny dla weimarskiej ustawy zasadniczej art. 1. Konsekwencją uznania takiego rodzaju jest z właśnie art. 48 wywodzenie, jakie jest znaczenie konstytucji jako całości i *cel wszystkich środków z art. 48, ale także miarodajna podstawa ich przesłanek* (Schmitt, 2016). W myśl tego rodzaju interpretacji, kategorie bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego pozostają dla całokształtu konstytucji Republiki Weimarskiej istotniejszymi aniżeli liberalne prawa i wolności, wyszczególnione w artykułach, których zawieszenie przewidywał przez prezydenta podczas trwania stanu wyjątkowego przewidywał art. 48, który — zauważa Schmitt — *pozostawia* (…) *szerokie pole dla samodzielnych decyzji o tym, co jest naprawdę zgodne z konstytucją* (Schmitt, 2016).

Schmitt dostrzega niebezpieczeństwo takiej szerokości. Zwraca uwagę na użycie w art. 48 słowa „środki" — oznaczające działania, których może się podejmować prezydent — które to, według niego, nie zostało być może wybrane nieświadomie, skoro projekt Preussa i pierwszy projekt rządowy mówiły jeszcze o »zarządzeniach« (…). W myśleniu prawniczym obowiązuje zasada, że *nie każdy akt istotny pod względem prawnym stanowi środek* (Schmitt, 2016). Przykładowo, środkiem nie może być dlań orzeczenie sądowe wydane przez sędziego w wyniku postępowania, które odbyło się zgodnie z regułami prawa. *Środki* — pisze Schmitt — *podejmowane dla przywrócenia bezpieczeństwa publicznego i porządku są być może bliskie takim aktom swoim praktycznym rezultatem i oddziaływaniem, nigdy jednak równe im znaczeniem pod względem prawnym* (Schmitt, 2016).

Wykorzystanie sędziego jako środka do realizacji politycznych celów zaburzałoby, zdaniem Schmitta, ideę niezawisłości sędziowskiej, dlatego też prezydent w momencie trwania stanu wyjątkowego nie może się sędziami posługiwać. Podobnie nie jest środkiem sama norma prawna, *jeśli ma wyrażać zasadę prawną, tzn. być sprawiedliwa, a więc gdy ma się kierować ideą prawa* (Schmitt, 2016). Jeżeli bowiem środek swoją celowość znajduje za każdym razem w odniesieniu do sytuacji, w której zaprowadzony zostaje stan wyjątkowy, to norma prawna wyraża zakres sytuacji o wiele szerszy, aniżeli ta jedna. Radykalnym przykładem nadużycia

normy, uważa Schmitt, byłoby ze strony Reichstagu rozwiązanie się bez udziału prezydenta; tak samo radykalnym nadużyciem byłoby przez prezydenta zmienienie konstytucji, której *zmiany nie są środkami i abstrahując od wszystkich innych przyczyn, również z tego powodu są niedopuszczalne zgodnie z art. 48* (Schmitt, 2016). Tym, co uniemożliwia postawienie braku równości między jednymi a drugimi, jest dlań istota samej sytuacji, w której art. 48 zostaje użyty: skoro bowiem działanie w obrębie prawa budżetowego jest elementem sytuacji normalnej, która charakteryzuje się istnieniem publicznego porządku, działanie celem tegoż porządku przywrócenia nie może być działaniem w obrębie normalności.

Szerokie rozumienie działań, które prezydent może podejmować podczas swej dyktatury jest, według Schmitta, możliwe także dlatego, że nie została wydana ustawa szczegółowa, która by uprawnienia prezydenta ściślej normowała: *stworzono (…) prowizorium, a w ostatnim ustępie artykułu przewidziano ustawę, która ma dookreślić »szczegóły«. To prowizorium trwa jak na razie (1927) siedem lat* (Schmitt, 2016). Dlatego też filozof z Plettenbergu domaga się ściślejszego unormowania sytuacji i wydania, zgodnie z finiszującym art. 48 ustępem ustawy, która by jego relatywizowanie wyniosła na poziom prawa, idąc za obecną w dotychczasowych ustawach o stanie oblężenia tendencją *do bardziej szczegółowego określania przesłanek i treści wszystkich dyktatorskich uprawnień. (…). Nie potrzeba do tego ustawy zmieniającej konstytucję, nawet gdy przesłanki i uprawnienia prezydenta zostaną tym samym znacząco ograniczone i utworzone zostaną nowe instancje kontrolne* (Schmitt, 2016). Schmittowi nie chodzi zatem, by nadać prezydentowi uprawnienia, które by to pole jeszcze bardziej poszerzały: stan wyjątkowy z art. 48 określa, cytując pierwsze przemówienie kanclerza Wilhelma Cuno, jako taki, którego głównym celem jest to, by jak najszybciej zostać zniesionym i w ten sposób wyjątkiem pozostać. Jawi się toteż nieomal jako legalista, którego koncepcja stanu wyjątkowego nie tyle — jak uważał Ryszard Skarzyński — uzasadnia zarówno dyktaturę, jak i demokrację, ale demokrację (w upragnionym weimarskim tejże wydaniu) uzasadnia przede wszystkim.

## 4. Autorytarny liberalizm Carla Schmitta i podsumowanie

Jest to sytuacja paradoksalna. Dlaczego Schmitt, którego myśl w latach 20. XX w. służyła, zdaniem Jürgena Fijalkowskiego, pokazaniu, że liberalno-demokratyczny system Weimaru stał się dysfunkcyjny i należy go zmienić, miałby, po pierwsze, działać w sposób, który sam mógłby uznać za relatywizację konstytucji, po drugie zaś: domagać się ograniczenia uprawnień prezydenta, skoro krytykował pozytywizm z jego upodobaniem do normowania każdej dziedziny życia? Absurdem byłoby wszak uznawanie autora *Pojęcia polityczności* za czystej krwi liberała; jak przypomina Jan-Werner Müller, powojenni przedstawicieli tego nurtu byli uważnymi dzieł Schmitta czytelnikami, niemniej jednak przybranie podobnej ścieżki interpretacyjnej każe zachować terminologiczną ostrożność.

Na określenie nieczystej wersji liberalizmu, jaką proponuje Schmitt, Renato Cristi przywołuje wprowadzony w 1932 r. przez Alexandra Rüstowa termin liberalizmu autorytarnego. Co bowiem w jego opinii Schmitt krytykuje, to dominujące w Weimarze przekonanie o beztreściowości politycznej państwa i prawa. *Jego celem* — pisze Cristi — *jest nakłonienie liberałów do wzmocnienia autorytetu państwa i stworzenia jego jedności* (Cristi, 1998). Poprzez proponowanie relatywizującej wykładni art. 48, Schmitt namawia toteż weimarskich liberałów, by wzmocnili polityczne podstawy swego nurtu ideowo-politycznego jako w Republice — przynajmniej pod względem teoretycznym — hegemonicznego. Jeżeli zatem José Ortega y Gasset twierdził, iż liberalizm jest tym prądem politycznym, który pozostaje *najwyższą formą wspaniałomyślności: jest prawem, które większość nadaje mniejszościom i jako takie jest najszlachetniejszym wołaniem, jakie rozległo się na ziemi od zarania jej dziejów (…) proklamuje wolę współżycia z wrogiem* (Gasset, 2016), Schmitt swoim komentarzem z 1924 r. wskazuje, iż proklamacja owa w wykonaniu jemu współczesnych, weimarskich liberałów jest o tyle absurdalna, że traktuje swoje ideały i roszczenia jako niepolityczne. Zachęca zatem liberałów, by stali się „politycznymi liberałami". Zaangażować się — jak pisze Benjamin Schupmann — *pod względem politycznym w liberalizm znaczyło dlań powziąć działanie przeciwko egzystencjalnym zagrożeniom dla samych fundamentów porządku państwowego, by mógł pozostać stabilnym w czasie* (Schupmann, 2018).

W 1945 r. Karl Loewenstein twierdził, iż Schmitt *tak samo był zręcznym i zagorzałym obrońcą demokracji, jak również obrońcą totalitaryzmu* (Hathaway, Shapiro, 2017). I jakkolwiek do tej wskazywanej przez Loewensteina zręczności można mieć spore zastrzeżenia, uważna lektura komentarza z 1924 r. ukazuje Schmitta jako myśliciela niechętnego liberalizmowi, jaki wydarzył się w Republice Weimarskiej, ale przychylnego liberalizmowi w ogóle. Czego, zdaniem Schmitta, liberalizmowi jako ustrojowi zadekretowanemu w konstytucji z 1919 r. brakuje, to jasnego określenia się jego politycznych ram. Dokładne unormowanie dyktatorskich uprawnień prezydenta z art. 48 weimarskiej ustawy zasadniczej, którego Schmitt się domaga, jest drugim etapem takich ram stworzenia, podczas gdy pierwszym pozostaje uznanie kluczowym dla wykładni konstytucji art. 48 jako określającego jej charakter. I chociaż nie można w zabiegu tym nie dostrzec takiej samej relatywizacji weimarskiej ustawy zasadniczej, jak ta, którą Schmitt krytykuje w podręczniku z 1929 r. — to relatywizacja, jaką proponuje w komentarzu z 1924 r., służy budowaniu takiej wykładni ustawy z 1919 r., która umożliwiłaby jej odczytywanie w porządku konstytucji absolutnej.

Zdaniem Ignasa Kalpokasa, takiego rodzaju liberalne podejście Carla Schmitta do sytuacji stanu wyjątkowego

z art. 48 weimarskiej ustawy zasadniczej bierze się z jego niechęci do fundamentalizmu, a nawet — strachu przed nim. W warunkach beztreściowości weimarskiego liberalizmu bowiem niedostateczne unormowanie środków, jakich może się podejmować prezydent podczas obowiązywania stanu wyjątkowego grozi, zdaniem Schmitta, tym, iż użyje on środków dowolnych, a uznanie ich po ustąpieniu sytuacji ekstraordynaryjnej niekonstytucyjnymi okaże się niemożliwe, ponieważ w społeczeństwie Weimaru nie zaistnieje będąca wyrazem politycznej woli i nią napełniona konstytucja absolutna jako wyraz sposobu życia politycznej jedności na danym terytorium (z podobnego powodu Schmitt przeciwstawia się pomysłom zmiany konstytucji: jej dotychczasowe relatywizacje grożą bowiem, według filozofa z Plettenbergu, stworzeniem dokumentu jeszcze bardziej konstytucję absolutną relatywizującego).

Podsumowanie: wyróżniwszy dwa porządki interpretacyjne konstytucji — konstytucję absolutną i konstytucję relatywną — Carl Schmitt spostrzegł, że w warunkach świeżo demokratycznej i liberalnej Republiki Weimarskiej do głosu dochodzi ten drugi, konstytucję w sposób wyraźny niszczący, osłabiający jej moc i odbierający wagę. Było to, jego zdaniem, możliwe za sprawą domniemywanej beztreściowości politycznej (a zatem całkowitego zaprzeczenia wykładni metodą konstytucji absolutnej, w której podkreślona jest waga przed-prawnej, politycznej decyzji do sposobu życia wspólnoty na danym terytorium jako tego, co konstytucję ustanawia) państwa i prawa. Co Schmitt pragnął toteż swoim jurydycznym pisaniem uczynnić, to ową polityczną beztreściowość usunąć, poprzez wskazanie ram konstytucji Weimaru, jakie odnalazł w art. 48 tejże. Oceniając jego wysiłki z perspektywy czasu, należy zauważyć, iż poniósł klęskę: porażka proponowanej przezeń wersji dyktatury i stanu wyjątkowego nie wzmocniła bowiem weimarskiego liberalizmu i była — jak twierdzi John P. McCormick — była jednym z powodów, dla których w niecałą dekadę po napisaniu omówionego wyżej komentarza Carl Schmitt zgłosił akces do NSDAP.

## Bibliografia


Cristi, R. (1998). *Carl Schmitt and authoritarian liberalism. Strong state, free economy*. Cardiff: University of Wales Press.

Lee, S. J. (1999). *The Weimar Republic*. Nowy Jork: Routledge.

Fijalkowski, J. (1958). *Die Wendung zum Führerstaat: Ideologische Komponenten in der politischen Philosophie Carl Schmitts*. Kolonia: Westdeutscher Verlag.

Gasset, J. Ortega y (2016). Bunt mas. Przeł. P. Niklewicz. Warszawa: Replika.

Grzybowski, K. (1934). *Dyktatura prezydenta Rzeszy. Studjum nad art. 48 ust. II Konstytucji Weimarskiej i rozwojem państwa autorytatywnego w Niemczech*. Kraków: Gebethner i Wolff.

Herf, J. (1984). *Reactionary modernism. Technology, politics and culture in Weimar and The Third Reich*. Cambridge: Cambridge University Press.

Kalpokas, I. (2017). *Creativity and Limitation in Political Communities*. *Spinoza, Schmitt and Ordering*. Nowy Jork: Rourtledge.

Kennedy, E. (2004). *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar*. Duke: Duke University Press.

Loughlin, M. (2010). *Foundations of Public Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

McCormick, J. P. (1999). *Carl Schmitt's Critique of Liberalism: Against Politics as Technology*. Cambridge: Cambridge University Press.

Mehring, R. (2014). *Carl Schmitt. A Biography*. Przeł. D. Steuer. Nowy Jork: Palgrave Macmillan.

Müller, J. W. (2003). *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*. New Haven: Yale University Press.

Schupmann, B. (2018). *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory*. A Critical Analysis, Oksford: Oxford University Press.

Schmitt, C. (2013). *Nauka o konstytucji*, (przeł. M. Kurkowska, R. Marszałek). Warszawa: Teologia Polityczna.

Schmitt, C. (2014). Ostatnia rozmowa. Prawnik przed samym soba? Wywiad udzielony przez C. Schmitta F. Lanchesterowi. *Przegląd Polityczny,* (127).

Schmitt, C. (2016). *Dyktatura*. Przeł. K. Wudarska. Warszawa: Fundacja A. Cieszkowskiego.

Schmitt, C. (2015). *Legalność i prawomocność*, (przeł. B. Baran). Warszawa: Aletheia.

Snyder, L. L. (1966). *Weimar Republic: A History of Germany from Ebert to Hitler*. Nowy Jork: D. Van Nostrand.

Skarzyński, R. (1998). *Konserwatyzm. Zarys dziejów filozofii politycznej*. Warszawa: Scholar.

Tończyk, N. M. (2014). *Konstytucja republiki Weimarskiej z 11 sierpnia 1919 roku jako demokratyczna podstawa prawna totalitarnego państwa*. Studia Iuridica Toruniensia, (XIV).

Turner, S. (2011). Schmitt, Telos, the Weimar Constitution, and the Bad Conscience of the Left. W: Luke, T. W., Agger, B. (red.), *A Journal of No Illusions: Telos, Paul Piccone, and the Americanization of Critical Theory*. Nowy Jork: Telos Press.

Wielomski, A. (2018). *W poszukiwaniu katechona. Teologia polityczna Carla Schmitta*. Warszawa: von Borowiecky.

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.11

# Jurydyczne skutki pominięcia klauzul abuzywnych (niedozwolonych, nieuczciwych) w warunkach umów o kredyt indeksowany do waluty obcej (CHF)

## Legal effects of omission of abusive (prohibited, dishonest) clauses in a foreign currency-indexed (CHF) credit agreements

***mgr Piotr Gieroń***

E-mail: Piotr.gieron@gmail.com

**Streszczenie**

Przedmiot opracowania odnosi się wyłącznie do umów o tzw. kredyt indeksowany, tj. taki, gdzie w treści umowy bank zobowiązał się do oddania do dyspozycji kredytobiorcy-konsumentowi danej kwoty środków pieniężnych oznaczonych w Złotych Polskich (PLN), z zastosowaniem mechanizmu przeliczeniowego do Franka Szwajcarskiego (CHF); spłaty kredytu również następowały w macierzystej walucie — przeliczanej w odniesieniu do kursu CHF, podawanego przez bank.

W związku z wyrokami Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, jednolitym stanowiskiem Rzecznika Finansowego i Komisji Nadzoru Finansowego, nie budzi wątpliwości, że waloryzowanie wartości kredytu oraz zasad jego spłaty za pomocą miernika subiektywnego, tj. ustalanego przez bank w oderwaniu od realiów rynkowych (Tabele kursowe podawane przez bank), stanowi z reguły praktykę nieuczciwą, która na podstawie art. $385^1$ § 1 kodeksu cywilnego konsumenta wiązać nie może.

Zarówno w doktrynie, jak i judykaturze nie zostało jednak wypracowane jednolite stanowisko, dotyczące skutków stwierdzenia abuzywności klauzul indeksacyjnych. Niniejsze opracowanie stanowi głos w dyskusji nad prawnymi konsekwencjami pominięcia niedozwolonych zapisów w umowach o kredyt indeksowany, a rozważania w tym przedmiocie prowadzą do wniosku, że jedynym poprawnym jurydycznie skutkiem stwierdzenia abuzywności klauzul indeksacyjnych jest — z reguły — nieważność całego stosunku obligacyjnego.

**Słowa kluczowe:** kredyt indeksowany, klauzule abuzywne (nieuczciwe), konsument, prawo bankowe, prawo cywilne.

**Summary**

The object of this work is related only to contracts on so called indexed credit agreements, i.e. the contracts on which include an obligation of the bank to provide the beneficiary-customer with an amount of cash for disposal, denominated in Polish zlotys (PLN), using a mechanism of re-calculation to Swiss francs (CHF); credit re-payments were also made in the domestic currency — and calculated in relation to the CHF exchange rate published by the bank.

According to verdicts of the Competition and Customer Protection Tribunal, to the uniform opinion of the Financial Ombudsman and of Polish Financial Supervision Authority it is beyond any doubt that indexation of the loan amount and of the re-payment rules using a subjective measure, i.e. a measure specified by the bank in abstraction from market reality (currency rate tables published by the bank) is a dishonest practice which may not be binding for a customer, according to art. $385^1$ § 1 of the civil law code.

However, both the doctrine and the judicial system have not worked out a uniform position related to the effect of a declaration of abusive indexation clauses. This work is a stance in the discussion on legal consequences of omission of prohibited clauses in indexed credit contracts and considerations of the subject lead to the conclusion that the only judicially valid effect of a declaration of abusive indexation clauses is — usually — invalidity of the whole obligatory relationship.

**Key words:** indexed credit, abusive (dishonest) clauses, consumer, banking law, civil law.

## 1. Uwagi wstępne

Artykuł dotyczy umów o tzw. kredyt indeksowany do Franka Szwajcarskiego (CHF), tj. taki, gdzie w treści umowy bank zobowiązał się do oddania do dyspozycji kredytobiorcy kwoty środków pieniężnych oznaczonych w Złotych Polskich (PLN), obliczanej przy zastosowaniu mechanizmu przeliczeniowego do Franka Szwajcarskiego (CHF); spłaty kredytu również następowały w macierzystej walucie — obliczanej w odniesieniu do kursu CHF; kwota kredytu została zatem określona w umowie i wypłacona kredytobiorcy wyłącznie w walucie polskiej.

Już na wstępie podkreślić trzeba, że opracowanie dotyczy wyłącznie klauzul indeksacyjnych (z pominięciem innych, potencjalnie abuzywnych zapisów, np. dot. ubezpieczenia niskiego wkładu czy dowolnej zmiany oprocentowania). Podobne mechanizmy przeliczeniowe były również praktykowane przez banki z zastosowaniem odniesień do kursów innych walut, np. EUR, JPY czy USD. Sytuacja prawna tych kredytobiorców jest zasadniczo podobna do klientów banków, którzy zdecydowali się na indeksację do szwajcarskiej waluty.

Zagadnienie objęte przedmiotem opracowania ma istotne znaczenie nie tylko ze względu na skalę zjawiska (masowość spraw sądowych w „sprawach frankowych" przez znaczny wzrost kursu CHF, co jednocześnie tłumaczy „milczenie roszczeniowe" dłużników w innych walutach), ale przede wszystkim jego analiza może przyczynić się do usunięcia skrajnych rozbieżności w orzecznictwie sądów powszechnych.

## 2. Kontrola incydentalna klauzuli indeksacyjnej

W odniesieniu do niektórych banków klauzule indeksacyjne zostały już wpisane do rejestru klauzul niedozwolonych[1], co w określonych sytuacjach może wiązać Sądy z uwagi na brzmienie art. 365 k.p.c. oraz art. 479[43] k.p.c., zachowującego w dalszym ciągu zastosowanie na podstawie art. 9 Ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw z dnia 5 sierpnia 2015 r. (Dz. U. z 2015 r. poz. 1634)[2].

W typowej zaś sytuacji (niezwiązania Sądu wpisem do rejestru klauzul niedozwolonych), regulacje ustanawiające mechanizm rozliczania umowy za pomocą indeksacji do waluty obcej, zasadniczo zostają uznane za niedozwolone w trybie kontroli incydentalnej, przy spełnieniu przesłanek z art. 3851 § 1 i 3 kodeksu cywilnego[3], czytanych w duchu Dyrektywy 93/13[4] i zgodnie z zasadą ustanowioną uchwałą (7) Sądu Najwyższego[5]. Przyczyną stwierdzenia abuzywności jest zasadniczo brak transparentności mechanizmu indeksacji (kurs podawany na podstawie tworzonych przez bank tabel), niewypełnienie obowiązków informacyjnych, skrajnie niekorzystne dla konsumenta rozłożenie ryzyka, asymetria kursowa, która polega na tym, że dla wypłaty kredytu bierze się pod uwagę cenę kupna, dla spłaty rat zaś — cenę sprzedaży szwajcarskiej waluty[6]. O ile bowiem może to być usprawiedliwione z punktu widzenia rozliczeń samego ban[7], to ekonomiczne dla konsumenta skutki takiego rozwiązania nie dają się zaakceptować. Z powodu zmian kursu waluty indeksacyjnej bank nie ponosi również w praktyce żadnego ryzyka kursowego[8]. Co więcej, z powodu tej asymetrii, nawet gdyby w dniu uruchomienia kredytu konsument od razu chciał spłacić całość zobowiązania, to jego wartość byłaby znacznie wyższa; *ergo*: „mechanizm indeksacyjny" nie pełni funkcji *stricte* waloryzacyjnej, skoro już z — punktu widzenia stron umowy — znacznie wzbogaca kredytodawcę[9]. W takim stanie rzeczy, asymetria kursowa nie może uchodzić uwadze sądów powszechnych, zwłaszcza że nieuczciwość klauzul sąd bada z urzędu[10], co potwierdza również stanowisko Trybunału[11].

Nie jest przy tym istotne, czy abuzywne zapisy określają główny przedmiot umowy w rozumieniu art. 4 ust. 2 Dyrektywy 93/13[12], gdyż również wtedy mogą podlegać kontroli Sądu, jeśli nie są jednoznaczne i zrozumiałe[13]. Nie chodzi tu przy tym o jasność i zrozumiałość pod względem reguł językowych, czy o poprawność gramatyczną. W odniesieniu do klauzuli indeksacyjnej, należy przeprowadzić swoisty test transparentności danego zapisu i ustalić *czy w świetle całokształtu istotnych okoliczności faktycznych, w tym form zachęty stosowanych przez kredytodawcę w procesie negocjacji umowy i dostarczonych na tym etapie informacji, właściwie poinformowany oraz dostatecznie uważny i rozsądny, przeciętny konsument mógł nie tylko dowiedzieć się o istnieniu różnicy, ogólnie obserwowanej na rynku papierów wartościowych, między kursem sprzedaży a kursem kupna waluty obcej, ale również oszacować — potencjalnie istotne — konsekwencje ekonomiczne, jakie niosło dla niego zastosowanie kursu sprzedaży przy obliczaniu rat kredytu, którymi zostanie ostatecznie obciążony, a w rezultacie także całkowity koszt zaciągniętego przez siebie kredytu*[14].

Zdaniem Autora, abuzywność głównych elementów umowy powinna z reguły prowadzić do upadku całej umowy. Jednak w warunkach umów o kredyt indeksowany, judykatura przychyla się do stanowiska, że mechanizm indeksacyjny nie stanowi głównych świadczeń stron[15], choć nie powinno budzić wątpliwości, że sam sposób indeksacji nie jest transparentny, gdyż nie pozwala wyprowadzić jakiegoś czytelnego mechanizmu, na podstawie którego kredytobiorca mógłby ustalić choćby wysokość swojego zadłużenia, nawet na ten sam dzień, w którym doszło do uruchomienia kredytu. Klauzula odsyła bowiem do danych zewnętrznych (pozaumownych) podawanych i kreowanych przez bank w sposób znany tylko komórce merytorycznej banku, przez co umożliwia bankowi dowolne (bo oparte na nieweryfikowalnych i nieznanych kredytobiorcy) „sterowanie" wysokością zadłużenia[16]. Oznacza to, że już sama konstrukcja omawianych umów wyłącza transparentność i zrozumiałość obowiązków nałożonych na konsumenta, gdyż z powyżej podanych względów klauzula indeksacyjna nie odnosi się do mierników obiektywnych, tzn. niezależnych od wpływu banku. Daje to bankowi możliwość jednostronnego „zarządzania" saldem zadłużenia.

Niezależnie jednak od uznania, czy klauzule indeksacyjne stanowią główne elementy umowy kredytu, czy też nie, to z reguły nie będą istniały podstawy do utrzymania w mocy

klauzuli indeksacyjnej. Wykazanie przesłanek abuzywności z art. 385[1] k.c. jest dodatkowo ułatwione zmianą rozkładu ciężaru dowodu (art. 385[1] § 4 k.c.), a już sama konstrukcja indeksacji kształtuje prawa i obowiązki kredytobiorcy w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy[17]. Należy przy tym pamiętać, że Sąd powinien zbadać wszystkie zapisy umowne (umowa kredytu, aneksy, regulaminy, etc.) w poszukiwaniu niedozwolonych zapisów[18].

## 3. Zakres rozpoznania

Strona domagająca się stwierdzenia abuzywności określonych klauzul umownych nie wyznacza bowiem tym żądaniem zakresu badania umowy pod kątem występowania tych klauzul. Sąd winien tu *ab limine litis* weryfikować „podejrzane" zapisy umowne. Takie stanowisko potwierdza orzecznictwo Trybunału[19], gdyż tylko w ten sposób można zapewnić pełną skuteczność ochrony przewidzianej przez Dyrektywę 93/13, bowiem:... *z chwilą, w której sąd krajowy dysponuje niezbędnymi w tym celu elementami stanu prawnego i faktycznego, powinien z urzędu ocenić nieuczciwy charakter danego warunku umownego objętego zakresem zastosowania Dyrektywy 93/13 i, czyniąc tak, powinien usuwać brak równowagi istniejący pomiędzy konsumentem a przedsiębiorcą*[20].

W świetle powyższego skonstatować należy, że przed przystąpieniem do decydowania o losach żądania konsumenta, Sąd zawsze winien wnikliwie przeanalizować całą umowę zawartą przez konsumenta z bankiem, pod kątem weryfikacji nieuczciwych zapisów.

## 4. Skutki pominięcia klauzuli indeksacyjnej

Wyeliminowanie klauzuli indeksacyjnej z treści umowy o kredyt indeksowany może zasadniczo rodzić następujące skutki:

### 4.1. Utrzymanie umowy w mocy z pominięciem mechanizmu indeksacyjnego

Taki skutek jest prima facie zgodny z duchem przepisu art. 385[1] § 2 k.c. oraz — w ogólnym ujęciu — stanowiskiem Trybunału, który dąży do utrzymania stosunku obligacyjnego między stronami, w obawie, że stwierdzenie nieważności umowy powodowałoby negatywne konsekwencje dla konsumenta, czyniąc ochronę interesów konsumenta iluzoryczną. Wydaje się, że jest możliwe utrzymanie umowy kredytu indeksowanej do CHF w mocy, przyjmując za utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego[21], że od początku mieliśmy do czynienia z umową kredytu, o której mowa w art. 69 ustawy prawo bankowe[22] i że *essentialia negotii* umowy kredytu zostają zachowane. Prowadziłoby to w swych konsekwencjach do swoistego „przewalutowania" kredytu, a wysokość zobowiązania określona w polskiej walucie zazwyczaj byłaby liczona w odniesieniu do odpowiedniej stawki LIBOR oraz z uwzględnieniem umownej marży banku (przy pozostawieniu pozostałych kosztów kredytu). Takie rozstrzygnięcie zapadło już np. w sprawie XIV C 2126/15 przed Sądem Rejonowym dla Wrocławia-Fabrycznej (niepubl.) oraz jest zgodne ze stanowiskiem Rzeczypospolitej Polskiej w sprawie C-260/18[23].

### 4.2. Wypełnienie luk przez Sąd orzekający

Zgodnie z powszechnym stanowiskiem, abuzywność klauzuli indeksacyjnej wynika stąd, że kredyt przeliczany jest na podstawie mierników subiektywnych, oderwanych od realiów rynkowych. Oznacza to, że gdyby stosunek obligacyjny oparty był na miernikach obiektywnych (np. odnosił się do kursu podawanego przez NBP), nie byłoby podstaw do uznania abuzywności spornej klauzuli. Dlatego jako zasadne rozwiązanie jawić by się mogło „naprawienie" przez Sąd podważonych zapisów umownych poprzez zastąpienie ich przy zastosowaniu obiektywnego miernika.

### 4.3. Zastąpienie mechanizmów indeksacyjnych dyspozytywnym przepisem prawa

Polski ustawodawca nie przewidział wprost takiej możliwości, jednak Trybunał, pod pewnymi warunkami, taką możliwość dopuszcza. W polskim systemie prawnym niektóre Sądy wskazują na treść art. 358. § 1 i 2 k.c.[24]. Zastosowanie tej normy usuwałoby nieuczciwość mechanizmu przeliczeniowego i prowadziłoby do likwidacji asymetrii kursowej, gdyż pod uwagę brać by należało wyłącznie kurs średni. W/w przepis wszedł w życie 24 stycznia 2009 r.

## 5. Upadek całej umowy

Zgodnie z tym stanowiskiem, eliminacja klauzul indeksacyjnych nie pozwala na utrzymanie umowy w mocy przede wszystkim dlatego, że nieznana staje się umówiona kwota kredytu, gdyż została obliczona na podstawie pominiętego „przelicznika". Nie jest również możliwa spłata zadłużenia, gdyż rata płatna w polskiej walucie, obliczana była w stosunku do kursu CHF, który został już z umowy wyeliminowany.

## 6. Ocena skutków prawnych stwierdzenia abuzywności klauzuli indeksacyjnej

Zgodnie z Wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2015 r. (II CSK 768/14): *eliminacja danej klauzuli umownej jako konsekwencja tej abuzywności nie może prowadzić do sytuacji, w której następowałaby zmiana prawnego charakteru stosunku obligacyjnego łączącego twórcę wzorca i kontrahenta*.

Z kolei natura umowy kredytu indeksowanego do obcej waluty polega na tym, że kurs tej waluty służy do obliczenia zarówno wysokości zadłużenia określanego w walucie obcej oraz wyznacza zasady spłaty rat kredytu — również w odniesieniu do waluty obcej.

Ma to tę istotną implikację, że pominięcie niedozwolonych „przeliczników" kreuje w istocie nowy element umowy poprzez stworzenie zupełnie nowych zasad rozliczania kredytu, które nigdy nie były objęte wspólnym zamiarem stron (konsens). Z tego względu uznać trzeba, że utrzymanie obowiązywania umowy z pominięciem abuzywnych zapisów zmieniałoby naturę stosunku obligacyjnego, wskutek czego trudno jest szukać usprawiedliwienia dla tego typu rozwiązania. Nie ma bowiem żadnego uzasadnienia zestawianie kredytu wyrażonego w PLN ze stawką LIBOR, która odnosi się do koszyka walut zagranicznych, w którym polska waluta nie występuje, choć zauważyć trzeba, że żaden przepis prawa nie stoi takiemu rozwiązaniu na przeszkodzie.

Nie wydaje się również uzasadniona ingerencja Sądu w treść umowy[25]. Przeciwne stanowisko prowadziłoby do wykładni *contra legem* przepisu art. 6 ust. 1 Dyrektywy 93/13, który ma przecież charakter bezwzględnie obowiązujący. Zgodnie z jego treścią Państwa Członkowskie stanowią, że na mocy prawa krajowego nieuczciwe warunki w umowach zawieranych przez sprzedawców lub dostawców z konsumentami nie będą wiążące dla konsumenta, a umowa w pozostałej części będzie nadal obowiązywała strony, jeżeli jest to możliwe po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków. Sporne klauzule należy więc pominąć; nie ma zatem podstaw do podjęcia przez Sąd próby ich sanowania. Choć orzecznictwo Trybunału nie jest tu do końca konsekwentne, to pojawiła się tam teza, że ingerencja taka nie byłaby możliwa nawet w sytuacji, gdyby pozwalał na to wprost przepis prawa krajowego[26]. Ponadto ingerencja w treść umowy przez Sąd byłaby sprzeczna z celem art. 7 ust. 1 Dyrektywy 93/13[27], gdyż takie praktyki nie prowadziłyby do skutecznego zapobiegania stosowania nieuczciwych warunków w umowach zawieranych z konsumentami[28].

Na kanwie tego samego przepisu, tj. art. 6 ust. 1 Dyrektywy 93/13 dopuszcza jednak Trybunał możliwość zastąpienia nieuczciwego warunku dyspozytywnym przepisem prawa krajowego[29]. Drogę do przyjęcia takiego rozwiązania otwiera dążenie do utrzymania stosunku obligacyjnego, przy założeniu że konsument jest takim rozwiązaniem zainteresowany, tak by nie narażać konsumenta na negatywne skutki uznania nieważności całej umowy. Rozwiązanie takie, zdaniem Trybunału, pozwala na zrealizowanie celu przepisu poprzez urzeczywistnienie równości stron[30].

W obecnym stanie prawnym nie wydaje się jednak możliwe zastąpienie abuzywnego zapisu przepisem prawa krajowego. Jedyny przepis, który mógłby być teoretycznie brany pod uwagę (wyżej opisany przepis art. 358 k.c.) wszedł w życie dopiero 24 stycznia 2009 r., a punktem wyjścia do wszelkich ocen jest stan z chwili zawarcia umowy. Oznacza to, że poszanowanie stanowiska Trybunału, co do możliwości zastąpienia nieuczciwego warunku tym przepisem, prowadziłoby do nieuzasadnionego rozróżnienia sytuacji prawnej kredytobiorców, którzy umowy zawierali przed i po wejściu w życie przepisu art. 358 k.c. Co więcej — omawiany przepis nie stanowi klasycznego przepisu dyspozytywnego („jeżeli strony nie postanowiły inaczej…", itp.) i rozróżnia sytuację dłużnika i wierzyciela, w związku z czym jego stosowanie jawi się jako nieuzasadnione również i z tego względu.

Zdaniem autora, zgodnie z duchem orzecznictwa Trybunału, wydaje się zasadne, by dać tu prym woli kredytobiorcy[31]. Jeśli bowiem konsument dąży do stwierdzenia nieważności umowy jako całości, to nie ma podstaw do dążenia przez Sąd krajowy do utrzymania stosunku obligacyjnego „za wszelką cenę", a punkt wyjścia do dokonywania ocen powinien tu stanowić interes konsumenta jako słabszej strony umowy.

W świetle wszystkiego, co powyżej skonstatować trzeba, że prawnie poprawnym skutkiem pominięcia abuzywnych klauzul indeksacyjnych będzie nieważność całej umowy, która — w przypadku kredytu indeksowanego — po prostu nie daje się wykonać, chyba że rozwiązanie takie byłoby niekorzystne dla konsumenta. Za nieważnością przemawia również *(…) sprzeczność z naturą zobowiązania, które z dwustronnego zamienia się w jednostronne co do istotnego składnika umowy, jakim jest klauzula indeksacyjna (art. 353[1] k.c.)*[32]*. W doktrynie forsuje się też tezę, że minimalnym rozwiązaniem kwestii walutowej (indeksacyjnej) klauzuli abuzywnej jest nieważność bezwzględna umowy kredytowej, (...) tj. nieważność ex tunc i ex lege, czyli od początku i na mocy samego prawa, a nie np. na mocy wyroku sądowego stwierdzającego nieważność (klauzula indeksacyjna jako składnik istotny umowy — essentialia negotii)*.

W przypadku zaś, gdyby upadek całej umowy, z punktu widzenia interesów konsumenta (*in dubio contra proferentem*) był dlań niekorzystny, można zastanowić się nad utrzymaniem umowy w mocy z pominięciem nieuczciwych klauzul lub nad „usztywnieniem" kursu waluty, np. z dnia wypłaty kwoty kredytu. Takie hybrydowe rozwiązanie nie powoduje ingerencji Sądu w treść umowy, bo sąd porusza się w ramach uzgodnień stron; zabieg ten eliminuje nadto asymetrię kursową i ryzyko kursowe, które w praktyce ponosi wyłącznie konsument, a jest uzasadniony tym bardziej, że sama indeksacja jest przecież dopuszczalna, a abuzywny okazał się jedynie mechanizm tej indeksacji.

## 7. Procesowa możliwość żądania stwierdzenia nieważności umowy

Nie można jednak pomijać, że w praktyce orzeczniczej dochodzenie nieważności umowy kredytu z powodu konieczności pominięcia nieuczciwych klauzul indeksacyjnych jest wysoce problematyczne. Punktem wyjścia dla formułowania żądań jest tu przepis art. 189 k.p.c., będący źródłem uprawnień do dochodzenia ochrony praw podmiotowych, a zatem w tym zakresie ma on charakter materialnoprawny (tak m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z 17 listopada 2000 r., V CKN 221/00).

Warunkiem *sine qua non* dopuszczalności powództwa o ustalenie nieważności umowy jest istnienie interesu prawnego w ustaleniu konkretnego stosunku prawnego lub kon-

kretnego prawa. Przyjmuje się, że interes prawny występuje wtedy, gdy sam skutek, jaki wywoła uprawomocnienie się wyroku ustalającego zapewni powodowi (tu: konsumentowi) ochronę jego prawnie chronionych interesów poprzez definitywne zakończenie sporu między stronami, przy czym interes prawny nie istnieje, jeżeli uzasadnione jest posłużenie się dalej idącym środkiem ochrony prawnej.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 marca 2015r. (IV CSK 326/14)[33] na tle umowy o kredyt indeksowany uznał, że interes prawny w żądaniu ustalenia nieważności umowy nie istnieje, a to z uwagi na fakt, że konsumentom przysługuje dalej idące roszczenie — o świadczenie (zapłatę); nieważność umowy aktualizuje bowiem po stronie konsumenta żądanie zwrotu wszystkich wpłaconych tytułem realizacji umowy kwot.

## 8. Rozliczenie stron umowy

To stanowisko nie zawsze będzie usprawiedliwione, a Sąd Najwyższy w niezasadny sposób abstrahuje tu od teorii salda, która znajduje coraz częstsze zastosowanie w orzecznictwie i polega na zbadaniu istnienia interesu prawnego przy uwzględnieniu kompleksowych, wzajemnych rozliczeń stron. Zgodnie z tym podejściem zasądzenie na rzecz konsumenta jakiejkolwiek kwoty bez uwzględnienia rozliczeń stron byłoby zbyt daleko idące, jako krzywdzące dla przedsiębiorcy (banku) i sprzeczne z ogólnie przyjętymi zasadami uczciwości i słuszności, nakazującymi zwrot niesłusznie otrzymanych korzyści majątkowyc[34]. Trzeba wszak pamiętać, że samo stwierdzenie abuzywności ma silne nacechowanie aksjologiczne, a skoro tak, nie można pomijać tego elementu przy badaniu skutków nieważności umowy o kredyt indeksowany. Przyjęcie, że możliwe jest, aby konsument uzyskał zwrot całości swoich świadczeń, polegających w umowach kredytowych na zwracaniu konsumentowi tego, co uprzednio otrzymał od banku, z równoczesnym brakiem pewności co do skuteczności roszczeń przedsiębiorcy, mogłoby prowadzić do niezasadnego zubożenia banku (np. wskutek przedawnienia jego roszczeń). Teoria salda pozwala zatem na zagwarantowanie przedsiębiorcy, że środki, które ten faktycznie wypłacił konsumentowi pozostaną przy nim, a dostateczną karą jest tu pozbawienie przedsiębiorcy spodziewanego zysku. Potencjalne korzyści dla konsumenta wydają się zaś oczywiste (uwolnienie od ryzyka kursowego, odsetek, marży, kosztów „okołokredytowych", kosztów ubezpieczenia, prowizji, zwolnienie hipoteki, „odnowienie" zdolności kredytowej na spłatę pozostałej części zobowiązania), co z pewnością zabezpiecza interes konsumenta w rozumieniu w/w przepisów Dyrektywy.

Normatywnego uzasadnienia tej koncepcji poszukiwać należy w treści przepisu art. 411 pkt 2 k.c., zgodnie z treścią którego nie można żądać zwrotu świadczenia jeżeli spełnienie świadczenia czyni zadość zasadom współżycia społecznego. Dostrzega się tu, że świadczenia obu stron miały charakter nienależny (albo wskutek upadku całej umowy, albo poszczególnych jej zapisów — podstawy prawne odpadły). Skoro bowiem świadczenie konsumenta miało charakter świadczenia nienależnego, to przedsiębiorcy (banku) również. Oznacza to, że przedsiębiorca winien odzyskać to, co sam z powodu wykonania umowy świadczył. Suma wpłat dokonanych przez konsumenta musi zatem zostać pomniejszona o kwotę wypłaconego kredytu. Dopiero takie rozliczenie salda kredytu[35] powinno decydować o tym, czy konsumentowi przysługuje dalej idące roszczenie niż żądanie ustalenia nieważności umowy o kredyt indeksowany, co wówczas uprawnia Sąd do przesądzenia o istnieniu (bądź nie) interesu prawnego w rozumieniu art. 189 k.p.c.

Jeśli zatem konsument wpłacił więcej środków pieniężnych na rzecz banku niż sam otrzymał — może żądać jedynie tej nadwyżki; jeśli mniej — nadal pozostaje dłużnikiem banku. W tym drugim przypadku konsument nie może zatem skutecznie formułować żądania zapłaty, a więc posiada interes prawny w samym jedynie ustaleniu nieważności umowy (jako skutku pominięcia bezskutecznych klauzul), albo nawet ustaleniu nieważności (żądania pominięcia) konkretnej klauzuli. Ekspresja tego poglądu pojawiła się już w orzecznictwie, gdzie wskazano, że *takie stanowisko nie pozbawia przy tym konsumenta możliwości ochrony jego interesów. Oczywiście ze względu na faktyczną przewagę banku zaprzestanie spełniania swoich świadczeń byłoby ryzykowne. Nie ma jednak przeszkód aby zamiast żądania zasądzenia konsument, wystąpił z żądaniem ustalenia nieważności umowy. Bez wątpienia istnieć będzie interes prawny w zgłoszeniu takiego żądania. Odrębną kwestią pozostaje też istnienie roszczeń o zwrot kwot, które z racji ich zapłaty w innej walucie, nie mogą być uznawane za zwrot wypłaconego w złotówkach świadczenia banku*[36].

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że procesowo możliwe jest stwierdzenie nieważności umowy na skutek pominięcia klauzul indeksacyjnych, w sytuacji gdy pozew zawiera jedynie tak sformułowane żądanie.

## 9. Podsumowanie

Zdaniem Autora abuzywność klauzul indeksacyjnych nie powinna budzić już większych wątpliwości w orzecznictwie sądów powszechnych, ale potencjalnych skutków stwierdzenia abuzywności klauzuli indeksacyjnej jest w praktyce zbyt wiele. Prowadzi to do tego, że w demokratycznym państwie prawa mamy do czynienia ze skrajnie różnymi orzeczeniami na tle skrajnie podobnych stanów faktycznych. Stwierdzenie abuzywności otwiera bowiem dopiero szereg pytań na kanwie prawa materialnego (dotyczących losów całej umowy) oraz procesowego (interes prawny w żądaniu ustalenia nieważności umowy, na skutek pominięcia klauzul indeksacyjnych). Oznacza to, że konsument, który domaga się — jako słabsza strona kontraktu — ochrony od Sądu, tak naprawdę już od chwili złożenia pozwu musi uwzględniać szereg poglądów prawnych, co wymusza formułowanie żądań ewentualnych i już przez to powoduje niepotrzebne komplikowanie procesów. *De lege ferenda*, wobec braku widoków na ingerencję ustawodawcy, pozostaje jedynie żywić nadzieję, że do ujednolicenia linii orzeczniczej dojdzie wskutek wydania kolejnych orzeczeń SN oraz ETS, w szczególności w sprawie C-260/18 (Dziubak).

[1] *Ad exemplum*: klauzule wpisano do rejestru klauzul niedozwolonych pod numerami: 3178,3179 (Bank Millenium — wpis z dnia 15 maja 2012r.), 5743 (mBank S.A. — wpis z dnia 5 sierpnia 2014), 6380 (DNB Nord Polska S.A. z 25 kwietnia 2016r.).

[2] Szerzej: uzasadnienie wyroku SO w Warszawie z dnia 22 sierpnia 2016 r., III C 1073/14, Legalis, nr 1508620.

[3] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. 1964 nr, 16 poz. 93 z późn. zm.); dalej: k.c.

[4] Dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz. Urz. UE. L Nr 95, str. 29).

[5] Uzasadnienie Uchwały Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2018 r., III CZP 29/17, Legalis, nr 1786276.

[6] Zgodnie z art. 221 k.c. za konsumenta uważa się osobę fizyczną dokonującą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową.

[7] Modelowo: bank najpierw kupuje walutę obcą i na potrzeby umowy sprzedaje ją (po kursie kupna) konsumentowi; następnie bank stopniowo spłaca swoje zobowiązanie względem instytucji finansowej po kursie sprzedaży, dlatego ten kurs „przerzuca" na konsumenta, zazwyczaj dodając do tego swoją marżę; zdaniem Autora takie uzasadnienie zastosowania tego mechanizmu nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia realizacji umowy kredytu, gdyż ewentualne zobowiązanie banku wciąż pozostaje rzeczą banku, tzn. pozostaje poza stosunkiem prawnym w postaci umowy kredytu, a sama możliwość nakładania marży świadczy o dowolnym kształtowaniu wysokości kursu waluty indeksacyjnej.

[8] Jak wyżej.

[9] Przy abstrahowaniu od zobowiązań kredytodawcy, które pozostają poza istotnym prawnie (relewantnym) stosunkiem prawnym w postaci umowy kredytu zawartym pomiędzy stronami.

[10] tak np. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 maja 2013r., C-397/11, Legalis, nr 668358.

[11] Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 kwietnia 2014 r., C-26/13, Legalis, nr 966197, por. w szczególności: pkt 49, 50, 54, 57, 59 uzasadnienia; pkt 1 sentencji.

[12] Art. 4 ust. 2 Dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich.

[13] Odwrotnie i niesłusznie: uzasadnienie wyroku SO w Warszawie z dnia 22 sierpnia 2016 r., III C 1073/14, Legalis, nr 1508620.

[14] Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 kwietnia 2014 r., C-26/13, Legalis, nr 966197, por. tezy 61, 74, 75; pkt 2 sentencji.

[15] Tak np.: teza II do wyroku SN w z dnia 22 stycznia 2016 r., I CSK 1049/14; Legalis, nr 1450586.

[16] Przykład mechanizmu działania, który pozwalał dodatkowo bankowi narzucić na konsumenta marżę nawet do 10%, opisuje dr J. Czabański w artykule z 6 kwietnia 2016 r. — http://pomocfrankowiczom.pl/?p=633; czy w artykule z 6 września 2017 r. — https://pomocfrankowiczom.pl/?p=911, przy czym — zdaniem Autora — dla stwierdzenia abuzywności klauzuli indeksacyjnej nie jest konieczne narzucenie tej marży, a wystarczająca jest już sama możliwość jej nałożenia — podobnie teza I do wyroku SN w z dnia 22 stycznia 2016 r., I CSK 1049/14; Legalis, nr 1450586.

[17] Asymetria kursowa, przeniesienie ryzyka kursowego na konsumenta, niewypełnienie obowiązków informacyjnych, o czym szerzej w dalszej części opracowania.

[18] W szczególności sprawdzić sposoby zmiany oprocentowania.

[19] Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 maja 2013r., C-397/11, Legalis, nr 668358.

[20] Teza 27 wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 maja 2013r., C-397/11, Legalis, nr 668358; podobnie Opinia Rzecznika Generalnego z dnia 14 lutego 2012 r., C-618/10, Legalis, nr 483481; zwłaszcza pkt 42-44 Opinii; por. też możliwość działania z urzędu na tle uchwały SN z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, Lex, nr 341125.

[21] Por. np.: uzasadnienie wyroku SN z dnia 22 stycznia 2016 r., I CSK 1049/14, Legalis, nr 1450586, uzasadnienie wyroku SN z dnia 1 marca 2017 r., IV CSK 285/16, Legalis, nr 1618112, uzasadnienie wyroku SN z dnia 14 lipca 2017 r., II CSK 803/16, Legalis, nr 1640691.

[22] Opozycyjnie i przekonywająco: Ofiarski i Kuniewicz (2016).

[23] Uwagi na piśmie Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 1 sierpnia 2018r. w sprawie Dziubak, C-260/18, pkt III. 86.4, niepubl.

[24] Zgodnie z art. 358 § 1 i 2 k.c., jeżeli przedmiotem zobowiązania jest suma pieniężna wyrażona w walucie obcej, dłużnik może spełnić świadczenie w walucie polskiej, chyba że ustawa, orzeczenie sądowe będące źródłem zobowiązania lub czynność prawna zastrzega spełnienie świadczenia w walucie obcej. Wartość waluty obcej określa się według kursu średniego ogłaszanego przez Narodowy Bank Polski z dnia wymagalności roszczenia, chyba że ustawa, orzeczenie sądowe lub czynność prawna stanowi inaczej.

[25] Tak też Baranowska-Zając, 2015.

[26] Por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 maja 2013 r., C-488/11, Legalis, nr 668359.

[27] Artykuł 7 1. Dyrektywy: Zarówno w interesie konsumentów, jak i konkurentów Państwa Członkowskie zapewnią stosowne i skuteczne środki mające na celu zapobieganie stałemu stosowaniu nieuczciwych warunków w umowach zawieranych przez sprzedawców i dostawców z konsumentami.

[28] Por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 kwietnia 2014 r., C-26/13, Legalis, nr 966197, w szczególności: teza 79.

[29] Tak też: Sieradzka, 2014.

[30] Por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 kwietnia 2014 r., C-26/13, Legalis, nr 966197, w szczególności: tezy 76-85 oraz wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 kwietnia 2014 r., C-26/13, Legalis, nr 966197.

[31] Por. Baranowska-Zając, 2015.

[32] Gontarski, 2016.

[33] *Ibidem*.

[34] Tekst dostępny na stronie www: http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/IV%20CSK%20362-14-1.pdf; (30.11.2018).

[35] Pamiętać trzeba, że samo stwierdzenie abuzywności klauzul indeksacyjnych ma silne zakotwiczenie aksjologiczne; nie można zatem od tej aksjologii abstrahować przy ustalaniu skutków pominięcia niedozwolonych zapisów.

[36] W praktyce jest to bardzo proste i powinno następować już w pozwie; bez konieczności sięgania do wiedzy eksperckiej.

[37] Tak przykładowo: Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 15 grudnia 2017 r. w sprawie XXV C 961/17; źródło: https://www.saos.org.pl/judgments/320914; (30.11.2018).

## Bibliografia


Baranowska-Zając, W. (2015). *Glosa do wyroku TS z dnia 21 stycznia 2015 r.*, C-482/13, C-484/13, C-485/13 i C-487/13, LEX/el.

Dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz. Urz. UE. L Nr 95).

Gieroń, P. (2018). Indeksacja umów kredytowych kursem walut obcych. *Budownictwo i Prawo*, (4), 19–22.

Gontarski, W. (2016), *Przedkontraktowe obowiązki informacyjne banku w przypadku kredytów udzielanych w walucie obcej. Glosa do wyroku TS z dnia 3 grudnia 2015 r.,* C-312/14, LEX/el.

Sieradzka, M. (2014) *Glosa do wyroku TS z dnia 30 kwietnia 2014 r.*, C-26/13. LEX/el.

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. 1964 nr 16, poz. 93 z późn. zm.).

**Źródła internetowe**

Rejestr klauzul niedozwolonych: https://www.uokik.gov.pl/rejestr_klauzul_niedozwolonych2.php; (30.11.2018).

Czabański, J. (2016). *Jak banki wykorzystywały dowolność w ustalaniu kursu waloryzacji*. http://pomocfrankowiczom.pl/?p=633; (30.11.2018).

Czabański, J. (2017). *Kursy wyznaczane przez bank a kurs rynkowy (przykład Getin Banku)*. https://pomocfrankowiczom.pl/?p=911; (30.11.2018).

Ofiarski, Z., Kuniewicz, Z. (2016). *Załącznik do komentarza Związku Banków Polskich do druku sejmowego nr 1198 — Poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy — Kodeks cywilny — opinia prawna Prof. dr hab. Zbigniewa Ofiarskiego oraz dr hab. prof. US Zbigniewa Kuniewicza z dnia 24 października 2016 r. dotycząca wybranych problemów związanych z umowami o kredyty denominowane lub indeksowane do waluty obcej*, http://orka.sejm.gov.pl/Druki-8ka.nsf/0/3B2FA5C3AFEF3D4BC12580AA002FF6B7/%24File/1198-001.pdf; (20.01.2019).

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.12

# Uiszczenie ceny wykupu akcji przez akcjonariuszy większościowych w procedurze przymusowego wykupu akcji niepublicznej spółki akcyjnej

## Payment of the buyout price for shares by the majority shareholders in a squeeze-out of shares in a non-listed joint stock company

***mgr Marcin Gruszka***

E-mail: gruszka.marcin90@gmail.com

**Streszczenie**

Przepisy regulujące przymusowy wykup akcji niepublicznej spółki akcyjnej zostały wprowadzone do polskiego porządku prawnego ustawą z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych. Na ich podstawie akcjonariusze reprezentujący odpowiednią część kapitału zakładowego są uprawnieni do pozbawienia akcjonariuszy mniejszościowych prawa własności akcji, a przez to do wykluczenia ich ze spółki. Realizacja tego szczególnego *prawa większości* rozpoczyna się od podjęcia uchwały przez Walne Zgromadzenie, a kończy się na uiszczeniu ustalonej ceny wykupu.

Zarówno w literaturze przedmiotu, jak i orzecznictwie podkreśla się szczególne znaczenie tego ostatniego etapu, bowiem do momentu jego wystąpienia akcjonariusze mniejszościowi zachowują swoje uprawnienia z akcji. Wydawałoby się więc, że ze względu na pewność i bezpieczeństwo obrotu, precyzyjne ustalenie czy i kiedy doszło do uiszczenia ceny za akcje podlegające przymusowemu wykupowi nie powinno napotykać jakichkolwiek trudności.

Jednak przepisy Kodeksu spółek handlowych w zakresie uiszczenia ceny wykupu mogą być wykładane na wiele sposobów, prowadzących do odmiennych od siebie wniosków. Najlepiej problem ten obrazują orzeczenia Sądu Najwyższego — wyrok z dnia 20 lutego 2008 r., sygn. akt II CSK 441/07 oraz uchwała z dnia 14 września 2016 r., sygn. akt III CZP 39/16 — w których to przedstawione zostały dwa zupełnie różne podejścia do tego tematu.

**Słowa kluczowe:** przymusowy wykup, cena wykupu, utrata statusu akcjonariusza.

**Summary**

Provisions regulating the squeeze-out of shares in a non-listed joint stock company were implemented into Polish law under the Act dated 15 September 2000 Commercial Companies Code. Pursuant to such provisions, shareholders representing the relevant part of the share capital are entitled to deprive the minority shareholders of ownership rights to shares and thereby to exclude them from the company. The exercise of such "majority right" requires the adoption by the general meeting of the relevant resolution, and ends upon payment of the buyout price.

It is underlined both in the legal doctrine and in the judicature that this last stage of squeeze-out is particularly important, as until its occurrence the minority shareholders continue to hold all of the rights attached to the shares. Thus, it seems that due to the certainty and safety of the course of trade, the precise determination of whether and when the buyout price is paid should not raise any difficulties.

However, provisions of the Commercial Companies Code regulating the payment of the buyout price may be interpreted differently, leading to various conclusions. This is particularly evident in two rulings of the Supreme Court — a decision dated 20 February 2008, Case Reference No. II CSK 441/07 and a resolution dated 14 September 2016, Case Reference No. III CZP 39/16 — in which the two different approaches are presented.

**Key words:** squeeze-out, buyout price, loss of the shareholder status.

### 1. Uwagi wstępne

Zasada rządów większości nad mniejszością jest immanentną cechą spółki akcyjnej, zarówno wpływającą na jej funkcjonowanie w stosunkach wewnętrznych oraz zewnętrznych, jak i na interpretację przepisów ją regulujących. Wydaje się, że w najpełniejszy sposób zasadę tę realizuje instytucja przymusowego wykupu akcji (ang. *squeeze-out*), umożliwiająca akcjonariuszom większościowym reprezentującym odpowiednią część kapitału zakładowego pozbawienie akcjonariuszy mniejszościowych prawa własności należących do nich akcji i tym samym wykluczenie ich ze spółki wbrew

ich woli, która do polskiego porządku prawnego została wprowadzona ustawą z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych.

Początkowo niektórzy przedstawiciele doktryny wskazywali, że instytucja ta jest niezgodna z Konstytucją RP[1]. Ich zdaniem pozbawienie prawa własności akcji w wyniku przeprowadzenia przymusowego wykupu stanowiło w istocie wywłaszczenie, które na podstawie art. 21 ust. 2 Konstytucji RP możliwe jest jedynie na cele publiczne i za słusznym odszkodowaniem, a także naruszało art. 64 ust. 3 Konstytucji RP, zgodnie z którym *własność może być ograniczona tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim nie narusza ona istoty prawa własności*[2]. Wątpliwości te zostały zaadresowane i rozstrzygnięte przez Trybunał Konstytucyjny, który w wyroku z dnia 21 czerwca 2005 r., sygn. akt P 25/02, potwierdził konstytucyjność przepisów regulujących przymusowy wykup.

Przeprowadzenie „wyciśnięcia" akcjonariuszy mniejszościowych może być podyktowane różnymi przyczynami. Najczęściej wskazuje się, że może to stanowić środek obronny przed nadużywaniem przez takich akcjonariuszy ich praw udziałowych, w tym m.in. poprzez bezzasadne zaskarżanie uchwał Walnego Zgromadzenia uniemożliwiające prawidłowe i sprawne działanie spółki. Akcjonariusze większościowi mogą mieć także na względzie korzyści wynikające ze zredukowania kosztów funkcjonowania spółki, bowiem m.in. powstanie możliwość podejmowania uchwał na Walnym Zgromadzeniu, bez jego formalnego zwołania, lub ich celem może być przekształcenie „otwartej" spółki akcyjnej, w spółkę „zamkniętą", czy też „prywatną", „rodzinną". Ponadto, przyjmuje się, że brak mniejszości w spółce akcyjnej wpływa pozytywnie na cenę akcji oraz powoduje, że inwestorzy instytucjonalni chętniej inwestują swoje środki w taką spółkę.

Pomimo tego, że przymusowy wykup w głównej mierze realizuje interesy akcjonariuszy większościowych, Kodeks spółek handlowych[3] przewiduje, że sama procedura dokonuje się z udziałem spółki oraz jej organów, przez co w doktrynie określa się ją niekiedy mianem „wewnątrzspółkowej". Przede wszystkim należy podkreślić, że Walne Zgromadzenie inicjuje wyciśnięcie akcjonariuszy mniejszościowych poprzez podjęcie uchwały o odpowiedniej treści, która stanowi podstawę prawną całej procedury warunkującą jej skuteczność. Rozwiązanie to jest krytykowane przez część przedstawicieli doktryny, którzy postulują by powyższą uchwałę zastąpić oświadczeniem akcjonariuszy większościowych o charakterze prawo-kształtującym, w którym akcjonariusze mniejszościowi zostaliby wezwani do sprzedaży swoich akcji, analogicznie jak ma to miejsce w przymusowym wykupie dotyczącym akcji spółki publicznej zawartym w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych.

Procedura przymusowego wykupu akcji spółki niepublicznej jest przede wszystkim uregulowana w art. 418 k.s.h.[4]. Nie ma on jednak charakteru zamkniętego (wyczerpującego) i zawiera odesłania do odpowiedniego stosowania innych przepisów Kodeksu spółek handlowych, w tym m.in. dotyczących istotnej zmiany przedmiotu działalności spółki oraz związanego z tym wykupu akcji, przy czym w niektórych przypadkach przepisy te zawierają dalsze odesłania. Taka technika legislacyjna w sposób oczywisty wpływa na różne rozumienie poszczególnych etapów tej procedury, co zaś przekłada się na trudności w jej praktycznym zastosowaniu.

Powyższy problem jest szczególnie zauważalny w odniesieniu do uiszczenia całej ceny wykupu za akcje, które zgodnie z art. 418 § 3 k.s.h. skutkuje pozbawieniem wyściskanych akcjonariuszy mniejszościowych ich uprawnień z akcji. Precyzyjne więc ustalenie zaistnienia tego momentu bezpośrednio przekłada się na określenie kręgu podmiotów mających wobec spółki prawa majątkowe, jak m.in. prawo do dywidendy, czy też prawa korporacyjne, czyli m.in. prawo głosu, prawo do informacji, czy też prawo do zaskarżania uchwał Walnego Zgromadzenia. Mimo jednak tak doniosłego znaczenia tego etapu nie tylko dla samego przymusowego wykupu, ale także dla funkcjonowania spółki, w dalszym ciągu istnieją w tym zakresie wątpliwości, które wydaje się, że nie zostały dostatecznie rozstrzygnięte w orzecznictwie i doktrynie.

## 2. Procedura przymusowego wykupu akcji

Zgodnie z art. 418 § 1 k.s.h. *Walne zgromadzenie może powziąć uchwałę o przymusowym wykupie akcji akcjonariuszy reprezentujących nie więcej niż 5% kapitału zakładowego (akcjonariusze mniejszościowi) 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 wymaga większości 95% głosów oddanych. Statut może przewidywać surowsze warunki powzięcia uchwały. Przepisy art. 416 § 2 i 3 stosuje się odpowiednio.* Przepis ten wskazuje więc, że do skutecznego zainicjowania procedury przymusowego wykupu niezbędne jest spełnienie się następujących przesłanek podmiotowych i przedmiotowych:

1) uchwała o przymusowym wykupie będzie podjęta przez Walne Zgromadzenie większością 95% głosów oddanych (przy czym w tym zakresie statut danej spółki może przewidywać surowsze warunki[5]);

2) uchwała o przymusowym wykupie będzie dotyczyła akcjonariuszy reprezentujących nie więcej niż 5% kapitału zakładowego;

3) akcje podlegające przymusowemu wykupowi będą przejmowane przez nie więcej niż pięciu akcjonariuszy, posiadających łącznie nie mniej niż 95% kapitału zakładowego oraz

4) każdy z akcjonariuszy nabywających akcje podlegające przymusowemu wykupowi będzie reprezentował nie mniej niż 5% kapitału zakładowego.

Do podjęcia przez Walne Zgromadzenie powyższej uchwały odpowiednio stosuje się przepisy dotyczące podejmowania uchwał o istotnej zmianie przedmiotu działalności spółki, co powoduje, że głosowanie w przedmiocie takiej uchwały powinno być jawne, imienne, a każdej akcji odpowiadać powinien jeden głos bez przywilejów lub ograniczeń zarówno wynikających z Kodeksu spółek handlowych, jak i wprowadzonych do statutu spółki na podstawie art. 411 § 3 i 4 k.s.h.

W konsekwencji, również akcjonariusze posiadający akcje nieme mogą głosować nad uchwałą o przymusowym wykupie[6], a także prawo głosu przysługuje niezależnie od pokrycia akcji (*vide* art. 411 § 2 k.s.h.). Z przedmiotowego odesłania wynika również obowiązek ogłoszenia takiej uchwały w Monitorze Sądowym i Gospodarczym na podstawie art. 5 § 3 k.s.h., co jest szczególnie istotne z punktu widzenia biegu terminów do wykonania kolejnych czynności w ramach procedury przymusowego wykupu. W ten sposób akcjonariusze mniejszościowi nieobecni na Walnym Zgromadzeniu mają możliwość powzięcia informacji o podjęciu uchwały, a co za tym idzie dopełnienia obowiązku złożenia w spółce dokumentów akcji lub dowodów ich złożenia do rozporządzenia (*vide* art. 418 § 2a k.s.h.) lub skorzystania z przysługującego im prawa do złożenia do wykupu akcji nieobjętych uchwałą (*vide* art. 418 § 2b k.s.h.).

Konieczną treść uchwały o przymusowym wykupie określa art. 418 § 2 k.s.h., stanowiąc, że powinna ona określać co najmniej *akcje podlegające wykupowi oraz akcjonariuszy, którzy zobowiązują się wykupić akcje, jak również określać akcje przypadające każdemu z nabywców.* Akcjonariusze wskazani w uchwale jako zobowiązani do wykupienia akcji, którzy głosowali za jej podjęciem, ponoszą odpowiedzialność solidarną wobec spółki za zapłatę całej ceny za akcje podlegające wykupowi. Podkreślić w tym miejscu należy, że zgodnie z poglądami wyrażanymi w orzecznictwie i doktrynie nie jest wymagane jakiekolwiek merytoryczne uzasadnienie takiej uchwały, pomimo odrębnej w tym zakresie wykładni Trybunału Konstytucyjnego przyjętej w uzasadnieniu do wspomnianego na wstępie wyroku z dnia 21 czerwca 2005 r., sygn. akt P 25/02[7].

Skuteczność przedmiotowej uchwały jest uzależniona od wykupienia akcji w niej niewskazanych, które zostaną przedstawione przez akcjonariuszy mniejszościowych do wykupu w ramach realizacji ich prawa określonego w art. 418 § 2b k.s.h. (ang. *reverse squeeze-out*).

Kolejnym etapem procedury przymusowego wykupu jest ustalenie ceny za wykupywane akcje. Zgodnie z art. 417 § 1 k.s.h. w zw. z art. 418 § 3 k.s.h. cena taka powinna zostać ustalona przez biegłego wybranego przez Walne Zgromadzenie, przy czym wskazuje się, że wybór taki może być dokonany zarówno w samej uchwale o przymusowym wykupie, jak i w odrębnej uchwale Walnego Zgromadzenia. Podkreślenia jednakże wymaga, że brak wyboru biegłego przez Walne Zgromadzenie, na którym doszło do podjęcia uchwały o przymusowym wykupie, skutkuje powstaniem po stronie zarządu spółki obowiązku w postaci zwrócenia się do sądu rejestrowego o wyznaczenie biegłego w terminie tygodnia od odbycia się tego Walnego Zgromadzenia. W konsekwencji, w okresie pomiędzy odbyciem Walnego Zgromadzenia, na którym podjęto uchwałę o przymusowym wykupie, a wyznaczeniem biegłego przez sąd rejestrowy, Walne Zgromadzenie jest uprawnione do dokonania wyboru biegłego. Uprawnienie to upada zaś w momencie wyznaczenia biegłego przez sąd rejestrowy przed takim wyborem, a Walne Zgromadzenie nie może zmienić takiego biegłego, czy też wybrać innego.

Powyższy sposób ustalenia ceny wykupu, powinien stanowić jedną z gwarancji proceduralnych uzyskania przez akcjonariuszy mniejszościowych ceny odpowiadającej rynkowej oraz rzeczywistej wartości akcji, a także uwzględniającej całokształt stosunków majątkowych spółki i stosunków majątkowych oraz pozycji w spółce danych akcjonariuszy mniejszościowych. W założeniu bowiem biegły wybrany przez Walne Zgromadzenie ma być niezależny od akcjonariuszy większościowych. Praktyka pokazuje jednak, że zabieg ten nie jest wystarczający, ponieważ w wielu przypadkach cena ustalona przez biegłego wybranego przez Walne Zgromadzenie znacząco odbiega od ceny ustalonej w wyniku weryfikacji dokonywanej przez sąd rejestrowy, co zaś prowadzi do pokrzywdzenia akcjonariuszy mniejszościowych[8].

Cena ustalona przez biegłego powinna zostać ogłoszona. Przyjmuje się w tym zakresie, że może to nastąpić albo na Walnym Zgromadzeniu[9], albo w Monitorze Sądowym i Gospodarczym lub też w innym miejscu, jeżeli statut tak stanowi (*vide* art. 5 § 3 k.s.h. w zw. z art. 417 § 2 k.s.h.). Zgodnie z art. 417 § 2 k.s.h. w zw. z art. 418 § 3 k.s.h., od daty ogłoszenia liczy się trzytygodniowy termin, w którym akcjonariusze zamierzający wykupić akcje powinni wpłacić cenę wykupu.

Na zasadzie odpowiedniego stosowania art. 312 § 5 k.s.h., biegły po sporządzeniu opinii w zakresie ceny akcji podlegających przymusowemu wykupowi powinien złożyć ją w sądzie rejestrowym, przez co, zgodnie z art. 10 u.k.r.s.[10], akcjonariusze mniejszościowi mają zapewnioną możliwość do zapoznania się z jej treścią oraz do jej zakwestionowania w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości. Zgodnie bowiem z poglądami wyrażanymi zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie do przymusowego wykupu akcji zastosowanie ma tryb przewidziany dla podważania wyceny biegłego rewidenta dotyczącej aportów wnoszonych na pokrycie akcji. Akcjonariusze mniejszościowi[11] są więc uprawnieni do wniesienia do sądu rejestrowego, w którym złożona została opinia biegłego, wniosku o podwyższenie ceny ustalonej przez biegłego[12]. Sąd rejestrowy może wyznaczyć nowego biegłego, w przypadku w którym uzna, że kwestionowana opinia została sporządzona w sposób nierzetelny, czy też biegły przyjął niewłaściwe metody wyceny. W wyniku złożonego wniosku oraz przeprowadzonego postępowania sąd rejestrowy wydaje postanowienie, w którym ustala inną cenę wykupu lub wskazuje, że brak jest do tego podstaw. Na to rozstrzygnięcie sądu rejestrowego w tym zakresie nie przysługuje akcjonariuszom mniejszościowym środek odwoławczy. Przyjmuje się, że opisany tryb stanowi kolejną gwarancję ustalenia prawidłowej ceny wykupu, a także jeden ze sposobów sądowej kontroli prawidłowości przymusowego wykupu akcji i zarazem ochrony praw akcjonariusza mniejszościowego w procedurze przymusowego wykupu.

W tym miejscu należy podkreślić, że zmieniona przez sąd rejestrowy cena wykupu akcji powinna zostać ogłoszona przez spółkę na zasadach analogicznych do ogłoszenia ceny wykupu ustalonej przez biegłego w jego opinii. Od tego bowiem momentu będzie biegł termin na dokonanie przez akcjonariuszy większościowych zapłaty różnicy pomiędzy ceną pierwotną, a ceną zmienioną.

Ostatnim etapem przedmiotowej procedury jest uiszczenie „całej sumy wykupu", który zgodnie z art. 418 § 3 k.s.h. prowadzi do pozbawienia wyciskanych akcjonariuszy ich upraw-

nień z akcji, a także rodzi zobowiązanie zarządu do niezwłocznego przeniesienia wykupywanych akcji na nabywających je akcjonariuszy większościowych.

## 3. Uiszczenie ceny wykupu

Zgodnie z art. 418 § 2 k.s.h. oraz art. 417 § 3 k.s.h. w zw. z art. 418 § 3 k.s.h. akcjonariusze większościowi mają obowiązek dokonania wykupu akcji za cenę ustaloną przez biegłego w jego opinii, lub za cenę ustaloną przez sąd rejestrowy w postanowieniu wydanym w wyniku postępowania zainicjowanego na wniosek akcjonariuszy mniejszościowych. Na podstawie zaś art. 417 § 3 k.s.h. w zw. z art. 418 § 3 k.s.h. obowiązek ten powinien zostać wykonany w terminie trzech tygodni od dnia ogłoszenia powyższej ceny przez spółkę. Charakter tego terminu był (i jak się wydaje ciągle jest) przedmiotem dyskusji, która przybrała na sile po wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 lutego 2008 r., sygn. akt II CSK 441/07. W prawie cywilnym wyróżnia się bowiem terminy zawite (prekluzyjne), których bezskuteczny upływ powoduje wygaśnięcie możliwości dokonania danej czynności lub prawa, a także tzw. terminy przedawnienia, których bezskuteczny upływ skutkuje jedynie niemożnością dochodzenia danego prawa lub roszczenia.

W powyższym wyroku Sąd Najwyższy stwierdził, że uiszczenie ceny wykupu przez akcjonariuszy większościowych stanowi warunek *sine qua non* procedury przymusowego wykupu, a nieuiszczenie tej ceny, chociażby w części, powoduje jej upadek. Wskazał przy tym, że bez znaczenia dla tego skutku jest to, kto i w jakim zakresie ponosi odpowiedzialność za nie dojście do skutku przymusowego wykupu, a także, w jaki sposób może zostać pociągnięty do tej odpowiedzialności. Tym samym, Sąd Najwyższy przychylił się do koncepcji zawitego charakteru przedmiotowego terminu.

W zakresie terminów w procedurze przymusowego wykupu wypowiedział się A. Szumański, który z uwagi na ochronę interesów akcjonariuszy mniejszościowych wskazał, iż w przypadku, gdy upływ danego terminu spowodowałby naruszenie interesu tych akcjonariuszy, to wówczas jest on prekluzyjny. Z drugiej strony, jeżeli naruszenie danego terminu wpływa jedynie na sytuację akcjonariuszy większościowych, to taki termin jest instrukcyjny. Nie wyjaśnił on jednak, na czym miałaby polegać ochrona akcjonariuszy mniejszościowych, która uzasadniałaby zawity charakter terminu do uiszczenia ceny wykupu.

Do kwestii tej odniósł się również M. Przybysz, który częściowo aprobując pogląd Sądu Najwyższego, stwierdził, że w istocie brak uiszczenia ceny pierwotnie ustalonej przez biegłego powoduje nieskuteczność uchwały o przymusowym wykupie i upadek całej procedury. Zaproponował jednak odróżnienie postrzegania powyższego terminu, od terminu do uiszczenia różnicy pomiędzy ceną wykupu ustaloną przez biegłego, a ceną oznaczoną przez sąd rejestrowy w ramach sądowej kontroli. W tym drugim przypadku, jego zdaniem, nie można mówić o prekluzji, bowiem oznaczałoby to, że akcjonariusze większościowi nigdy nie mają obowiązku zapłaty ceny wykupu, tak więc skuteczność całej procedury jest w ich dyskrecjonalnym uznaniu. To zaś skutkowałoby tym, że art. 418 § 2 k.s.h. w zakresie, w którym przewiduje solidarną odpowiedzialność akcjonariuszy większościowych, byłby przepisem pustym, gdyż odpowiedzialność ta nie mogłaby się zmaterializować. Ponadto pomiędzy uiszczeniem pierwotnej ceny wykupu, a różnicy wynikającej z postanowienia sądu rejestrowego, akcjonariusze mniejszościowi są pozbawieni swoich praw i nie mają wpływu na funkcjonowanie spółki, przez co bez ich udziału mogą zostać wprowadzone zmiany dla nich niekorzystne. Z tych względów M. Przybysz uznał, że w przypadku w którym przekroczony zostaje termin do uiszczenia różnicy, to akcjonariusz mniejszościowy, którego akcje podlegały wykupowi, ma roszczenie do spółki o jej zapłatę, a spółka ma analogiczne roszczenie do akcjonariuszy większościowych. Nie są więc w jego przekonaniu terminy tożsame, pomimo że wynikają z tego samego przepisu.

Nie sposób jednak zgodzić się z poglądami wyrażonymi zarówno przez wyżej wymienionych przedstawicieli doktryny, jak i Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 lutego 2008 r., sygn. akt II CSK 441/07. Centralnym bowiem momentem realizującym wolę akcjonariuszy większościowych przeprowadzenia przymusowego wykupu jest głosowanie za uchwałą Walnego Zgromadzenia w tym przedmiocie. Od momentu podjęcia takiej uchwały akcjonariusze powinni być związani jej treścią, a przyznawanie im dodatkowego uprawnienia do przerwania całej procedury, czy też kreowanie kolejnej przesłanki skuteczności tej uchwały nie daje się pogodzić z wykładnią przepisów Kodeksu spółek handlowych.

Podkreślenia przy tym wymaga, że argument przedstawiony przez M. Przybysza odnoszący się do odpowiedzialności solidarnej jest słuszny, z tym że ma on zastosowanie także do uiszczenia pierwotnej ceny wykupu. Ustawodawca wprost bowiem postanowił, że *akcjonariusze, którzy mają nabyć akcje i głosowali za uchwałą, odpowiadają solidarnie wobec spółki za spłacenie całej sumy wykupu*. Przepis ten posługuje się czasem niedokonanym w postaci sformułowania „którzy mają nabyć akcje", co zaś wprost wskazuje, że odpowiedzialność ta ma powstawać w określonych przypadkach przed nabyciem akcji. Wydaje się, więc że M. Przybysz nieprawidłowo wskazuje, że odpowiedzialność solidarna może się zmaterializować jedynie po dokonanym już nabyciu akcji[13].

Poza tym, należy zauważyć, że art. 418 § 2 k.s.h. wprost przewiduje przesłankę do skuteczności uchwały o przymusowym wykupie, którą jest wykup akcji tą uchwałą nieobjętych, a które zostały przedstawione przez akcjonariuszy mniejszościowych do wykupu w *reverse squeeze-out'u*. W konsekwencji, gdyby zamiarem ustawodawcy było uzależnienie skuteczności takiej uchwały od kolejnej przesłanki, czyli uiszczenia ceny wykupu akcji, to zostałoby to przez niego bezpośrednio uregulowane.

Ponadto słusznie wskazuje się, że interpretacja zakładająca zawity charakter przedmiotowego terminu jest nieprawidłowa także ze względów funkcjonalno-celowościowych, bowiem jej przyjęcie prowadziłaby w istocie do dalszego wzmocnienia pozycji akcjonariuszy większościowych względem akcjonariuszy mniejszościowych poprzez uzależnienie przeprowadzenia

przymusowego wykupu od uzyskania jedynie korzystnej ceny ustalonej przez biegłego.

Podsumowując tę część rozważań, w moim przekonaniu, zarówno termin do uiszczenia ceny wykupu, jak i uiszczenia różnicy wynikającej z postanowienia sądu, nie ma charakteru zawitego, a jego upływ powoduje powstanie odpowiednich roszczeń z jednej strony akcjonariuszy mniejszościowych wobec spółki, a z drugiej spółki wobec akcjonariuszy większościowych odpowiadających solidarnie[14].

Konsekwencją „uiszczenia całej sumy wykupu", o którym mowa w art. 418 § 3 k.s.h., jest pozbawienie praw udziałowych akcjonariuszy mniejszościowych, których akcje podlegają przymusowemu wykupowi. W tym aspekcie istotne jest wyjaśnienie dwóch kwestii:

1) czy uiszczenie całej sumy wykupu następuje w chwili zapłaty tej kwoty spółce przez akcjonariuszy większościowych, czy też w chwili jej zapłaty przez spółkę akcjonariuszom mniejszościowym oraz

2) czy uiszczenie całej sumy wykupu oznacza zapłatę kwoty wynikającej z wyceny sporządzonej przez biegłego, czy też obejmuje zapłatę różnicy wynikającej z postanowienia sądu rejestrowego wydanego w ramach kontroli sądowej.

W przypadku pierwszego problemu, wydaje się, że słuszne są poglądy wyrażane w doktrynie, zgodnie z którymi przez „uiszczenie całej sumy wykupu" należy rozumieć zapłatę tej ceny przez akcjonariuszy większościowych na rachunek spółki. Zgadzam się w tym zakresie z A. Nowackim, który podniósł, że odmienna interpretacja prowadziłaby do powstania skutków niedających się pogodzić z zasadą bezpieczeństwa i pewności obrotu w postaci uzależnienia możliwości przeniesienia wykupywanych akcji na nabywców od zapłaty ceny każdemu z wykupywanych akcjonariuszy mniejszościowych. To zaś, powodowałoby, że akcjonariusz mniejszościowy, który już uzyskał swoją część ceny, pozostawałby uprawniony z akcji do momentu, w którym pozostali akcjonariusze również uzyskaliby swoją część. W przypadku zaś akcji na okaziciela mogą powstać trudności z określeniem kręgu odbiorców takiego świadczenia i jedyną możliwością na skuteczne ukończenie procedury przymusowego wykupu byłaby wpłata części ceny wykupu do depozytu sądowego[15]. Co do pojęcia „całej sumy wykupu" oraz utraty statusu akcjonariusza wypowiedział się Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 14 września 2016 r., sygn. akt III CZP 39/16. Podstawą do wydania tego orzeczenia był skomplikowany stan faktyczny, w którym równocześnie toczyły się procedury przymusowego wykupu oraz przymusowego odkupu akcji.

We wspomnianej uchwale Sąd Najwyższy wskazał, że w orzecznictwie i doktrynie prezentowane są dwa stanowiska co do powyższej kwestii. Zgodnie z pierwszym utrata praw udziałowych następuje dopiero z chwilą zapłaty całkowitej ceny wykupu, która wynika z odpowiedniego postanowienia sądu rejestrowego wydanego na skutek sądowej kontroli ceny ustalonej przez biegłego. Drugie stanowisko, które zostało zaaprobowane prze Sąd Najwyższy, zakłada, że utrata praw udziałowych następuje z chwilą uiszczenia przez akcjonariuszy większościowych ceny wykupu ustalonej pierwotnie przez biegłego, bez względu na jej późniejszą zmianę dokonaną przez sąd rejestrowy.

Uzasadnieniem dla takiego poglądu jest uznanie przez Sąd Najwyższy szybkiego „usunięcia" akcjonariuszy mniejszościowych ze spółki za główną funkcję procedury przymusowego wykupu, która najpełniej realizuje się właśnie w momencie, gdy prawa z akcji przechodzą na akcjonariuszy większościowych już w momencie uiszczenia przez nich ceny ustalonej w opinii biegłego. Wykładnia art. 418 k.s.h. nie powinna więc prowadzić do opóźnienia tego skutku. Ponadto Sąd Najwyższy stwierdził, że taka interpretacja jest wymagana przez wzgląd na bezpieczeństwo obrotu i pewność tego kto jest akcjonariuszem spółki i w związku z tym może wykonywać prawo z akcji. Postępowanie sądowe zainicjowane przez akcjonariusza mniejszościowego może bowiem trwać długo. Poza tym, sąd rejestrowy nie dokonuje ustalenia ceny wykupu, a jedynie weryfikuje jej wysokość.

Powyższe orzeczenie spotkało się z krytyką A. Stokłosy, która podniosła, że niesłuszne jest oparcie się Sądu Najwyższego na zasadzie szybkości przeprowadzenia procedury, ponieważ ochrona interesów akcjonariuszy mniejszościowych powinna mieć przeważające znaczenie. Jej zdaniem, przedmiotowe orzeczenie jest wyrazem nieuzasadnionego uprzywilejowania większości kapitałowej, a zawarte w nim rozstrzygnięcie dotyczy ograniczonych przypadków, w których akcjonariusze mniejszościowi nie kwestionują ceny wykupu.

W moim przekonaniu należy jednak ocenić pozytywnie stanowisko przyjęte przez Sąd Najwyższy w zakresie momentu utraty statusu akcjonariusza. Wydaje się, że jedynie takie rozwiązanie jest w stanie zapewnić pewność i bezpieczeństwo obrotu. Akcjonariusze mniejszościowi, których akcje są przedmiotem przymusowego wykupu, i tak mają w praktyce ograniczoną możliwość wykonywania swoich praw, gdyż zgodnie z art. 418 § 2 k.s.h. powinni w terminie miesiąca od dnia ogłoszenia uchwały o przymusowym wykupie, złożyć w spółce dokumenty akcji lub dowody ich złożenia do rozporządzenia spółki. Taki stan powinien się utrzymywać jak najkrócej. Poza tym, nie powinna być pominięta kwestia przedmiotu postępowania sądowego, które może zostać zainicjowane przez akcjonariuszy mniejszościowych w trybie odpowiednio stosowanego art. 312 § 8 k.s.h. Spór nie obejmuje bowiem zasadności przymusowego wykupu akcji, a jedynie kwestię niewłaściwej ceny ustalonej przez biegłego. Dlatego też podzielam pogląd przedstawiony przez Sąd Najwyższy w zakresie utraty statusu akcjonariusza w momencie uiszczenia całej sumy wykupu pierwotnie ustalonej przez biegłego, przy czym wydaje się, że *de lege ferenda* kwestia ta wymaga interwencji ustawodawcy.

## 4. Podsumowanie

W niniejszym artykule poruszona została problematyka uiszczenia ceny wykupu akcji, który to etap ma doniosłe znaczenie dla całej procedury przymusowego wykupu akcji. Wydaje się, że terminy do uiszczenia pierwotnie ustalonej ceny wykupu oraz różnicy wynikającej z postanowienia sądu rejestrowego nie mają charakteru zawitego, a ich bezskuteczny upływ nie ma wpływu na procedurę przymusowego wykupu. Akcjonariusze większościowi realizują przyznanie im w Ko-

deksie spółek handlowych „prawo większości", w głównej mierze poprzez głosowanie za podjęciem odpowiedniej uchwały przez Walne Zgromadzenie. Nie ma podstaw zarówno w przepisach, jak i ich wykładni, do przyznawania im dodatkowego uprawnienia w postaci możliwości decydowania o upadku całej procedury, w przypadku, w którym cena ustalona przez biegłego czy wskazana przez sąd rejestrowy nie będzie dostatecznie korzystna. Takie rozwiązanie zakłada ochronę akcjonariuszy mniejszościowych, którym po upływie tych terminów przysługuje roszczenie wobec spółki o zapłatę. W zakresie zaś utraty statusu akcjonariusza, autor niniejszego artykułu aprobuje stanowisko przedstawione przez Sąd Najwyższy, mając na uwadze głównie kwestie pewności obrotu oraz możliwości jednoznacznego określenia kręgu podmiotów uprawnionych z akcji.

Na koniec, wydaje się, że liczne problemy związane z przeprowadzeniem procedury przymusowego wykupu akcji, które zostały dostrzeżone zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie, dostatecznie uzasadniają przekonanie, iż niezbędna jest interwencja ustawodawcy wprost przesądzająca ich rozwiązanie. Przyjęty obecnie kształt regulacji tej instytucji zakładający serię odesłań przyczynia się jedynie do powstawania kolejnych wątpliwości oraz trudności z zastosowaniem tych przepisów w praktyce.

---

[1] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. 1997 nr 78, poz. 483 ze zmianami).

[2] Szerzej w zakresie niekonstytucyjności przymusowego wykupu oraz stanowisk przedstawicieli doktryny zob.: Pabis, R. (2016). Komentarz do art. 418 k.s.h. W: A. Opalski (red.). *Kodeks spółek handlowych.* (Tom IIIB). *Spółka akcyjna. Komentarz. Art. 393–490*. Warszawa: C.H. Beck.

[3] Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (tj. z dnia 20 lipca 2017 r.: Dz. U. z 2017 r. poz. 1577).

[4] Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (tj. z dnia 20 lipca 2017 r.: Dz. U. z 2017 r. poz. 1577).

[5] Krytycznie o takiej możliwości wypowiedział się M. Rodzynkiewicz wskazując, że wpisanie do statutu konieczności podjęcia uchwały o przymusowych wykupie większością wyższą niż 95% oddanych głosów, prowadzi w praktyce do obniżenia progu części kapitału, która może być przedmiotem przymusowego wykupu. Zob.: Rodzynkiewicz, M. (2018). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska. Rozwiązanie takie aprobuje zaś R. Pabis. Zob.: Pabis, R. (2016). Komentarz do art. 418 k.s.h. W: A. Opalski (red.). *Kodeks spółek handlowych.* (Tom IIIB). *Spółka akcyjna. Komentarz. Art. 393–490*. Warszawa: C.H. Beck.

[6] Negatywnie o głosowaniu z akcji niemych nad uchwałą o przymusowym wykupie wypowiedział się A. Nowacki. Zob.: Nowacki, A. (2016). Procedura przymusowego wykupu w spółce niepublicznej. *Przegląd Prawa Handlowego*, (8), 8–19.

[7] Szerzej o tym zagadnieniu zob.: Byczko, Sz. (2015), Przymusowy wykup akcji akcjonariuszy mniejszościowych — uwagi w 10 lat po wyroku w sprawie P 25/02. *Przegląd Prawa Handlowego*, (9), 32–36. Krytycznie zaś o uzasadnieniu Trybunału Konstytucyjnego i próbie wprowadzenia pozanormatywnej przesłanki przymusowego wykupu zob. m.in.: Rodzynkiewicz, M. (2018). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

[8] Szerzej o tym zagadnieniu, a także o metodach wyceny przyjmowanych przez biegłego zob.: Nowacki, A. (2016). Cena przymusowego wykupu akcji w spółce niepublicznej. *Monitor Prawa Handlowego*, (2), 7–16.

[9] Co do ogłoszenia ceny akcji na Walnym Zgromadzeniu prezentowane są dwa odmienne poglądy. Zgodnie z jednym z nich, który przedstawił A. Nowacki, możliwe jest ogłoszenie ceny wykupu na tym samym Walnym Zgromadzeniu, które podjęło uchwałę o przymusowym wykupie, bowiem może zostać ogłoszona przerwa w obradach. Odmiennie wskazuje W. Popiołek, którego zdaniem taka interpretacja stoi to w sprzeczności z literalnym brzmieniem art. 417 § 1 k.s.h. zakładającym określoną kolejność czynności.

[10] Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (tj. z dnia 13 kwietnia 2018 r.: Dz. U. z 2018 r. poz. 986).

[11] W doktrynie wskazuje się, że wniosek ten może zostać złożony również przez zarząd spółki, a nawet przez akcjonariuszy większościowych zob.: Wierzbicki, P. (2005). Sposoby sądowej ochrony mniejszościowych akcjonariuszy w procedurze przymusowego wykupu akcji. *Przegląd Prawa Handlowego*, (9), 11–16.

[12] Szerzej o postępowaniu wywołanym wniesieniem wniosku zob.: Popiołek, W. (2015). Komentarz do art. 418 k.s.h. W: J. Strzępka (red.). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck; Wierzbicki, P. (2005). Sposoby sądowej ochrony mniejszościowych akcjonariuszy w procedurze przymusowego wykupu akcji. *Przegląd Prawa Handlowego*, (9), 11–16.

[13] W tym zakresie podobną argumentację przedstawił Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 14 września 2016 r., sygn. akt 39/16, wskazując, że nie należy dokonywać wykładni w taki sposób, który w całości lub w części pozbawiałby dane przepisy ich znaczenia normatywnego.

[14] Tym samym podzielam poglądy wyrażone przez A. Nowackiego, zob. Nowacki, A. (2016). Cena przymusowego wykupu akcji w spółce niepublicznej. *Monitor Prawa Handlowego*, (2), 7–16.

[15] Przeciwny pogląd został wyrażony przez M. Rodzynkiewicza, który stwierdził, że dopóki dany akcjonariusz nie zostanie w pełni spłacony, dopóty zachowuje on prawa udziałowe, zob. Rodzynkiewicz, M. (2018). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

## Bibliografia


Byczko, Sz. (2015). Przymusowy wykup akcji akcjonariuszy mniejszościowych — uwagi w 10 lat po wyroku w sprawie P 25/02. *Przegląd Prawa Handlowego*, (9), 32–36.

Kidyba, A. (2018). *Komentarz aktualizowany do art. 301–633 Kodeksu spółek handlowych*. System Informacji Prawnej LEX.

Krysik, A. (2017). Komentarz do art. 418 k.s.h. W: Z. Jara (red.). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Nowacki, A. (2016). Cena przymusowego wykupu akcji w spółce niepublicznej. *Monitor Prawa Handlowego*, (2), 7–16.

Nowacki, A. (2016). Procedura przymusowego wykupu w spółce niepublicznej. *Przegląd Prawa Handlowego*, (8), 8–19;

Pabis, R. (2016). Komentarz do art. 418 k.s.h. W: A. Opalski (red.). *Kodeks spółek handlowych* (Tom IIIB). *Spółka akcyjna. Komentarz. Art. 393–490*. Warszawa: C.H. Beck.

Popiołek, W. (2015). Komentarz do art. 418 k.s.h. W: J. Strzępka (red.). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Przybysz, M. (2013). Glosa do wyroku SN z dnia 20 lutego 2008 r., II CSK 441/07. *Państwo i Prawo,* (7), 125–130.

Rodzynkiewicz, M. (2018). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Sołtysiński, S., Moskwa P. (2016). Rozdział XI. Istota spółki akcyjnej. W: S. Sołtysiński (red.). *System Prawa Prywatnego* (Tom 17B). Warszawa: C.H. Beck.

Sporek, F., Stępień-Sporek, A. (2009). *Przedawnienie i terminy zawite*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis.

Stokłosa, A. (2018). Glosa do uchwały SN z dnia 14 września 2016 r., III CZP 39/16. *Glosa*, (2/2018), 67–73.

Strzępka, J. (red.). (2015). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Szumański, A. (2008). W: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański. *Kodeks spółek handlowych. Komentarz.* (Tom III). Warszawa: C.H. Beck.

Wierzbicki, P. (2005). Sposoby sądowej ochrony mniejszościowych akcjonariuszy w procedurze przymusowego wykupu akcji. *Przegląd Prawa Handlowego*, (9), 11–16.

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.13

# Cyberbezpieczeństwo i ochrona danych osobowych w świetle regulacji europejskich i krajowych

## Cybersecurity and personal data protection in the light of European and domestic regulations

*mgr Władysław Hydzik*

E-mail: w.hydzik@wpia.uw.edu.pl

**Streszczenie**

Artykuł porusza problematykę regulacji prawnej obszaru cyberbezpieczeństwa i ochrony danych osobowych. Omówiono kluczowe założenia Dyrektywy NIS i Ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, zwracając uwagę na zdublowanie się wymogów regulacyjnych, np. w zakresie obowiązku zgłaszania incydentów. Na ustawodawcę krajowego nałożono szereg obowiązków w zakresie nadzorowania stosowania przez podmioty nowych przepisów. Liczne głosy krytyczne wskazują na potencjalne trudności w wdrożeniu szeregu wymogów, a ich skuteczne wdrożenie niekoniecznie przełoży się na poprawę cyberbezpieczeństwa krajowego, w tym bezpieczeństwa danych osobowych.

**Słowa kluczowe:** ochrona danych osobowych, cyberbezpieczeństwo, NIS, RODO, ryzyko.

**Summary**

The article addresses the issues of legal regulation of the cybersecurity area and the protection of personal data. The key assumptions of the NIS Directive and the Act on the National Cyber Security System were discussed, paying attention to the doubling of regulatory requirements, e.g. regarding the obligation to report incidents. A number of obligations were imposed on the National Legislator to supervise the application of new provisions by entities. Numerous critical voices indicate potential difficulties in implementing a number of requirements, and their effective implementation will not necessarily translate into improvement of national cyber security, including the security of personal data.

**Key words:** personal data protection, cybersecurity, NIS, GDPR, risk.

### 1. Wprowadzenie

Wzrasta liczba europejskich i krajowych regulacji prawnych, które tworzą liczne wymogi dotyczące cyberbezpieczeństwa i ochrony danych dla instytucji publicznych i podmiotów gospodarczych i uzupełniają regulacje sektorowe, np. Ustawę o usługach płatniczych[1]. Poszczególne branże także ustanawiają zbiory dobrych praktyk w zakresie cyberbezpieczeństwa. Złożoność środowiska regulacyjnego jest dodatkowo komplikowana przez niedostosowanie przepisów do zmieniających się zagrożeń, niejednoznaczność lub niewystarczające wsparcie regulacji przez międzynarodowe standardy, społeczności lub niespójne z innymi przepisami prawnymi, tworząc w ten sposób ogromne zapotrzebowanie na specjalistyczną interpretację prawną ich wdrożenia.

W odpowiedzi na rosnące zagrożenia cyberprzestępczością, Unia Europejska zintensyfikowała działania związane z ochroną Europejczyków korzystających z usług „online". Na wzór swobód traktatowych w 2015 roku powstała Strategia Jednolitego Rynku Cyfrowego (ang. *Digital Single Market Strategy*), której podstawowe cele obejmują[2]:

– lepszy dostęp europejskich konsumentów i przedsiębiorców do „dóbr cyfrowych";

– utworzenie odpowiednich warunków i równych szans dla rozwoju sieci cyfrowych oraz innowacyjnych usług;

– maksymalizacja potencjału wzrostu ekonomii cyfrowej.

Szczególnie drugi i trzeci cel był podstawą sformułowania głównych wyzwań dla wdrożenia Strategii Jednolitego Rynku Cyfrowego. Podstawą cyberbezpieczeństwa Strategii jest wdrożenie pakietu aktów prawnych, z których dwa najistotniejsze to Dyrektywa NIS[3] oraz Rozporządzenie RODO[4].

## 2. Założenia systemu cyberbezpieczeństwa oraz ochrony prywatności wynikające z Dyrektywy NIS i Rozporządzenia ODO

Przepisy krajowe wdrażające Dyrektywę NIS to przede wszystkim Ustawa o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa[5] wraz rozporządzeniami wykonawczymi.

Obowiązki wynikające z Rozporządzenia ODO już są lub powinny być wdrażane przez krajowe instytucje i przedsiębiorstwa, a zmiany w Ustawie o ochronie danych osobowych[6] dotyczą głównie zasad funkcjonowania nowego organu nadzorczego — Urząd Ochrony Danych Osobowych. O Rozporządzeniu ODO mówi się intensywnie w ostatnim czasie, głównie w kontekście kar administracyjnych sięgających nawet 20 milionów EURO lub 4% światowego obrotu przedsiębiorstwa za naruszenie postanowień Rozporządzenia ODO. Brak faktycznej transpozycji wytycznych Grupy roboczej Art. 29[7] dotyczących wdrożenia Rozporządzenia ODO, powoduje, że odpowiedź na pytanie jak wdrożyć przedmiotowe przepisy, wciąż rodzi niepewność. Na stronie[8] GIODO opublikowano wprawdzie wytyczne w języku angielskim zaznaczając, że ich wersje angielskie są wersjami wiążącymi, jednocześnie zachęcając do zgłaszania uwag do treści opublikowanych dokumentów. Ze względu na brak umocowania dla wytycznych w polskim prawodawstwie oraz znowelizowanej ustawy o ochronie danych osobowych rodzi się wątpliwość o faktycznie związanie przedsiębiorców i instytucji takim komunikatem po powołaniu nowego organu regulacyjnego i podejścia nowego organu do orzeczeń i stanowisk zajmowanych przez GIODO w okresie sprzed wejścia w życie Rozporządzenia ODO.

Do najogólniej pojętego celu Dyrektywy NIS należy (...) *zwiększenie bezpieczeństwa Internetu oraz prywatnych sieci i systemów informatycznych stanowiących podstawę funkcjonowania naszych społeczeństw i gospodarek* (...)[9]. Powyżej postawiony cel nie obliguje organów, instytucji i przedsiębiorców państw członkowskich do zapewnienia całkowitej odporności systemów, urządzeń tworzących sieć Internet, czy sieci prywatne, a jedynie zwiększenie poziomu ich bezpieczeństwa.

Transpozycja Dyrektywy NIS do prawa krajowego opiera się na kilku filarach:

1) Identyfikacja operatorów usług kluczowych i dostawców usług kluczowych. Proces ustalenia podmiotów jest dwuetapowy, etap pierwszy wynika z załącznika do Ustawy, który opiera się na załączniku do Dyrektywy NIS, a który zawiera rodzaje podmiotów w podziale na sektory. Drugi etap to wpis konkretnego podmiotu na listę operatorów kluczowych poradzoną przez Ministra Cyfryzacji. Dodatkowo Dyrektywą NIS i Ustawą będą objęte podmioty świadczące usługi wymienione w załączniku 3 do Dyrektywy NIS.

2) Obowiązek przeprowadzenia analizy ryzyka przed podmioty objęte Dyrektywą NIS. Szerzej podejście oparte na ryzyku opisano w dalszej części artykułu.

3) Zaprojektowanie, wdrożenie i utrzymywanie przez podmioty objęte Dyrektywą NIS systemów teleinformatycznych, zapewniających bezpieczeństwo świadczonych przez nich kluczowych usług oraz ciągłości świadczenia tych usług.

4) Zapewnienie bezpieczeństwa dla usług przetwarzanych w chmurze.

5) Obowiązek przekazywania przez podmioty objęte Dyrektywą NIS informacji o podatnościach na incydenty, incydentach i zagrożeniach cyberbezpieczeństwa oraz o poziomie ryzyka wystąpienia incydentów gromadzone przez podmioty krajowego systemu cyberbezpieczeństwa.

6) Skatalogowanie i certyfikowanie podmiotów świadczących usługi z zakresu cyberbezpieczeństwa zdefiniowanego w projekcie Ustawy.

## 3. Pojęcie cyberbezpieczeństwa i ryzyka

Warto porównać ewolucję pojęcia cyberbezpieczeństwa, jaka miała miejsce na etapie konstruowania Dyrektywy NIS:

We wniosku Komisji Europejskiej z dnia 7 lutego 2013 roku cyberbezpieczeństwo zostało zdefiniowane jako (...) *odporność sieci i systemów informatycznych, przy danym poziomie zaufania, na zdarzenia przypadkowe lub działania złośliwe naruszające dostępność, autentyczność, integralność i poufność przechowywanych lub przekazywanych danych lub związanych z nimi usług oferowanych lub dostępnych poprzez te sieci i systemy* (...).

W tekście przyjętym przez Parlament Europejski definicja cyberbezpieczeństwa jest sformułowana jako (…) *odporność sieci i systemów informatycznych, przy danym poziomie zaufania, na wszelkie działania naruszające dostępność, autentyczność, integralność lub poufność, przechowywanych lub przekazywanych, lub przetwarzanych danych lub związanych z nimi usług oferowanych lub dostępnych poprzez te sieci i systemy informatyczne* (...). Powyższa definicja została przeniesiona bez zmian do ustawy.

Zmiany, które zaszły w definicji cyberbezpieczeństwa polegały na zastąpieniu katalogu zdarzeń przypadkowych i złośliwych, pojęciem wszelkich działań, na które odporne mają być sieci i systemy informatyczne. W ostatecznym tekście Dyrektywy NIS nie znalazło się także pojęcie zagrożenia, czyli zdarzenia, które potencjalnie może mieć wpływ na bezpieczeństwo. Unijny ustawodawca zawarł zagrożenie w definicji ryzyka, które określił jako każdą dającą się racjonalnie określić okoliczność lub zdarzenie, które ma potencjalny niekorzystny wpływ na bezpieczeństwo sieci i systemów informatycznych. Ustawodawca krajowy z kolei zaproponował w ustawie następującą definicję ryzyka — wielkość charakteryzująca prawdopodobieństwo oraz skutek wystąpienia potencjalnego negatywnego zdarzenia w systemie informacyjnym lub mającego wpływ na system informacyjny, w szczególności służący do świadczenia usług kluczowych lub usług cyfrowych. O ile zmiany w Dyrektywie NIS można określić, jako pewne dopuszczalne uproszczenie postrzegania bezpieczeństwa, to już modyfikacje na poziomie ustawy wprowadzają istotną nieścisłość. Różnica polega na tym, że Dyrektywa NIS z jed-

nej strony wyraża oczekiwanie reagowania na wszelkie działania naruszające bezpieczeństwo, niemniej poprzez definicję ryzyka doprecyzowuje, że chodzi o zdarzenia „dające się racjonalnie określić". W przypadku projektu ustawy w definicji ryzyka ustawodawca odwołuje się jedynie do tzw. zdarzeń kwantyfikowalnych, czyli takich, które można określić za pomocą parametru prawdopodobieństwa i skutku. Definicja nie uwzględnia zdarzeń niekwantyfikowalnych, czyli np. ryzyka prawnego, czy ryzyka utraty zaufania. Powyższe zawężenie może prowadzić do nieosiągnięcia celu Dyrektywy NIS, jakim jest podniesienie poziomu zaufania społeczeństwa do usług świadczonych w cyberprzestrzeni. Dyrektywa w swoich założeniach w zakresie zarządzania ryzykiem odwołuje się do obowiązku łagodzenia wpływu incydentów, a utrata reputacji, czy naruszenia prawa, niewątpliwie do skutków incydentów należą.

## 4. Rola zespołów reagujących na zagrożenia i incydenty

Doskonalenie procesu zarządzania ryzykiem bezpieczeństwa systemów informatycznych będzie zależeć od skuteczności systemu wymiany informacji o zagrożeniach, którego kluczowym elementem określonym w Dyrektywie NIS oraz ustawie jest obowiązek zgłaszania incydentów bezpieczeństwa przez podmioty objęte Ustawą. Zgodnie z wytycznymi Dyrektywy NIS każdy kraj członkowski jest zobowiązany powołać krajowy zespół reagujący na zagrożenia i incydenty bezpieczeństwa w cyberprzestrzeni, tzw. CSIRT (ang. *Computer Security Incident Response Team*).

Projekt ustawy przewiduje powołanie trzech CSIRT sektorowych na poziomie krajowym:

– istniejący CSIRT NASK prowadzony przez Naukową Akademicką Sieć Komputerową,

– CSIRT MON prowadzony przez Ministerstwo Obrony Narodowej oraz

– CSIRT GOV prowadzony przez Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego.

Najogólniej pojętą rolą CISRT sektorowych będzie *(…) współpraca ze sobą, aby zapewnić spójny i kompletny system zarządzania ryzykiem w zakresie cyberbezpieczeństwa państwa oraz obsługę zgłoszonych incydentów, w tym zwłaszcza incydentów poważnych i krytycznych, najpoważniejszych z punktu widzenia państwa*. Nie brak głosów krytycznych, wskazujących na niezasadność tworzenia trzech CSIRT, zamiast jednego. Wśród najczęściej powtarzanych argumentów jest wydłużanie ścieżki komunikacyjnej przy reagowaniu na atak, który swoim zakresem obejmie podmioty „przynależne" do różnych CSIRT, a także ryzyko, że podmiot objęty Ustawą będzie zmuszony raportować do więcej niż jednego CSIRT, jeżeli usługi kluczowe prowadzone przez podmiot podlegają pod różne CSIRT.

## 5. Podobieństwa i różnice między Dyrektywą NIS a Rozporządzeniem ODO

Zapewnienie bezpieczeństwa systemów informatycznych jako kolejny obowiązek wymieniony w projekcie Ustawy może zostać zrealizowany z wykorzystaniem istniejących norm i standardów branżowych. Kiedy jest mowa o bezpieczeństwie pojawia się termin dany poziom zaufania. Poziom uzasadnionego zaufania do zabezpieczeń to termin pochodzący ze standardu ISO/IEC 15408 Common Criteria, czyli normy pozwalającej w sposób formalny weryfikować bezpieczeństwo systemów informatycznych. Poziom zaufania jest mierzony w skali 7 stopniowej EAL, gdzie EAL 7 stanowi najwyższy poziom uzasadnionego zaufania. Istotne jest, że już na etapie projektowania określonego systemu informatycznego, ustawodawca będzie wymagał określania poziomu wymaganego zaufania do danego systemu oraz zbioru wymagań bezpieczeństwa, jakie dany system powinien spełnić.

Warto tu także podkreślić związek pomiędzy wymogami Dyrektywy NIS, a założeniami Rozporządzenia ODO. Obydwa akty prawne obejmują swym zakresem ochronę danych, niemniej o ile Dyrektywa NIS koncentruje się przede wszystkim na zapewnieniu ciągłości usług kluczowych, to Rozporządzanie ODO wymaga przede wszystkim zapewnienia bezpieczeństwa danych z punktu widzenia zachowania reputacji oraz zaufania podmiotów danych, którego naruszenie jest sankcjonowane wysokimi karami. Powyższe podejście świadczy o tym, że przynajmniej w tej części cyberbezpieczeństwa, które dotyczy danych osobowych ryzyko reputacyjne, czy utraty zaufania powinno być traktowane na równi ze skutkami matematycznie mierzalnymi (dodatkowe koszty, przerwa w działaniu procesów, itd.).

Kolejnym istotnym punktem wspólnym obydwu aktów prawnych jest obowiązek zgłaszania incydentów. Dyrektywa NIS narzuca znacznie szerszy zakres ochrony danych niż Rozporządzenie ODO, w tym także szerszy obowiązek zgłaszania incydentów. Rozporządzenie ODO wymaga skupienia się nie tylko na ryzyku naruszeń cyber, ale przede wszystkim na skutkach tych naruszeń dla ochrony prywatności podmiotów danych.

Istotnym podobieństwem obydwu aktów prawnych jest także obowiązek wdrożenia zabezpieczeń, których skuteczność została wyznaczona w oparciu o analizę ryzyka. Dodatkowym źródłem informacji odnośnie prawidłowego wdrożenia Rozporządzenia ODO są wytyczne Grupy Roboczej art. 29, które w sposób spójny i szczegółowy wytyczają ścieżkę dojścia do zgodności „problematycznych" zapisów Rozporządzenia ODO. Słabością regulacyjną pozostaje brak transpozycji wytycznych do prawa krajowego. Dla przykładu w Opinii 2/2017 Grupy Roboczej Art. 29 dotyczącej przetwarzania danych w pracy (WP 249), sformułowano obowiązek przeprowadzenia przez podmioty wdrażające Rozporządzenie ODO konsultacji społecznych przed wdrożeniem niektórych Polityk dotyczących bezpieczeństwa, jeżeli prawo lokalne tego wymaga. Ocena zasadności przeprowadzenia takich konsultacji będzie leżała indywidualnie po stronie każdego podmiotu, zamiast być dookreślona przez lokalny organ regulacyjny. Nieprzeprowadzenie takiej oceny w wyniku niewłaściwej interpretacji zapisów Rozporządzenia ODO może

skutkować karami ze strony organu regulacyjnego oraz stanowić ryzyko dla ochrony prywatności.

Inne kluczowe podobieństwa i różnice w zakresie stosowana dyrektywy NIS oraz Rozporządzenia ODO to:

1) Cel wdrożenia Rozporządzenia ODO to bezpieczeństwo danych osobowych, cel dyrektywy NIS to bezpieczeństwo sieci.

2) Obydwa akty prawne wymagają wdrożenia opartego na analizie ryzyka.

3) Rozporządzenie ODO stosuje się do prawie każdego podmiotu, który przetwarza dane osobowe, dyrektywa NIS do bardzo wąskiej liczby podmiotów świadczących usługi kluczowe, przy czym niemal pewne jest, że wszystkie podmioty podlegające pod Dyrektywę NIS będą także podlegać pod Rozporządzenie ODO.

4) Obydwa akty prawne wymagają wdrożenia zgłaszania incydentów, ale chodzi o różne typy incydentów. Zgłaszanie incydentów zgodnie z Rozporządzeniem ODO jest wymagane, kiedy zagrożona jest poufność danych osobowych, dyrektywa NIS wymaga, aby zgłaszać incydenty, które mogą zagrozić ciągłości działania usług. Rozporządzenie ODO obok zgłoszenia incydentów do odpowiednich organów, często wymaga także powiadomienia podmiotów danych, których dane uległy lub mogły ulec wyciekowi.

5) Inna jest także konstrukcja sankcji. Zgodnie z Rozporządzeniem ODO wyciek danych osobowych może podlegać karze. W przypadku Dyrektywy NIS sankcjami jest objęte niewdrożenie określonych środków zabezpieczających.

Niewątpliwie obydwa akty prawne przenikają się regulacyjnie w wielu obszarach, a ich skuteczne stosowanie będzie istotnie uzależnione od spójnego podejścia ustawodawcy i właściwej koordynacji prac zespół przygotowujących poszczególne ustawy wdrażające. Nie brak takich niespójności na poziomie samych aktów unijnych. Dyrektywa NIS przyjęta 6 lipca 2016 roku odwołuje się do ówcześnie już nieobowiązującej Dyrektywy 95/46/EC dotyczącej ochrony danych osobowych. Ze wstępu do Dyrektywy wynika, że Europejski Inspektor Ochrony Danych Osobowych — organ nadzorczy Unii Europejskiej odpowiedzialny za ochronę za ochronę danych osobowych, mający istotny wpływ na kształt Rozporządzenia ODO wyraził opinię na temat Dyrektywy NIS 14 czerwca 2013 roku, czyli prawie 3 lata przed przyjęciem Rozporządzenia ODO w obowiązującym kształcie.

## 6. Podsumowanie

Przed krajowym prawodawcą stoi wyzwanie w postaci zapewnienia spójnych i kompletnych ram prawnych zarówno dla ochrony przed atakami cybernetycznymi, jak i w zakresie ochrony danych osobowych. Jeszcze większe wyzwanie stoi przed przedsiębiorcami i instytucjami, które podlegają pod obydwa akty prawne. Krajowe przepisy wdrażające wciąż nie doczekały się ostatecznych kształtów, a jednocześnie terminy wdrożenia działań wynikających z RODO i Dyrektywy NIS biegną, czasu jest coraz mniej.

---

[1] Ustawa z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (Dz. U. 2011 nr 199, poz. 1175).

[2] Założenia strategii Jednolitego Rynku Cyfrowego dostępne na stronie https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/shaping-digital-single-market, (dostęp w dniu 8.11.2018 r.).

[3] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1148 z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych na terytorium Unii

[4] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Tekst mający znaczenie dla EOG) zwane dalej Rozporządzeniem ODO.

[5] Ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa (Dz. U. 2018 poz. 1560).

[6] Ustawa z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. 2018 poz. 1000).

[7] Zespół roboczy ds. ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych (ang. *Working Party on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data*) — niezależny podmiot o charakterze doradczym, powołany na mocy art. 29 Dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych

[8] https://giodo.gov.pl/pl/259/9718

[9] Wniosek Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie środków mających na celu zapewnienie wspólnego wysokiego poziomu bezpieczeństwa sieci i informacji w obrębie Unii, dostępny pod adresem http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013PC0048&from=PL, (dostęp w dniu 6.11.2017 r.).

## Bibliografia

Ustawa z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (Dz. U. 2011 nr 199, poz. 1175).
Ustawa z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. 2018 poz. 1000).
Ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa (Dz. U. 2018 poz. 1560).
Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1148 z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych na terytorium Unii.
Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Tekst mający znaczenie dla EOG) zwane dalej Rozporządzeniem ODO.

**Źródła internetowe:**
Strona Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych — https://giodo.gov.pl/.

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.14

# Rozwiązanie umowy o dożywocie — uwagi na tle art. 913 §2 Kodeksu cywilnego

## Dissolution of the life annuity contract — remarks on the background of the Article 913 §2 Polish Civil Code

***mgr Anna Jóźwiak***

E-mail: anna.jozwiak@mail.com

**Streszczenie**

Stosunek dożywocia opiera się na *quasi* rodzinnych więzach łączących jego strony. Z tej przyczyny kwestię zakończenia tego rodzaju relacji reguluje przepis szczególny — art. 913 § 2 k.c. Niniejszy tekst zawiera analizę zagadnienia legitymacji czynnej, biernej, przesłanek warunkujących rozwiązanie umowy o dożywocie oraz skutków wyroku rozwiązującego taką umowę. Ustawodawca, regulując kwestię zakończenia stosunku dożywocia, zdecydował się wprowadzić wiele obostrzeń. Roszczenie o rozwiązanie umowy o dożywocie przysługuje nabywcy oraz zbywcy nieruchomości, który jest dożywotnikiem. Jedynie sąd, w sytuacjach wyjątkowych, może orzec o rozwiązaniu umowy o dożywocie. Mając na względzie powyższe, słuszną wydaje się teza, że celem wprowadzenia art. 913 § 2 k.c. była ochrona zasad pewności prawa i pewności obrotu.

**Słowa kluczowe:** umowa o dożywocie; rozwiązanie umowy o dożywocie, wypadki wyjątkowe, dożywotnik.

**Summary**

The life annuity relationship is based on quasi family ties connecting his parties. For this reason, the issue of completing this kind of relationship is regulated by a special provision - Article 913 § 2 Polish Civil Code. This text contains an analysis of the issue of a capacity to sue or be sued, conditions for dissolution of the life annuity contract and the consequences of the judgment dissolving such a contract. The legislator, by regulating the end of the life annuity relationship, decided to introduce many restrictions. A claim for the dissolution of the life annuity contract is vested in the purchaser and seller of the property, which is an annuitant. Only the court in exceptional circumstances, may decide to dissolve the life annuity contract. In view of the above, the right seems to be the thesis that the purpose of the introduction of Article 913 § 2 Polish Civil Code was to protect the principles of legal certainty and marketing certainty.

**Key words:** life annuity contract; dissolution of life annuity contract, exceptional circumstances, annuitant.

### 1. Uwagi wstępne

Stosunek dożywocia oparty jest zwykle na bliskich relacjach łączących jego strony. Przez umowę o dożywocie właściciel nieruchomości zobowiązuje się przenieść jej własność na nabywcę (zobowiązanego), nabywca zaś zobowiązuje się zapewnić zbywcy lub osobie bliskiej zbywcy dożywotnie utrzymanie (art. 908 k.c.). Niejednokrotnie dożywotnik i zobowiązany pozostają we wspólnocie domowej. Umowa o dożywocie to zatem rodzaj stosunku zobowiązaniowego, w którym szczególną rolę odgrywają normy moralne i obyczajowe. Z tej przyczyny, w odniesieniu do tego typu umów nie stosuje się przepisów dotyczących odstąpienia od umowy wzajemnej (art. 491 i n. k.c.). Sprzeciwiałoby się to bowiem naturze dożywocia, powodując zbyt duże straty ekonomiczne dla nabywcy nieruchomości. Ustawodawca, mając na względzie charakter więzi łączących strony, zdecydował się posłużyć bardziej adekwatną instytucją, jaką jest rozwiązanie umowy o dożywocie w sytuacjach wyjątkowych (Radwański, 2011, s. 766).

Przy wykładni art. 913 § 2 k.c. należy mieć na względzie art. 913 § 1 k.c., odnoszący się do zamiany uprawnień objętych treścią prawa dożywocia na rentę. Wytworzenie się między dożywotnikiem a nabywcą nieruchomości relacji uniemożliwiających im bezpośrednią styczność ze sobą (art. 913 § 1 k.c.) stanowi przesłankę pozwalającą nie tylko na modyfikację stosunku dożywocia, lecz także służącą jego rozwiązaniu (Policzkiewicz-Zawadzka, 1971, s. 118). Art. 913 § 2 k.c. zawiera jedynie dodatkowe zastrzeżenie, że rozwiązanie umowy o dożywocie następuje wyłącznie w wypadach

wyjątkowych. Ocena, czy zachodzi przesłanka „wyjątkowości", należy do dyskrecjonalnej kompetencji sądu (Dmowski, 2011, s. 1012). W orzecznictwie przyjmuje się, że takie zakończenie stosunku dożywocia należy traktować jako ostateczność (wyrok SN z 9.05.2008 r., III CSK 359/07, Lex nr 453125; wyrok SA w Katowicach z 4.03.2015 r., I ACa 901/14, Lex nr 1665781).

## 2. Legitymacja czynna

Legitymację procesową do żądania rozwiązania umowy o dożywocie posiadają jedynie strony umowy — nabywca nieruchomości oraz dożywotnik, ale tylko wtedy, gdy jest zbywcą nieruchomości (913 § 2 k.c.). Zgodnie z art. 908 § 3 k.c., dożywocie można zastrzec także na rzecz osoby bliskiej zbywcy, która nie jest właścicielem nieruchomości. Podmiotowi takiemu, ze względu na fakt, że nie jest stroną umowy, nie przysługuje możliwość żądania zakończenia stosunku dożywocia na podstawie art. 913 § 2 k.c. Skutkiem rozwiązania umowy jest bowiem przeniesienie własności nieruchomości na pierwotnego właściciela. Osoba bliska nie dysponuje uprawnieniem do rozporządzania nieruchomością. Podmiotowi, na rzecz którego zastrzeżono prawo dożywocia na podstawie art. 908 § 3 k.c., przysługuje jedynie prawo do żądania zamiany uprawnień objętych treścią dożywocia na rentę (art. 913 § 1 k.c.).

Mając na względzie ochronę stron stosunku dożywocia, za niedopuszczalne uznać należy żądanie rozwiązania umowy przez zbywcę nieruchomości w odniesieniu do osoby bliskiej. Uprawnienie takie naruszałoby zasadę wyrażoną w art. 393 § 2 k.c., zgodnie z którą zastrzeżenie co do obowiązku na rzecz osoby trzeciej nie może być odwołane ani zmienione, jeśli skorzystała ona z zastrzeżenia. Okoliczność, że zbywca nieruchomości, żądając rozwiązania umowy, może działać z pożytkiem dla dożywotnika, nie stanowi przesłanki uzasadniającej przyznanie takiego uprawnienia. Pierwotny właściciel nieruchomości, który ustanowił prawo dożywocia jedynie na rzecz osoby trzeciej, nie jest bowiem stroną stosunku dożywocia, nie może zatem żądać jego rozwiązania (Policzkiewicz-Zawadzka, 1971, s. 122).

Rozważenia wymaga również kwestia, komu oraz w jakim zakresie przysługuje uprawnienie do żądania rozwiązania umowy o dożywocie, w sytuacji, w której dożywotnikami są zbywca nieruchomości i osoba mu bliska. Przyjmuje się, że w takim wypadku legitymacja czynna przysługuje obydwu stronom umowy o dożywocie — zbywcy i zobowiązanemu (Policzkiewicz-Zawadzka, 1971, s. 123). Skutki rozwiązania umowy nie dotyczą wówczas osoby bliskiej będącej dożywotnikiem. Oznacza to, że mimo rozwiązania umowy, nieruchomość nadal będzie obciążona prawem dożywocia (Lackoroński, 2015, s. 134). Zobowiązanym do spełnienia świadczeń określonych w umowie staje się wówczas pierwotny właściciel nieruchomości (Policzkiewicz-Zawadzka, 1971, s. 123).

Istotnym zagadnieniem jest także kwestia możliwości żądania rozwiązania umowy o dożywocie przez nabywcę nieruchomości wobec osoby bliskiej, na rzecz której zostało zastrzeżone prawo dożywocia. Stanowisko w tej sprawie zajął Sąd Najwyższy, który stwierdził, że zobowiązany z umowy o dożywocie może żądać rozwiązania umowy także w sytuacji, gdy dożywotnik nie jest zbywcą nieruchomości (wyrok SN z 12.11.1980 r., I CR 427/80, OSNCP 1981/6/109). W takim przypadku zobowiązany musi łącznie pozwać zbywcę i dożywotnika. Brak zgody osoby bliskiej, na rzecz której zastrzeżono prawo dożywocia, nie przesądza o niemożności rozwiązania umowy. Sąd Najwyższy uznał, że art. 913 § 2 k.c. wyłącza zastosowanie art. 393 § 2 k.c., co ze względu na brak odpowiedniej ochrony osoby trzeciej budzi duże kontrowersje doktryny (Radwański, 2011, s. 767).

Dokonując analizy art. 913 § 2 k.c. w zakresie podmiotów uprawnionych do żądania rozwiązania umowy o dożywocie, wskazać należy na rozbieżności dotyczące oceny zachowania dożywotnika, który przyczynił się do powstania nieprawidłowych relacji. Część przedstawicieli doktryny zajęła stanowisko, zgodnie z którym obojętne są przyczyny konfliktu oraz to, która strona zawiniła (Jezioro, 2011, s. 1463; Skowrońska-Bocian, Warciński, 2013, s. 715). W judykaturze konsekwentnie przyjmuje się jednak, że z roszczeniem o rozwiązanie umowy wystąpić nie może dożywotnik (zbywca nieruchomości), który swoim zachowaniem przyczynił się do powstania sytuacji wyjątkowej (wyrok SN z 25.05.2016 r., V CSK 499/15, Lex nr 2075718; wyrok SA w Białymstoku z 12.01.2018 r., I ACa 695/17, Lex nr 2457470; wyrok SA w Warszawie z 6.12.2017 r., I ACa 59/17, Lex nr 2418156). Przez analogię uznać należy, że zbywca nie może żądać rozwiązania umowy również w przypadku, gdy osoba bliska przyczyniła się do wytworzenia się złych relacji między stronami stosunku dożywocia.

Słuszne wydaje się stanowisko, zgodnie z którym przy ocenie zasadności żądania rozwiązania umowy o dożywocie należy mieć na względzie motywację oraz sposób postępowania dożywotników. Przyznanie zbywcy nieruchomości uprawnienia do żądania rozwiązania umowy, w sytuacji, gdy wina leży po stronie dożywotników (tzn. zbywcy lub osoby mu bliskiej) kolidowałoby ze wzajemnym charakterem umowy oraz zasadą pewności prawa i pewności obrotu. Zbywca miałby bowiem możliwość jednostronnego zakończenia stosunku dożywocia, co naruszałoby interes zobowiązanego. Niejednokrotnie nieruchomość, która jest przedmiotem umowy o dożywocie, stanowi jedyne źródło utrzymania dla nabywcy. Zachowanie dożywotników doprowadzające do zerwania więzi między stronami stosunku zobowiązaniowego, należy ocenić negatywnie szczególnie w sytuacji, gdy zobowiązany wywiązuje się z obowiązków określonych w umowie i wykazuje chęć wykonywania tych obowiązków w przyszłości (wyrok SA w Białymstoku z 15.09.2017 r., I ACa 574/16, Lex nr 2369632).

Instytucja rozwiązania umowy na podstawie art. 913 § 2 k.c. oparta jest na ściśle osobistym charakterze więzi łączących strony stosunku zobowiązaniowego. Z tej przyczyny możliwość żądania rozwiązania umowy o dożywocie gaśnie w przypadku śmierci zbywcy nieruchomości i jest niezbywalna. Ze względu na szczególny charakter stosunku dożywocia

roszczenie dożywotnika (zbywcy nieruchomości), który zmarł po wytoczeniu powództwa o rozwiązanie umowy o dożywocie, a przed zakończeniem postępowania, nie przechodzi na jego spadkobierców (uchwała SN z 16.03.1970 r., III CZP 112/69, OSNC 1971/1/1). Nie są oni bowiem stronami umowy o dożywocie, w związku z tym nie dziedziczą uprawnień objętych treścią prawa dożywocia.

W przypadku śmierci nabywcy nieruchomości rozwiązanie umowy o dożywocie jest dopuszczalne po nabyciu przez spadkobierców w drodze dziedziczenia nieruchomości obciążonej dożywociem (wyrok SN z 13.06.2018 r., IV CSK 277/17, Lex nr 2511949). Zmiana właściciela nieruchomości wiąże się bowiem ze zmianą zobowiązanego do spełnienia świadczeń, które wymagają osobistych kontaktów i bliskich relacji stron stosunku zobowiązaniowego, jakim jest stosunek dożywocia. Jeśli zatem między dożywotnikiem a spadkobiercą — nowym właścicielem nieruchomości wytworzą się takie relacje, które będą uzasadniały żądanie rozwiązania umowy o dożywocie na podstawie art. 913 § 2 k.c. roszczenie takie uznać należy za dopuszczalne. Wymaga tego interes dożywotnika, który nie ma wpływu na wybór kolejnego nabywcy.

## 3. Legitymacja bierna

Legitymację bierną w postępowaniu dotyczącym rozwiązania umowy o dożywocie posiadają strony umowy, tj. zbywca, który jest dożywotnikiem, lub nabywca nieruchomości. Jeśli z roszczeniem o rozwiązanie umowy występuje zobowiązany, swoje żądanie może skierować przeciwko osobie bliskiej zbywcy, na rzecz której zastrzeżono prawo dożywocia (wyrok SN z 12.11.1980; I CR 427/80, OSNCP 1981/6/109). Postępowanie o rozwiązanie umowy musi się toczyć przeciwko wszystkim uprawnionym lub zobowiązanym, ponieważ jest to proces o ukształtowanie prawa, żądanie dotyczy zatem w jednakowym stopniu każdego podmiotu wspólnego prawa (Policzkiewicz-Zawadzka, 1971, s. 124).

Za budzące wątpliwości uznano zagadnienie, czy żądanie rozwiązania umowy o dożywocie może być skierowane wyłącznie przeciwko właścicielowi nieruchomości, który jest stroną umowy, czy również w stosunku do kolejnych nabywców nieruchomości. Kwestię tę rozstrzygnął Sąd Najwyższy, twierdząc, że rozwiązanie umowy o dożywocie nie jest dopuszczalne po zbyciu nieruchomości obciążonej dożywociem (wyrok z 17.03.2004 r., II CK 91/03, Lex nr 112909). Powyższe stanowisko oparte jest na literalnej wykładni art. 914 k.c., zgodnie z którym jeżeli zobowiązany z tytułu umowy o dożywocie zbył otrzymaną nieruchomość, dożywotnik może żądać zmiany prawa dożywocia na dożywotnią rentę odpowiadającą wartości tego prawa. Zbyciem jest przeniesienie własności nieruchomości w drodze czynności prawnej, a więc w wyniku zawarcia np. umowy sprzedaży, darowizny, zamiany. Nabycie własności w wyniku dziedziczenia nie jest objęte hipotezą art. 914 k.c. W konsekwencji, w przypadku zbycia przez zobowiązanego nieruchomości, dożywotnik może wystąpić jedynie z żądaniem zamiany prawa dożywocia na rentę.

W praktyce niejednokrotnie zdarza się, że zobowiązanymi z tytułu umowy o dożywocie są małżonkowie, a przyczyny będące podstawą rozwiązania umowy dotyczą tylko jednego z nich. W literaturze wskazuje się, że możliwe jest w takim przypadku rozwiązanie umowy na podstawie art. 913 § 2 k.c. tylko w stosunku do jednego z małżonków (Bielska-Sobkowicz, 2013, s. 1185). Stosownie do aktualnej linii orzeczniczej, przy ocenie, czy zachodzi przesłanka wyjątkowości, nie bez znaczenia jest okoliczność, że jedna z osób zobowiązanych z tytułu dożywocia wykonywała obowiązki określone w umowie, nawet wobec biernej postawy drugiego zobowiązanego (wyrok SA w Białymstoku z 15.09.2017 r., I ACa 574/16, Lex nr 2369632). Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, w sprawie z powództwa dożywotników o rozwiązanie umowy o dożywocie, po stronie pozwanych małżonków nie zachodzi współuczestnictwo konieczne (uchwała SN z 21 kwietnia 2004 r., III CZP 15/04, OSNC 2005/6/102).

## 4. Przesłanki uzasadniające rozwiązanie umowy o dożywocie — analiza orzecznictwa

Ze względu na charakter umowy o dożywocie oraz zasadę trwałości stosunku zobowiązaniowego (pacta sunt servanda) ustawodawca zdecydował, że bardziej dotkliwa ingerencja w umowę niż zamiana prawa dożywocia na rentę, oprócz zaistnienia przesłanki określonej w art. 913 § 1 k.c., wymaga wystąpienia dodatkowych okoliczności, które zakwalifikować można jako wyjątkowe (wyrok SA w Białymstoku z 17.11.2016 r., I ACa 541/16, Lex nr 2172488; Wyrok SA w Białymstoku z 12.01.2018 r., I ACa 695/17, Lex nr 2457470). Ustawa nie precyzuje, które sytuacje traktować można jako wyjątkowe na gruncie art. 913 § 2 k.c. Interpretacja tego pojęcia należy do kompetencji sądów.

W orzecznictwie przyjmuje się, że, aby zastosować środek prawny, jakim jest rozwiązanie umowy o dożywocie, trzeba odpowiedzieć na pytanie, czy inne środki, takie jak zobowiązanie nabywców nieruchomości do wykonania zaległego świadczenia lub zamiana świadczeń wynikających z dożywocia na rentę, nie zapewnią dożywotnikowi dostatecznej ochrony. Żądania wynikające z art. 913 § 1 i § 2 k.c. wzajemnie się wykluczają, sąd jednak, oceniając okoliczności sprawy, powinien oddalić roszczenie o rozwiązanie umowy o dożywocie, jeśli interes dożywotnika mógłby zostać zaspokojony, gdyby wystąpił z mniej daleko idącym żądaniem (wyrok SN z 9.05.2008 r., III CSK 359/07, Lex nr 453125).

Analiza orzecznictwa pozwala stwierdzić, że jednym z podstawowych kryteriów, które warunkują zakwalifikowanie okoliczności jako wyjątkowych, jest krzywdzenie dożywotnika, agresja i zła wola po stronie jego kontrahenta (nabywcy nieruchomości), a nie tylko negatywne nastawienie dożywotnika do kontrahenta (wyrok SN z 9.04.1997 r., wy-

rok SN z 25.05.2016 r., III CKN 50/97, OSNC 1997/9/133; wyrok SN z 25.05.2016 r., V CSK 499/15, Lex nr 2075718; wyrok SA w Białymstoku z 12.01.2018 r., Lex nr 2457470). Wyjątkowość wypadku objęta hipotezą art. 913 § 2 k.c. może manifestować się przez częste intensywne awantury między stronami umowy dożywocia, w tym zwłaszcza awantury połączone z naruszaniem nietykalności cielesnej stron, przez usuwanie przemocą dożywotnika z domu, niszczenie jego rzeczy, permanentne poniżanie jego godności osobistej lub także przez całkowite niewywiązywanie się z obowiązków wobec dożywotnika i to mimo podejmowania przez niego odpowiednich kroków, aby obowiązki te mogły być wykonywane.

Sąd Apelacyjny w Katowicach za wyjątkową uznał sytuację, w której obowiązki zobowiązanego ograniczały się jedynie do uiszczania opłat za mieszkanie (wyrok SA w Katowicach z 17.05.2018 r., I ACa 1204/17, Lex nr 2514517). W ocenie sądu, w omawianej sprawie realizacja umowy o dożywocie przybrała postać odwróconego kredytu hipotecznego. Ze względu na wiek i stan zdrowia uprawniona (powódka) wymagała opieki pozwanego, który nie był w stanie jej zapewnić. Zdaniem sądu wykonywanie obowiązków wynikających z umowy o dożywocie nie może ograniczać się jedynie do opłat za mieszkanie, kłóci się to bowiem z zasadami współżycia społecznego. Z tej przyczyny uznać należy, że zaangażowanie finansowe nabywcy nieruchomości nie sprzeciwia się rozwiązaniu umowy na podstawie art. 913 § 2 k.c.

Wyjątkowym wypadkiem nie jest z kolei sytuacja, w której wina zerwania relacji z dożywotnikiem leży po stronie innej osoby, za sprawą której nie można wymagać, aby zobowiązany pozostawał z dożywotnikiem w bezpośredniej styczności, gdyż wiąże się to z narażeniem na ujemne zachowanie ze strony tej osoby, godzące nie tylko w dobro zobowiązanego, ale także w dobro małoletniego dziecka (wyrok SA w Białymstoku z 12.01.2018 r., I ACa 695/17, LEX nr 2457470). W omawianej sprawie powódka przeniosła własność nieruchomości na swojego syna oraz jego żonę (pozwaną), ustanawiając jednocześnie prawo dożywocia. Relacje między małżonkami (zobowiązanymi z tytułu dożywocia) obarczone były problemami związanymi z nadużywaniem alkoholu oraz stosowaniem agresji przez męża. Brak zmiany zachowania męża pozwanej spowodował, że zdecydowała się ona wyprowadzić z domu. W wyniku postępowania rozwodowego mąż został uznany za wyłącznie winnego rozpadu małżeństwa.

Sąd, analizując całokształt okoliczności stwierdził, że działania pozwanej, tj. opuszczenie nieruchomości należy uznać za usprawiedliwione. Nie można traktować bowiem jako wyjątkowej sytuacji, w której pozwana opuszcza nieruchomość będącą przedmiotem umowy pod wpływem rażąco nieodpowiedniego zachowania małżonka, tym bardziej że zachodziła potrzeba ochrony małoletniego dziecka. Samo niewykonywanie świadczeń wynikających z umowy o dożywocie nie jest wystarczającą przesłanką rozwiązania umowy na podstawie art. 913 § 2 k.c. (wyrok SA w Białymstoku z 17.11.2016 r., I ACa 541/16, Lex nr 2172488; wyrok SA w Krakowie z 28.04.2016 r., I ACa 1849/15, Lex nr 2067053).

Za okoliczność, która nie może być podstawą rozwiązania umowy o dożywocie, uznać należy także jednostronną rezygnację dożywotnika ze świadczeń przewidzianych w umowie (wyrok SA w Warszawie z 19.03.2015 r., I ACa 1375/14, Lex nr 1768750). Sytuacja, w której dożywotnik zamyka swoje pomieszczenia, zatrudnia opiekunkę w celu zakupu lekarstw i sprzątania, wprowadza zakaz udzielenia informacji zobowiązanym o stanie jego zdrowia, przy jednoczesnej chęci wywiązywania się ze swoich obowiązków przez nabywców nieruchomości, nie może zostać uznana za wyjątkową w rozumieniu art. 913 § 2 k.c. (wyrok SA w Gdańsku z 15.05.2015 r., I ACa 899/14, Lex nr 1740592). Powód (zbywca), który sam systematycznie ograniczał kontakty z pozwanymi (zobowiązanymi), uznając, że ich opieka nie jest mu potrzebna, nie może skutecznie żądać rozwiązania umowy o dożywocie. Uwzględnienie takiego roszczenia, zgłoszonego w pozwie, sprzeciwiałaby się zasadom współżycia społecznego, a w szczególności zasadzie poszanowania prawa i stabilności stosunków prawnych.

## 5. Skutki wyroku rozwiązującego umowę o dożywocie

Wyrok uwzględniający rozwiązanie umowy o dożywocie ma charakter konstytutywny, ze skutkiem ex nunc. Kontrowersje budzi zagadnienie, jakie skutki prawnorzeczowe pociąga za sobą takie orzeczenie. Zarówno w judykaturze, jak i doktrynie dominuje pogląd, zgodnie z którym z chwilą uprawomocnienia się wyroku następuje automatyczne powrotne przejście własności nieruchomości na dożywotnika — zbywcę nieruchomości (Policzkiewicz-Zawadzka, 1971, s. 131 i n.; uchwała SN z 4.07.1997 r., III CZP 31/97, OSNC 1998/1/2). Zwolennicy odmiennego stanowiska przyjmują, że zbywca nieruchomości posiada jedynie roszczenie o dokonanie przez nabywcę zwrotnego przeniesienia własności (Rejman, 1972, s. 1766; Stecki, 1989, s. 822). Za słuszne uznać należy stanowisko, stosownie do którego rozwiązanie umowy o dożywocie powoduje uzyskanie prawa własności przez dożywotnika. Wyroki konstytutywne kształtują bowiem stosunki materialnoprawne, powodując przekształcenie istniejącego stanu. Powrotne przejście własności nieruchomości na zbywcę jest integralnie związane z instytucją rozwiązania umowy o dożywocie (wyrok SN z 17.03.2004 r., II CK 91/03, Lex nr 112909). Brak możliwości przejścia własności nieruchomości na dożywotnika czyni rozwiązanie umowy o dożywocie niedopuszczalnym (postanowienie SN z 14.12.1971 r., III CRN 372/71, OSNCP 1972/6/112).

Jeśli uprawnioną z tytułu dożywocia jest wyłącznie osoba bliska zbywcy, skutkiem rozwiązania umowy na podstawie art. 913 § 2 k.c. będzie wygaśnięcie dożywocia oraz powrotne przejście własności w stosunku do zbywcy (wyrok SN z 10 września 1982 r., III CRN 201/82, OSNCP 1983/5-6/81). Aby żądanie zobowiązanego o rozwiązanie umowy o dożywocie zostało uwzględnione należy je wytoczyć przeciwko osobie trzeciej i zbywcy nieruchomości jako współuczestnikom koniecznym. Za niemożliwe bowiem uznać należy zakończenie

stosunku na podstawie art. 913 § 2 k.c. bez uczestnictwa w procesie osoby bliskiej — dożywotnika. Jednocześnie sąd nie może orzekać o powrotnym przejściu własności bez udziału pierwotnego właściciela nieruchomości obciążonej prawem dożywocia (wyrok SN z 17.03.2004 r., II CK 91/03, Lex nr 112909). Zwrot własności z natury rzeczy nastąpić może jedynie między stronami umowy przenoszącej własność nieruchomości — umowy o dożywocie.

Ze względu na fakt, że wyrok rozwiązujący umowę o dożywocie wywiera skutki *ex nunc* dożywotnik nie ma obowiązku zwrotu otrzymanych świadczeń, nie przysługuje mu również roszczenie o wynagrodzenie za korzystanie przez nabywcę z nieruchomości, ani też roszczenie o zwrot pożytków. Nabywca może jednak po rozwiązaniu umowy o dożywocie dochodzić zwrotu nakładów poczynionych na nieruchomość w czasie, gdy był jej właścicielem (Dmowski, 2011, s. 1014). Przysługuje mu wówczas roszczenie o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia Zbywcy z kolei przysługuje roszczenie o wynagrodzenie i zwrot pożytków z nieruchomości od momentu uprawomocnienia się wyroku rozwiązującego umowę o dożywocie (Bielska-Sobkowicz, 2013, s. 1186).

## 6. Wnioski końcowe

Ustawodawca, regulując kwestię rozwiązania umowy o dożywocie, miał na względzie szczególnego rodzaju, *quasi* rodzinne relacje łączące strony. Zbywca nieruchomości, zawierając umowę o dożywocie, opiera się na przeświadczeniu, że więzy pokrewieństwa, powinowactwa, czy też innego stosunku bliskości stanowią należytą rękojmię wykonywania obopólnych praw i obowiązków. Gwarancja ta stwarza po stronie dożywotnika poczucie bezpieczeństwa w zakresie zaspokajania potrzeb życiowych, materialnych i osobistych, a po stronie zobowiązanego trwałej i nieograniczonej możliwości korzystania i rozporządzania nieruchomością (wyrok SN z 17.03.2004 r., II CK 91/03, Lex nr 112909). Relacje łączące strony stosunku dożywocia mogą jednak ulec pogorszeniu. Istnieje bowiem ryzyko zachowań, które na etapie zawierania umowy nie były oczekiwane ani też pożądane. W wyjątkowych wypadkach, gdy strony nie mogą pozostawać ze sobą w bezpośredniej styczności, sąd może rozwiązać umowę o dożywocie.

Biorąc pod uwagę przedmiot oraz charakter umowy o dożywocie, wprowadzenie przez ustawodawcę *lex specialis* w zakresie jej rozwiązania należy uznać za słuszne. Art. 913 § 2 k.c. ma na celu obostrzenie możliwości jednostronnych decyzji stron, takich jak odstąpienie od umowy. Przepis ten chroni dożywotnika i zobowiązanego przed nierozważnym postępowaniem, które mogłoby mieć dotkliwe konsekwencje ekonomiczne i gospodarcze. W sytuacji konfliktowej jedynie sąd, w wypadkach wyjątkowych, może zadecydować o zakończeniu stosunku dożywocia. Za uzasadnione należy zatem uznać stwierdzenie, że art. 913 § 2 k.c. jest wyrazem ochrony zasad pewności obrotu i pewności prawa.

## Bibliografia

Bielska-Sobkowicz, T. (2013). W: J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania*. Warszawa: Lexis Nexis.

Dmowski, S. (2011). *Komentarz do Kodeksu Cywilnego. Księga trzecia Zobowiązania* (Tom II). Warszawa: Lexis Nexis.

Jezioro, J. (2011). W: E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Lackoroński, B. (2015). *Analiza praktyki sądowej w sprawach z umów renty i dożywocia*. Warszawa: Instytut Wymiaru Sprawiedliwości.

Policzkiewicz-Zawadzka, Z. (1971), *Umowa o dożywocie*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.

Radwański, Z. (red.). (2011). System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań — część szczegółowa (Tom. VIII). Warszawa: C.H. Beck.

Rejman, S. (1972). W: J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz* (Tom II). *Księga trzecia — Zobowiązania*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.

Skowrońska-Bocian, E., Warciński M. (2013). W: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks Cywilny* (Tom II). *Komentarz. Art. 450–1088*. Warszawa: C.H. Beck.

Stecki, L. (1989). W: J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem* (Tom II). Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.15

# Utwór lutniczy w przedmiocie praw autorskich

## Violin and Copyright

***mgr Emila Jasińska***

E-mail: emiliaa.jasinskaa@gmail.com

**Streszczenie**

Prezentowana praca porusza problematyczną i kontrowersyjną pozycję utworów lutniczych w Ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych z dnia 4 lutego 1994 (nr 24). W kolejnych częściach pracy omówiono: odrębność dzieła lutniczego wśród innych kategorii utworów, zdefiniowano dzieło lutnicze, omówiono budowę oraz kunszt lakierowania instrumentów na przykładzie skrzypiec oraz przedstawiono cechy instrumentu, które definiują go jako przedmiot prawa autorskiego. Najszerszą część poświęcono przeprowadzonym badaniom ankietowym wśród Artystów Lutników. W pracy uwzględniono również istotę konserwacji i naprawy dzieła lutniczego. Założeniem artykułu jest poszerzenie wiedzy prawniczej o dziele lutniczym i otwarciem dyskursu dla dalszych rozważań nad faktycznym poszerzeniem i egzekwowaniem ochrony pracy Artystów Lutników.

**Słowa kluczowe:** prawo autorskie, utwór, utwór lutniczy, indywidualność utworu, oryginalność utworu, lutnictwo, skrzypce, Stradivarius.

**Summary**

The presented work is devoted to highly problematic and controversial position of violin (string musical instruments) works in Act No. 24 of February 4, 1994, on Copyright and Neighboring Rights. In the following parts of the work the distinctness of violin work were discussed and defined. Furthermore, the construction and the artistry of varnishing was also discussed and presented on the example of violins. Then, the features of an instrument defined as a subject of copyright were presented. The most comprehensive part of the work concentrates on the research conducted in a form a questionnaire among the artists-violin makers. The presented work also raises an issue of conservation and reparation of violin work. The aim of this article is to extend legal knowledge about violin work and to open a discourse for further deliberation about an actual expansion of work protection of the artists-violin makers.

**Key words:** copyright, violin work, individuality of the work, originality of the work, violin making, violin, Stradivarius.

### 1. Wstęp

W temacie pracy, odniosę się do dzieł lutniczych (na przykładzie skrzypiec) w kontekście prawa autorskiego jako odrębnego przedmiotu z uwagi na dyskusyjne kwestie związku utworu lutniczego z innymi kategoriami utworów. Wytwór lutniczy to bez wątpienia kompilacja dwóch kategorii: utworu plastycznego oraz muzycznego, ponieważ jest to materia z nierozerwalnie z nim związanym brzmieniem. W porównaniu do utworu plastycznego, forma instrumentu, to jak wygląda płaszczyzna, łączenie linii krzywizn oraz barwa definiują również dzieło plastyczne. Jednak w odróżnieniu od malarstwa czy rzeźby, artysta lutnik rzeźbiąc model instrumentu, musi kierować się ergonomią, cechami konstrukcji i prawami akustycznymi, które przekładają się na fonię dzieła lutniczego. Ponadto utwór lutniczy poza percepcją wizualną i kontaktu namacalnego (jak dzieła plastycznego), to również odbiór walorów dźwiękowych za pomocą słuchu[1]. Co ściśle wiąże się i przenosi nas do następnej kategorii utworu, a zatem utworu muzycznego, gdyż obie kategorie wiąże wymiar audialny. W obu to wirtuoz instrumentalista zgodnie ze swoimi umiejętnościami i talentem, niczym nieograniczony modeluje brzmienie. W rękach sprawnego muzyka, instrument wybrzmiewa charakterem nadanym mu przez twórcę, które, poza tym, iż jest pewną wypadkową wielu czynników jak dobór drewna (jego właściwości mechaniczne, akustyczne, estetyczne), jego jakość, barwa i charakter dźwięku jest subiektywnym zamysłem artysty lutnika i przypisane jest danemu instrumentowi. Dzięki czemu, wszystkie znane lutnikowi cechy wytwarzania utworu lutniczego, stanowią jego indywidualną wizytówkę. Odnosząc się do wzoru przemysłowego (wzoru użytkowego), związku z nim możemy się doszukiwać w formie zewnętrznej instrumentu, której linie, kształt, struktura, materiał, a nawet gama barw i zdobienia można starać się powtórzyć. Jednakże utwór lutniczy poprzez swe przeznaczenie i strukturę ma znacznie szerszą kategorię od wzoru przemysłowego[2].

### 2. Definicja utworu

Utwór zgodnie z treścią art. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych3 to *każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w ja-*

*kiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia.* Jest to bardzo holistyczne ujęcie przedmiotu prawa autorskiego, wedle którego, aby dane dobro niematerialne podlegało ochronie praw autorskich musi spełniać nierozerwalnie dwie cechy: ujawniać cechy pracy człowieka[4], która jest twórcza[5], a także taka, która pozwoli na zidentyfikowanie indywidualnego charakteru[6] danego dzieła. Istotnym jest, iż nie każde dobro niematerialne, które spełnia powyższe cechy podlega ochronie prawnej. Spod ochrony prawnoautorskiej wykluczone zostały elementy, takie jak odkrycia, idee, procedury, metody i zasady działania oraz koncepcje matematyczne. Chwila, od której może podlegać ochronie prawa autorskiego dobro niematerialne to sytuacja, w której utwór jest ustalony[7] i niekoniecznie ukończony np. szkice, modele, projekty, plany, wstępne wersje. Oznacza to, iż podlegają ochronie z chwilą zaistnienia przedmiotowych przesłanek i możliwości poznania dzieła autorskiego przez co najmniej jedną osobę poza twórcą, autonomicznie od jego woli, czy świadomości[8]. Ponadto z chwilą ustalenia, twórcy konkretnego utworu przysługuje ochrona niezależnie od spełnienia jakichkolwiek proceduralnych formalności (zgłoszenia utworu do rejestru, czy dokonywanie opłat). Pochylając się nad wytworami pracy człowieka, spod ochrony autorskiej definitywnie wyłączone zostały akty normatywne lub ich urzędowe projekty, urzędowe dokumenty, materiały, znaki i symbole, opublikowane opisy patentowe lub ochronne oraz proste informacje prasowe. Ustawodawca wymienia przykładowy zakres, wyliczający katalog utworów objętych ochroną, a wśród nich w szczególności wyróżnia utwory lutnicze.

## 3. Utwór lutniczy (instrument)

Instrumenty muzyczne, a w szczególności instrumenty strunowe są dziełem człowieka, którym jest artysta lutnik. Semantyka słowa lutnik pochodzi od włoskiego *liutajo*, określającego osobę budującą lutnię. Instrument muzyczny wytwarzany przez lutnika, zgodnie z regulacją prawa autorskiego podlega ochronie prawnej. Jednak niezbędnym dla objęcia ochroną przedmiotu (utworu) jest wykazanie jego indywidualnych i twórczych cech. Bez wątpienia dla laika wizualne porównanie i odnalezienie unikalności w każdym stworzonym instrumencie np. w dwóch parach skrzypiec, będzie trudne, czy wręcz niemożliwe. Takich cech może doszukać się jedynie ekspert w dziedzinie lutnictwa, który będzie w stanie odróżnić dzieło jednego artysty lutnika od innego. Dla bliższego zrozumienia charakterystyki dzieła lutniczego, przedstawię budowę i cechy instrumentu na przykładzie najbardziej popularnych instrumentów strunowych — skrzypiec.

## 4. Budowa

Od XVI wieku sztuka budowy skrzypiec znajdowała się na szczeblu swoistej wytwórczości mistrzowskiej, którą interesowała się arystokracja[9]. Mówiąc o budowie nie sposób ominąć nazwiska wielkiego włoskiego arcymistrza Antoniego Stradivariusa, którego dzieła stanowią nadal kanon konstrukcji w pracach lutników. Materiałem wykorzystywanym do budowy instrumentów strunowych to drewno (głównie świerk, jawor, heban, palisander i platan).

W budowie skrzypiec znaczącą rolę odgrywa pudło rezonansowe, składające się z płyty wierzchniej i spodniej. Wypukłość obu płyt uzyskuje się poprzez żłobienie[10]. Drewno, które wykorzystuje się do jego budowy powinno mieć regularne słoje i być bez skazy sęków. Wierzchnią płytę wykonuje się z drewna świerkowego, zaś płytę dolną z drzewa jaworowego. Istotne są parametry drewna (wypukłość i grubość) płyty górnej, które znacząco wpływają na jakość tonu.

Dla większej wytrzymałości boków, zabezpiecza się je od wewnątrz na górze i dole sześcioma tzw. listewkami (żeberkami). W dalszej kolejności od wewnątrz pudła rezonansowego wklejane są dla podpory pieńki z drewna jodłowego lub świerkowego[11]. W najniżej usytuowanym pieńku, w żłobieniu jest umiejscowiony hebanowy guzik łączący strunociąg z żyłką.

W obwodzie płyt zauważalnie wklejona jest żyłka podwójna lub potrójna. Funkcją żyłki jest zapobieżenie pęknięciom[12]. Na górnej płycie znajdują się otwory rezonansowe w kształcie litery „f", przez które wydostaje się dźwięk. Ich rozstawienie oddziałuje na siłę, jakość i barwę, zaś grubość na koloryt fonii[13]. Kształt, kąt nachylenia i artyzm efów jest indywidualną kwestią każdego lutnika i jego estetyki.

W centralnym punkcie pomiędzy skrajnymi wyżłobieniami efów jest ozdobny podstawek wykonany z drewna jaworowego[14], czy planatu[15]. Przy czym im podstawka jest cieńsza ku górze, tym brzmienie instrumentu będzie ostrzejsze, a nieco niżej obierze aksamitnego i pełnego tonu[16].

Świerkowa, wąska belka basowa przyklejana jest do i wzdłuż lewej części płyty wierzchniej, pod struną G, co zmniejsza napięcie strun[17].

Skrzypce porównywane są do żywego organizmu, a to za sprawą duszy (średnicy 5–6 mm[18]), czyli wystruganego z drewna świerkowego kołeczka wewnątrz skrzypiec. Ma on wpływ na barwę dźwięku, który wydostaje się ze skrzypiec oraz przenosi drgania z płyty dolnej do górnej.

W brzegu wierzchniej płyty, w części dolnej pudła rezonansowego znajduje się prożek dolny tzw. duży[19]. Jego funkcją jest wzmocnienie podparcia wiązadła, które wiąże guzik ze strunociągiem i mocuje je z „kręgosłupem" skrzypiec.

Struny naciągnięte są w czterech otworach na strunociągu (lekko wypukłego hebanowego lub palisandrowego, który od grzbietu wzdłuż osi dzieli się na dwie połówki[20]), który utrzymuje napięte struny lub też do przymocowanych w tym miejscu maszynek dźwigowych.

Ukoronowaniem skrzypiec jest ich główka (ślimak), która jest umieszczona na końcu szyjki o menzurze znormalizowanej, odchodzącej od pudła rezonansowego. Główka i szyjka składają się ze ślimaka, komory kołkowej (korytka) z otworami na kołki, szyjki właściwej, stopki oraz piętki. Stylistyka wykonania ślimaka ukazuje kunszt pracy lutnika i jest czynnikiem podnoszącym wartość dzieła[21]. Poniżej ślimaka znajdu-

ją się wgłębienia na kołki wykonane z polisandru, hebanu, czy bukszpanu[22], za pomocą których reguluje się napięcie i intonacje strun (G, D, A, E).

Prożek górny znajdujący się w górnej części szyjki (z podstrunnicą), wykonany, podobnie jak prożek dolny, z hebanu lub innego twardego drewna. Jest on wklejany i przyjmuje się, iż powinien wystawać 1 mm ponad podstrunnicę. Do szyjki przyklejony jest pozbawiony progów gryf (podstrunnica) wykonany z hebanu[23]. Odpowiednio wykonany oddziałuje na prawidłową technikę gry.

Dodatkowymi elementami niezbędnymi do trzymania i gry jest podbródek wykonywany z drewna, jak i z syntetycznych, lecz niewłaściwych dla skóry tworzyw.

Niezbędnym do wykonywania gry jest smyczek z naciągniętym białym włosiem (pochodzenia końskiego ogona). Przy swej jednorodnej konstrukcji, smyczki różnią się długością, wagą, a także zdobieniem.

## 5. Lakier

Doskonały lakier, to nie tylko ozdoba skrzypiec, ale zapewnienie właściwego zabezpieczenia powierzchni i konstrukcji instrumentu przed jego deformacją i zniszczeniem. Powinien cechować się odpornością na działania warunków atmosferycznych oraz musi być trwały, ponadto mieć złocisto — bursztynową i przejrzystą barwę oraz być plastyczny na oddziaływania drgań płyt i boczków[24]. Lakiery dzielą się na 3 rodzaje: olejny, eteryczno — olejny i spirytusowy. Najczęściej stosowanym jest lakier spirytusowy, w którym rozpuszcza się żywice. Pomimo bardzo szybkiego czasu wyrobu i wysychania jest najtwardszy[25].

Przechodząc do barwnika, który stosuje się poza olejem i żywicą w lakierze, wykorzystywane barwniki możemy podzielić na naturalne i mineralne, które są mniej trwałe na promienie słoneczne. Dokonując kompozycji kombinowanych kolorów można uzyskać od złocistych przez czerwone i pomarańczowe do ciemnobrązowych. Funkcją barwnika jest podkreślenie „urody" struktury skrzypiec i uzyskanie „gry" mieniących się barw i świateł. Na koniec przyjętą praktyką jest nałożenie na zabarwiony lakier, warstwy ochronnej, tj. lakieru bezbarwnego[26].

## 6. Działalność twórcza o indywidualnym charakterze

Warunkiem, którego spełnienie zależy od objęcia ochroną prawa autorskiego jest wykazanie, iż dzieło ma cechę działalności (chociażby minimalnie) twórczej o indywidualnym charakterze, tzn. iż twórca podejmując się pracy nad dziełem nie jest w stanie przewidzieć i powtórzyć wyniku powstałego tworu, które jest oryginalne, tzn. niekoniecznie innowacyjne technicznie[27], a także niepowtarzalne.

Nie możemy odmówić dziełu skrzypcowemu cech unikatowości, który jest rezultatem ręcznie wypracowanego wytworowi przemyślanej pracy artysty lutnika. Niewłaściwy jest zarzut J. Barty i R. Markiewicz[28] o braku twórczości i indywidualności w budowie instrumentu, ponieważ lutnik jako twórca ma szerokie możliwości kreacyjne formy instrumentu, co szczególnie można zaobserwować w grupie instrumentów strunowych szarpanych — gitar. Jednakże także klasyczna forma lutnicza — skrzypce nie musi być ograniczona swym wyglądem. Uściślając, poza powszechnie, umownie przyjętym wyglądem, chordofon smyczkowy (skrzypce) nie warunkuje ich kształt pudla rezonansowego, czy główki, a jedynie strój kwintami czystymi (g, d, $a^1$, $e^2$) oraz ponad 4 oktawowa skala od g do c5. Poszukując twórczej działalności, można zarzucić, iż u każdego z lutników występuje ten sam model — klasyczna forma np. skrzypiec. Jak trafnie wskazuje W. Kamiński i J. Świrek[29] nawet Stradivarius nie stworzył nowatorskiego modelu. Każdy twórca wzoruje się na swych poprzednikach ujmując to co niedoskonałe i zastępuje elementami pracy własnego intelektu. Lutnicy mając nieskrępowanie wiele możliwości kreacyjnych zmieniają elementy budowy, takie jak krzywizny konturu, wygląd efów i ślimaka, czy rzeźba i wypukłości płyt rezonansowych, zachowując przy tym jednolitość stylu (włoski, francuski, polski) i formy. Ponadto dobór gatunku drewna w każdym elemencie instrumentu, także jego doskonałych parametrów (struktury, właściwości), jego obróbka, czyli cięcie, ułożenie przyrostów słoi, gabaryty materiałów jak i lakierowanie wpływają na akustykę instrumentu[30]. Każdy najmniejszy niuans wpływa znacząco na końcowe zabarwienie dźwięku i specyfikę instrumentu. Przy tym Sąd Najwyższy[31] wykazał, iż „przejawem działalności twórczej jest będący wynikiem samodzielnego wysiłku autora rezultat, różniący się od innych rezultatów, a indywidualny charakter dzieła wyraża się tym, że odbiega ono od innych przejawów podobnego działania w sposób świadczący o jego swoistości i niepowtarzalności. Fakt, iż możliwe jest uzyskanie analogicznego rezultatu przez różnych autorów, nie stanowi samodzielnej przesłanki wykluczającej przypisanie danemu przejawowi działalności twórczej charakteru indywidualności w rozumieniu art. 1 ust. 1 PrAut". Ta sama rzecz ma się porównania misternie odwzorowanej kopii, często falsyfikatu modelu instrumentu do oryginału dla osoby grającej na nim wzbudzi uzasadnione podejrzenie autentyczności instrumentu, ze względu na własne, specyficzne brzmienie.

## 7. Ustalenie

*Utwór staje się społecznym dobrem chronionym przez prawo z momentem jego zakomunikowania*[32].

Ustalenie dzieła to finalizująca kreacyjny i zindywidualizowany proces twórczy i zarazem warunek *sine qua non* uzależniający chwilę powstania ochrony prawnoautorskiej, którym jest ukazaniem dzieła w postaci umożliwiającej percepcję z przedmiotem przez odbiorców.

W świetle przepisów prawa autorskiego nie jest wymagane zapisanie w dowolnej postaci utworu, które umożliwi jego

wielokrotne odtworzenie w dowolnym czasie, czyli utrwalenia dzieła na nośniku materialnym. Istotnym jest, by idea, czy pomysł twórcy został wydobyty w poza jego intelektu i został wykreowany w jakieś formie zewnętrznej trwałej lub nietrwałej. Ponadto jest wystarczającym, iż uzewnętrznienie utworu potencjalnie umożliwi zapoznanie się z nim, które nie musi być skierowane do konkretnego odbiorcy[33]. Podsumowując nie jest wymaganym dla uznania danego wytworu za utwór, jego utrwalenie[34], wystarczy bowiem jego ustalenie. Ustalenie to może przybrać postać nietrwałą, jednak na tyle stałą, ażeby treść i cechy utworu wywierały na odbiorcy efekt artystyczny[35].

Odnosząc się do przedmiotu niniejszych rozważań, utwór lutniczy jest tym rodzajem dzieła, które ze względu na swój charakter ustalane jest w postaci utrwalenia, tj. trójwymiarowej bryły[36]. Ściślej ujmując dla możliwości zapoznania się z dziełem lutniczym, konieczne jest jego utrwalenie w formie instrumentu muzycznego. Ponadto na ustalenie utworu lutniczego składa się również chwila, w której osoba trzecia poza poznaniem wyglądu pozna dźwięczność instrumentu.

## 8. Pozycja utworu lutniczego w prawie autorskim

Utwór lutniczy jest bardzo skomplikowanym tworem, z którego to powodu rodzą się kontrowersje i komplikacje w jego przyporządkowaniu, konstrukcji i objęciem właściwą ochroną. Utwór lutniczy jest kompilacją *aspektów rzeźby, malarstwa, kompozycji, mechaniki, sił fizycznych, akustyki, a nawet elementów architektury*[37] i dodatkowo obejmuje go *dwoista struktura, na którą składają się: warstwa brzmieniowa (treść) oraz warstwa plastyczna (forma)*[38]. H. Przybysz[39] przedstawia dwie różniące się definicje utworu lutniczego. Wedle pierwszej jest to utwór muzyczny z przeznaczeniem do wykonywania na instrumencie muzycznym, a zgodnie z drugą mówimy o instrumencie lutniczym, który spełnia cechy utworu. Obie definicje nie są trafione, ponieważ pierwsza opisuje utwór muzyczny, zaś druga pomimo iż jest właściwa, może sprowadzać na tory utworu plastycznego, gdyż brak w niej akcentu brzmieniowego instrumentu.

Zajmując się lutnictwem, poszukujemy artystycznych walorów instrumentów. Spotykamy się z problemem, czy właściwie ulokowano wytwór lutniczy jako jednej z pozycji przedmiotów prawa autorskiego, a zatem czy spełnia kluczowe przesłanki indywidualności i oryginalności. Oceny tych wartości zdaniem Sądu Najwyższego[40] powinny być dokonywane przez fachowca na podstawie analizy konkretnych cech dzieła.

Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem P. Ślęzak[41], iż owoc pracy lutniczej poprzez ustalenie w postaci instrumentu, nie jest wytworem intelektu, które powstaje w rezultacie swobodnej kreacji pracy lutnika. Wątpliwości nastręczyć może okoliczność, iż wytwór lutniczy znajduje się na pograniczu prawa autorskiego i prawa rzeczowego. Dzieła lutnicze są silnie zakorzenione w przedmiocie fizycznym. Są one rodzajem rezultatu pracy lutnika, który ustalony jest w postaci oryginału, którego odtworzenie (stworzenie repliki) jest niemożliwe, nawet przez samego twórcę. Jest to dzieło niepowtarzalne oraz dopiero styczność z oryginałem umożliwia poznanie dzieła, co wskazuje na indywidualizm utworu.

Istotny jest głos w dyskusji prof. dr hab. J. Błeszyńskiego[42], według którego budowanie i konserwacja instrumentów lutniczych, wymaga zasobów wiedzy i umiejętności warsztatowej, a przede wszystkim oryginalnego rozwiązywania struktury i formy instrumentu. Nabycie tych umiejętności nadaje lutnikowi wyrazu osobowości twórcy formy artystycznej. Powołując się na art. 1 ust. 1 Pr. Aut., użytkowy charakter pracy lutnika również nie wyklucza wytworzonego utworu spod ochrony prawa autorskiego.

W obliczu zagadnień ochrony, akustyczne walory instrumentu są jego integralną częścią i bez wątpienia zasługują na objęcie ochroną prawnoautorską, gdyż samo brzmienie instrumentu, podobnie jak utworu muzycznego odbierane jest za pomocą predyspozycji słuchowych i podlega tejże ochronie. Z tego powodu moim zdaniem, nie można przyjąć, że jakość brzmienia instrumentu jest tą szczególną właściwością instrumentu, która nie jest swoistym elementem procesu twórczego artysty i nie jest nacechowane indywidualnością autora[43]. Za słusznością odrzucenia tezy o wykraczaniu poza samym przedmiotem utworu[44] przemawia to, iż podczas międzynarodowego konkursu lutniczego im. H. Wieniawskiego, wśród wartości lutniczych i zdobniczych, odrębnie oceniane i nagradzane są po wszechstronnym przesłuchaniu walory dźwiękowe instrumentu. Ponadto prace konserwatorskie instrumentów, których zasady omówię w dalszej części pracy, dotyczą stricte postępowania mającego na celu ochronę przed nieetycznymi zmianami w jakości dźwięku instrumentów przy zabiegach przywracających im stan używalności.

W doktrynie istnieje przekonanie, iż niewłaściwym jest umieszczenie wytworu lutniczego wśród przedmiotów prawa autorskiego. J. Barta i R. Markiewicz[45] śmiało kwestionują i uznają istniejący stan rzeczy za błąd ustawodawcy. Przychylna jestem stwierdzeniu M. Mrożka[46], iż zbędne są dywagacje czy wytwory lutnicze powinny podlegać ochronie i czy powstały w wyniku błędu ustawodawcy, ponieważ zostały objęte i utrzymane w ochronie wśród innych kategorii utworów, pomimo kolejnych nowelizacji ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

## 9. Badanie ankietowe

W ramach artykułu przedstawiono analizę wyników ankiety przeprowadzonej w 2017 r., wśród lutników. Głównym celem ankiety było poznanie praktycznej wiedzy respondentów i jej wykorzystywania w życiu oraz propozycji dotyczących zmian w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych z dnia 4 lutego 1994 r.. Ankieta autorska składała się z 17 pytań, 13 zamkniętych, wśród których 11 stanowiło pytania jednokrotnego wyboru, 2 wielokrotnego i 4 otwarte. W badaniu wzięły udział 63 osoby.

Ankietowanych podzielono na dwie grupy, stosownie do przepracowanych lat w lutnictwie: do 10 lat (9%), powyżej 10 lat (91%). Zdecydowana większość respondentów jest członkiem Związku Polskich Artystów Lutników (94%), zaledwie 6% nie należy do Związku. Pośród ankietowanych 100% deklaruje tworzenie nowych instrumentów strunowych i jedynie 2% z nich nie zajmuje się naprawą tychże instrumentów. Zdecydowany odsetek ankietowanych (94%) podejmuje się naprawy instrumentów wytworzonych przez siebie i innych twórców. Zapytano respondentów, czy uważają, iż wytworzone przez siebie instrumenty strunowe są indywidualne i oryginalne, wszyscy respondenci (100%), odpowiedzieli twierdząco. Ponadto poproszono o określenie, w czym wyraża się indywidualizm i oryginalizm instrumentu strunowego. Ankietowani mogli wybrać jedną z pośród 4 odpowiedzi: w brzmieniu (13%), w konstrukcji (1%), w obu jednocześnie (38%) oraz inne. Udzielając najwięcej odpowiedzi „inne" (48%), respondenci opisowo wymienili: połączenie gałęzi sztuki niuansów piękna wizualnego (plastyki, architektury) i dźwięku upatrywanego w wykonaniu, stylistyce i kunszcie.

W następnej kolejności zbadano świadomość i znajomość prawną lutników. Dla zdecydowanej większości (94%) na postawione pytanie, czy traktują instrumenty jako wytwór lutniczy, który powinien podlegać ochronie prawnej, padła pozytywna odpowiedź. Ponadto zadawalająca liczba ankietowanych (74%) deklaruje znajomość regulacji prawnych chroniących wytworzone przez siebie instrumentów muzycznych, określonych w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych, jako utwory lutnicze oraz dla 92% ochrona autorska instrumentów jest istotna. Zasadniczym było zapytanie, czy wobec powyższego korzystano z prawnych dobrodziejstw ustawy o prawie autorskim, była to nieliczna 11% grupa.

W dalszej części zadano pytanie otwarte, w którym lutnicy mogli swobodnie się wypowiedzieć w kwestii — jaki zakres napraw nie narusza ich zdaniem praw autorskich twórcy instrumentu. To zagadnienie nie jest zdaniem artystów lutnictwa proste i jednoznaczne, ponieważ główny problem dotyczy sfery dźwiękowej, na którą odmiennie od plastyki, wpływają także elementy wymienne takie jak dusza, czy podstawek.

Ankietowani zgodnie i poza nielicznymi wyjątkami są zdania, iż stosują „niepisaną" zasadę wobec żyjącego autora instrumentu i bez jego zgody, nie podejmują się napraw instrumentu. Nie jest dla większości jasne, jak obrazuje się sytuacja odnośnie autorów nieżyjących. Jest to kwestia bardzo dyskusyjna, dlatego w tym przypadku wykonują zmiany na zlecenie klienta instrumentalisty. Odnosząc się do żyjących autorów instrumentu, znaczna część lutników twierdzi, iż zakres napraw dotyczy tych elementów instrumentu, które nie są połączone na stałe z instrumentem i które nie dotyczą konstrukcji i stylistyki. Są to drobne i funkcjonalne (umożliwiające grę) naprawy takie jak: ustawienie duszy, wymiana podstawka, strunociągu, podbródka, kołków, wymiana strun, guzika, retusz i konserwacja lakieru (w jak najmniejszym stopniu, gdyż to bezpośrednio charakteryzuje lutnika), proste klejenia pękniętego instrumentu. Dodatkowo naprawianie elementów brakujących w instrumencie (narożniki, czy krawędzie). Reasumując konserwacja dotyczy zewnętrznych zużywalnych w wyniku eksploatacji i ruchomych części instrumentu.

Według mistrzów lutnictwa niedopuszczalne jest bez zgody autora naruszanie konstrukcji i stylistyki, która charakteryzuje danego lutnika i którego naruszenie nieodwracalnie zmieni, szczególnie korpusu, tzn. otwieranie instrumentu, zmiana belki basowej, zmiana grubości płyt (wypukłości), czy szyjki i jej kąta, zmiana krawędzi i boczków, ściąganie i nakładanie lakieru, jak również kształtu ślimaka. Wybiórczo występują odpowiedzi wśród artystów lutnictwa za dokonywaniem zmian bez granic ze względów na podniesienie walorów dźwiękowych, bez naruszania warstwy artystycznej dzieła, jednakże większa część uznaje korygowanie dźwięku (np. z jasnej barwy na ciemną) za zabroniony. Konserwacja powinna być zgodnie we wszystkich odpowiedziach zachowawcza i zapobiegawcza, wykonana z pieczołowitością i profilaktyką konserwatorską, nie zapominając o etyce i zasadach konserwatorskich, gdzie dokonywanie zmian następuje w minimalnym stopniu z zachowaniem autentycznych elementów i oryginalnej koncepcji autora. Powinna być zachowana nie tylko forma, ale również część wizualna (plastyczna) i dźwiękowa, która jest nieuchwytna. Niedopuszczalnym jest zmiana tradycyjnej formy instrumentu w nowoczesną. Ciekawym jest spostrzeżenie lutników, którzy oponują za przestrzeganiem etyki, iż nadmierna ingerencja w cudze dzieło, rzutuje na autora i jego postrzeganie, a przy tym nie znają możliwych dróg prawnych, które umożliwiłyby egzekwowanie swych autorskich praw osobistych.

Ważnym z powodu możliwości nowelizacji opisywanej ustawy było poznanie opinii lutników, na postawione pytanie, czy aprobują za propozycją zmiany art. 1 ust. 2 pkt 4 w formie wykreślenia z ustawy. Stanowczo 98% ankietowanych odrzuca taką możliwość.

Kolejnym pytaniem był wybór propozycji zmiany zakwalifikowania utworu lutniczego do innych kategorii utworów: plastycznych, wzornictwa przemysłowego oraz muzycznych. Zastosowano opcję pytania zamkniętego z możliwością wielokrotnego wyboru. Odnośnie utworu plastycznego oponentów było 79%, wzornictwa przemysłowego 96%, a utworu muzycznego 81%. Zwrócono się także z prośbą o uzasadnienie dokonanych wyborów, wspólnym łącznikiem odpowiedzi było stanowisko, że lutnictwo jest wielopłaszczyznową, odrębną dziedziną sztuki i istotne jest rozgraniczenie od pozostałych dziedzin, głównie ze względu na nierozerwalnie związaną z nią warstwą brzmieniową instrumentu. Dzieła lutnicze jako dzieło sztuki, a zarazem narzędzie pracy, swym zakresem łączą dwie pozostałe kategorie (to kompilacja piękna linii kształtów z ergonomią i prawami fizyki wygody gry oraz symbioza pomiędzy kompozytorem, lutnikiem, a instrumentalistą).

W ostatnim zasadniczym, wieńczącym badania ankietowe pytaniu, poproszono o zaproponowanie zmian lub wniesienie nowych propozycji w dotychczasowych przepisach prawnych dotyczących przedmiotu prawa autorskiego utworu lutniczego. Na powyższe pytanie odpowiedziało niespełna 1% ankietowanych. Odpowiedzi jakie padały to, propozycja wprowa-

dzenia wypłaty tantiem za wykonywane koncerty solowe, tudzież kwartetowe z łącznym obowiązkiem podawania do publicznej wiadomości autora/autorów instrumentów, na których wykonany został utwór.

## 10. Uwagi końcowe

Omawiając problematykę konstrukcji ochrony utworu lutniczego, warto pokrótce przedstawić zagadnienia łączące się z zabezpieczeniem praw osobistych, jak również majątkowych, które przysługują artystom lutnictwa. Prawa osobiste ugruntowane w art. 16 PrAut stanowią nieograniczoną w czasie i niepodlegającą zrzeczeniu się lub zbyciu więzi twórcy z utworem. Charakteryzuje je więc niezbywalność, niedziedziczność, skuteczność *erga omnes*, jak i w szczególności personalny charakter. W konsekwencji chroni się więź mentalną i uczuciową artysty z własnym wytworem intelektu[47].

Z otwartego katalogu dóbr osobistych do lutnictwa znaczące zastosowanie ma prawo do autorstwa i oznaczenia utworu poprzez umieszczanie wewnątrz pudła rezonansowego karteczkę rozpoznawczą z sygnaturą danego lutnika, które często w historii usuwano czy podrabiano dla podniesienia wartości artystycznej innym instrumentom

Kolejnym uprawnieniem, do którego naruszeń dochodzi, jest prawo do integralności utworu, która wiąże się z ochroną w zakresie ingerencji w utwór. W sytuacjach uszkodzenia niezbędna jest konserwacja (naprawa lub przeróbka) instrumentu przez fachowca, tj. dopuszczalna ingerencja w dzieło z poszanowaniem praw twórcy, przy czym dopuszczalnym myślą art. 49 ust. 2 Pr. Aut. jest czynienie zmian w utworze, które są oczywistą koniecznością, nie powodujące podstaw do sprzeciwu twórcy, ponieważ nie naruszają natury dzieła. Sztuka konserwacji to według M. Pielaszka[48] *zespół czynności służących przede wszystkim do zachowania i zabezpieczania materii zabytkowej przed dalszym niszczeniem*.

W związku z tym konserwatora oryginalnych mistrzowskich instrumentów lutniczych obowiązuje Kodeks Etyki Konserwatora Dzieł Sztuki[49] omawiający założenia etyki i zasady prowadzenia prac konserwatorskich przyjęte przez Ogólnopolską Radę Konserwatorów Dzieł Sztuki. Wśród najważniejszych są: zachowanie bezstronności wobec reprezentowanych przez dzieło sztuki walorów i treści, kierując się szacunkiem wobec autentyku. Stosuje odpowiednie techniki konserwatorskie, materiały i technologie zgodnie z zasadami postępowania konserwatora; konserwator obowiązany jest stałego podnoszenia i uaktualniania swoich kwalifikacji zawodowych, gdyż brak wiedzy nie usprawiedliwia jego błędów; konserwator zobligowany jest do przeciwstawiania się sytuacjom zagrażającym dziełu. Używając nowych materiałów, kieruje się testami, opracowaniami i opiniami innych konserwatorów i laboratoriów konserwatorskich; konserwator powinien być świadomy przepisów i regulacji prawnych, które mają wpływ na jego działalność zawodową (kodeks cywilny, ustawa o prawach autorskich i prawach pokrewnych, ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami). Pośród zasad najistotniejsze znaczenie mają: konserwator jest rzecznikiem twórcy dzieła sztuki poddawanego konserwacji. Nie dopuszcza do zmian autorskich cech dzieła, jego walorów stylowych, artystycznych i wartości dokumentalnych. Ponadto musi uwzględniać znaczenie historycznych przekształceń dzieła we wcześniejszych pracach konserwatorskich, jeżeli reprezentują istotne wartości; w sytuacji słabo zachowanych śladów autentyku należy je zachować, zabezpieczyć i udokumentować, nie dopuszczając do ich zniszczenia; po rozpoznaniu dzieła tworzy się projekt konserwatorski, który obejmuje zespół zintegrowanych działań, zmierzających do opracowania etapów procesu konserwacji i mających na celu dobro dzieła sztuki; Stworzony projekt konserwatorski i jego realizacja jest własnością intelektualną i stanowi dzieło naukowo — artystyczne, podlegające ochronie prawa autorskiego; w konserwacji stosuje się zasadę odwracalności zabiegów, metod i materiałów w zakresie prac tego wymagających; wszelkie prace zgodnie z zasadami przewidzianymi w schemacie dokumentacji prac konserwatorskich, podlegają dokumentacji i archiwizacji, która na życzenie osób zainteresowanych może zostać udostępniona.

W konserwacji instrumentów poza materiałami, szczególne znaczenie ma zabezpieczenie brzmienia instrumentu, przy użyciu trwałych i usuwalnych materiałów[50].

Znaczącym problemem jest zakres ingerencji konserwatora w odtworzeniu świetności znacznie zniszczonych dzieł instrumentalnych[51], tzw. kopiowanie destruktów[52]. Zakres czynności renowacyjnych miałby na celu jedynie przywrócenie wartości charakterystycznej dla tego dzieła. Niedopuszczalnym byłoby więc użycie materiałów zmieniających charakter struktury budowy i brzmienia instrumentu. Bardzo trudnym zadaniem jest restauracja i rewaloryzacja w procesie, których jest wymagana naprawa szkód, które powstały w wyniku użytkowania lub biegu czasu. Większość uszkodzeń może być nieodwracalna. Rekonstrukcja choćby ograniczona do wymaganego minimum, będzie sprawiała wrażenie instrumentu pierwotnego, chodź w rzeczywistości będzie on mniej oryginalny. Aby jak najdłużej zachować wartość oryginalną instrumentów muzycznych poddawanych konserwacji, powstał w środowisku lutników etyczny nakaz minimalnej interwencji. Wymusza on nakaz ograniczenia wszelkich zabiegów konserwatorskich do minimum. Wynika to z faktu, że w historii „życia instrumentu" wszelkie zabiegi konserwatorskie kumulują się w przeszłości i w przyszłości. Zbytnia ingerencja mogłaby w pewnym okresie użytkowania instrumentu zmienić jego cechy nadane instrumentowi przez wytwórcę. Wyjście poza nakaz etyczny wyżej opisany, można by uznać jako dopuszczalny tylko w wyjątkowych przypadkach przy poszanowaniu praw autorskich żyjących twórców instrumentu za ich wyraźną zgodą. Ingerencja w konstrukcję instrumentu przez samego twórcę wydaje się być oczywista w celu podniesienia jego walorów. W szczególnie trudnych sytuacjach dotyczących instrumentów w destrukcji twórców nieżyją-

cych Kodeks Etyki Konserwatora Dzieł Sztuki nakazuje konsultacje i współpracę z szerszym gremium fachowców w tej dziedzinie, nie znosząc odpowiedzialności z konserwatora[53].

Reasumując, konserwacje warsztatowe mają na celu doprowadzenie instrumentu do stanu użyteczności. Mimo indywidualności w odbiorze foniatrycznym, nie powinno się zmieniać pierwotnego brzmienia instrumentu. W środowisku konserwatorów jest zgoda, na wszelkie zabiegi i poprawki mających na celu polepszenie ich wartości użytkowej w instrumentach seryjnych fabrycznych, manufakturowych i instrumentach niskiej klasy, nie chronione przepisami prawa autorskiego i patentami. Działania takie miałyby wpływ na poprawę i zmianę brzmienia[54].

Ponadto szczątkowe znaczenie ma prawo do decydowania o pierwszym udostępnieniu utworu publiczności oraz nadzorem nad korzystaniem z niego, z uwagi na naturę zarobkową pracy lutnika i funkcji wytworu (publiczną grę na instrumencie).

Prawa majątkowe również, podobnie jak inne utwory, obejmują działania lutnicze. W każdym z jego rodzajów, tj. poprzez samodzielne korzystanie z wytworzonego instrumentu, rozporządzanie nim (najczęściej poprzez zawarcie umowy sprzedaży), jak również prawo do pobierania honorarium za korzystanie z utworu. Jednakże niestety ze względu na osobliwość utworu w jego ścisłym związku z przedmiotem materialnym są one ograniczone. Twórca z chwilą wprowadzenia do obrotu oryginału instrumentu przenosi w umowie kupna sprzedaży autorskie prawa majątkowe i traci możliwość czerpania przyszłych korzyści majątkowych za eksploatacje utworu. W przypadku powyższych naruszeń (osobistych i majątkowych), lutnik ma możliwość dochodzenia swych praw poprzez powództwo o zasądzenie: odszkodowania, zadośćuczynienia, czy o zaniechanie naruszenia, przy czym za naruszenie praw majątkowych możliwe jest również wystąpienie z żądaniem o wypłacenie wynagrodzenia za korzystanie utworu.

## 11. Podsumowanie

Analizując melizmaty (niuanse) w elementach budowy skrzypiec i mając za sobą lata praktyki gry, bez wątpienia każdy instrument strunowy, będący wynikiem żmudnej pracy lutnika, zasługuje na miano jedynego w swoim rodzaju dzieła, o czym świadczy to, iż skrzypce, które jako jedyne mają „duszę", wskazują, że nie mamy styczności z przedmiotem, ani dziełem stolarskim, zaś rozprawiamy o „pewnym uduchowionym dziele ludzkiej wyobraźni, który w jakiś sposób zawsze ociera się o swoisty mistycyzm[55]". Ponadto lutnicze dzieła porównuje się do człowieka, gdzie tak jak na całym świecie nie ma dwóch identycznych twarzy ludzkiej, tak cechy stylistyczne każdego z autorów są różne.

Potwierdzeniem tezy na indywidualizm dzieł lutniczych są etapy właściwego wyboru drewna i jego struktury, wybór modelu (np. włoskiego, francuskiego, niemieckiego, polskiego czy własnego), parametry płyt pudła rezonansowego, rzeźbienie sklepień, wklęsek, kształt narożników, otworów rezonansowych, rzeźbienie główki, czy sposób wykonania i nałożenia podkładów, impregnatu, lakieru. Pozwala to na odróżnienie wysmakowania i „szkoły" danego artysty lutnika. Przy czym wykonywane instrumenty u jednego lutnika również różnią się między sobą, ponieważ niemożliwym jest stworzenie idealnie takich samych instrumentów, gdyż poza wartościami sprawności manualnej i doskonałego słuchu lutnika, istotne jest brzmienie, które zależy od odpowiedniego doboru materiału — drewna, odpowiedniego uformowania sklepień i odpowiedniego rozłożenia grubości płyt. Na brzmienie wpływ mają na to także warunki atmosferyczne. Należy mieć przy tym na uwadze, że nie każdy piękny instrument jest proporcjonalnie dźwięczny i „pełen życia". Lutnictwo jest trudne i ograniczone prawami fizyki i weryfikowalne, dlatego lutnik podnosi ten trud pogodzenia siły i maestrii dźwięku.

Biorąc powyższe na uwadze, wytwory pracy polskich szkół lutniczych, na tle świata są szanowane i spełniają kryterium subiektywnej, jak i obiektywnej nowości i unikalności instrumentów, a zatem są dziełem spełniającym warunek twórczości, jak i indywidualności, a w konsekwencji zasługują na objęcie ochroną prawa autorskiego.

## Bibliografia

Barta, J., Markiewicz, R. (2017). (red.). *System prawa prywatnego. Prawo autorskie* (Tom 13). Warszawa.

Błeszyński, J. (1988). *Prawo autorskie*. Warszawa.

Czub, K. (2011). *Prawa osobiste twórców dóbr niematerialnych*. Warszawa.

Harajda, H., Łapa, A. (2002). *Akustyczne zagadnienia lutnictwa* (cz. 1). *Dobór drewna*. Poznań.

Kamiński, W. (1969). *Skrzypce polskie.* Kraków.

Kamiński, W., Świrek, J. (1972). *Lutnictwo. Wstęp do sztuki lutniczej*. Kraków.

Kamiński, J. (1986). Zamiast recenzji. Głos w dyskusji nad kryteriami oceny dzieł sztuki lutniczej. *Lutnictwo*. *Biuletyn Związku Polskich Artystów Lutników*, (1).

Karoń, J. (1969). *Poznaj skrzypce. Co powinniśmy wiedzieć o skrzypcach*. Kraków.

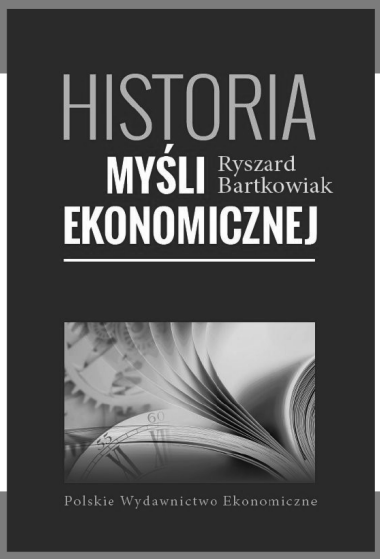
Machała, W. (2013). *Utwór. Przedmiot prawa autorskiego*. Warszawa.
Mróz, M. (2011). *Utwór lutniczy w prawie autorskim* (Tom 8). W: Opole. Opolskie studia administracyjno-prawne.
Przybysz, H. (2003). *Leksykon własności przemysłowej i intelektualnej*. Kraków.
Reiss, J. (1924). *Skrzypce. Ich budowa, technika i literatura*. Kraków.
Reiss, J. (1955). *Skrzypce i skrzypkowie*. Kraków.
Sewerynik, A. (2014). *Prawo autorskie w muzyce*. Warszawa.
Szczepanowska-Kozłowska, K. (2010), *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 27.02.2009 roku*; sygn. akt V CSK 337/08, OSP (3), poz. 33.
Ślęzak, P. (2017). *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*. Warszawa.

**Strony internetowe**
https://orkds-zpap.pl/kodeks-etyki-konserwatora-restauratora-dziel-sztuki/.
https://youtu.be/gXVaF2k4xnI.

**Wyroki**
Wyrok SN z 19.02.2014 roku, sygn. akt VCSK 180/13, Legalis nr 981905.
Wyrok SN z 15.11.2012, sygn. akt VCSK 545/ 11, LEX nr 1276237.
Wyrok SN z 25.04.1973 r., sygn. akt CR 91/73, OSNC 1974/3/50, LEX nr 1643.
Wyrok SN z 31.03.1938 r., sygn. akt C II 2531/37, LexPolonica nr 364518.

**Inne**
Dokument z archiwum Związku Polskich Artystów Lutników, Warszawa 1992.
Pielaszek, M. Podstawowe zasady obowiązujące konserwatorów dzieł sztuki, w tym konserwatorów oryginalnych mistrzowskich instrumentów lutniczych (referat wygłoszony na sympozjum lutniczym).

PWE poleca




Podręcznik prezentuje rozwój myśli ekonomicznej na tle zmieniającej się gospodarki – od XVIII do końca XX wieku. Od XVIII wieku główną formą gospodarowania jest gospodarka rynkowa, dlatego ówcześnie sformułowane teorie i powstałe nurty myśli ekonomicznej są w dużej części nadal aktualne i wykorzystywane w formułowaniu wytycznych dla polityki gospodarczej. Z tego powodu poznanie historii myśli ekonomicznej jest niezbędne dla zrozumienia zasad funkcjonowania współczesnej gospodarki.

Księgarnia internetowa **www.pwe.com.pl**

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.16

# Ochrona danych w marketingu internetowym — mechanizmy przetwarzania danych w Internecie

## Data protection in internet marketing — mechanisms of data processing on the Internet

***mgr Agata M. Kaczyńska-Kral***

E-mail: a.kaczynska@wpia.uw.edu.pl

**Streszczenie**

W niniejszym opracowaniu opisano współczesne sposoby wykorzystywania danych osobowych przez systemy informatyczne i technologie za pośrednictwem Internetu na przykładzie rozwiązania *lookalike* oraz ich wpływ na ujawnianie informacji dotyczących sfery prywatności osób, których dane dotyczą. Celem tej pracy jest przedstawienie ochrony danych osobowych przetwarzanych na masową skalę za pośrednictwem Internetu na podstawie Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE, zwanego dalej: „RODO".

**Słowa kluczowe:** ochrona danych osobowych, Internet, marketing, RODO, *lookalike*.

**Summary**

This report describes modern ways of using personal data by IT systems and technologies via the Internet on the example of a lookalike solution and their impact on disclosing information about the private sphere of data subjects. The aim of this work is to present the protection of personal data processed on a mass scale via the Internet on the basis of Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, hereinafter: 'RODO'.

**Key words:** personal data protection, Internet, marketing, GDPR, lookalike.

## 1. Wprowadzenie

Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie prawnych aspektów zautomatyzowanego przetwarzania danych za pośrednictwem Internetu z uwzględnieniem przykładów najbardziej popularnych technik masowego zbierania i przetwarzania danych w globalnej sieci.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE, zwane dalej: „RODO" jest unijną regulacją, której celem jest zapewnienie swobodnego przepływu danych osobowych pomiędzy państwami członkowskimi oraz wprowadzenie jednolitych, dla całej UE, zasad przetwarzania danych osobowych. W motywie szóstym RODO wskazano, że celem regulacji jest również uwzględnienie postępu technologicznego, który przyczynia się do nowych sposobów zbierania i przetwarzania danych, uwzględniając przy tym dużą skalę przetwarzania. Dlatego też, mając na względzie rosnące znaczenie zautomatyzowanego przetwarzania danych osobowych, wśród form przetwarzania wyróżniono „profilowanie". Jest ono częścią zautomatyzowanego przetwarzania, które może, ale nie musi wywoływać względem, osoby, której dane dotyczą, skutków prawnych lub takich, które w podobny sposób istotnie na nią wpływają (art. 22 ust 1 RODO). RODO wprowadziło definicję legalną „profilowania" i zgodnie z art. 4 pkt 4 RODO jest to *dowolna forma zautomatyzowanego przetwarzania danych, które polega na wykorzystaniu danych osobowych do oceny niektórych czynników osobowych osoby fizycznej, w szczególności do analizy lub prognozy aspektów dotyczących efektów pracy tej osobowy fizycznej, jej sytuacji ekonomicznej, zdrowia, osobistych preferencji, zainteresowań*,

*wiarygodności, zachowania, lokalizacji lub przemieszczania się*. Należy tutaj zaznaczyć subtelną różnicę pomiędzy definicją legalną zawartą w art. 4 pkt 4 RODO a definicją uwzględnioną w motywie 71 RODO, w którym uznano, że „profilowanie" polega *na dowolnym zautomatyzowanym przetwarzaniu danych osobowych pozwalającym ocenić czynniki osobowe osoby fizycznej* (…). Zgodnie z definicją legalną profilowanie polega na *wykorzystaniu danych osobowych do oceny niektórych czynników osobowych osoby fizycznej* (…), co wyraźnie wskazuje na konkretną czynność techniczną oznaczającą porównywanie danych, grupowanie cech, analizy, prognozy lub oceny. Motyw 71 RODO uznaje profilowanie jako dowolne przetwarzanie danych, które w przyszłości pozwalają ocenić czynniki osobowe osoby fizycznej. Jest to szerokie ujęcie tego pojęcia uzależniające jego istnienie bardziej od możliwości jakie daje zebranie określonych danych aniżeli faktycznej czynności „wykorzystania do oceny". Należy uznać, że definicja legalna zawarta w art. 4 pkt 4 RODO trafniej opisuje techniczne ujęcie „profilowania", dlatego w niniejszym artykule to ta definicja będzie punktem odniesienia do dalszych rozważań.

W art. 2 ust. 1 RODO odróżnia się „całkowicie" i „częściowo" zautomatyzowane przetwarzanie danych, choć takie rozróżnienie nie jest uzasadnione ze względu na brak w dalszej części RODO odniesień do częściowego zautomatyzowania danych. W takim przypadku bez względu na to jaka część procesu jest zautomatyzowana to powinniśmy odnosić się do tego jak do całkowitego zautomatyzowania przetwarzania w ograniczeniu do określonego fragmentu procesu (Litwiński, 2017, komentarz do art. 2). Przetwarzanie danych osobowych można podzielić zgodnie z zaprezentowanym schematem na rysunku 1 ze względu na formę oraz skutek.

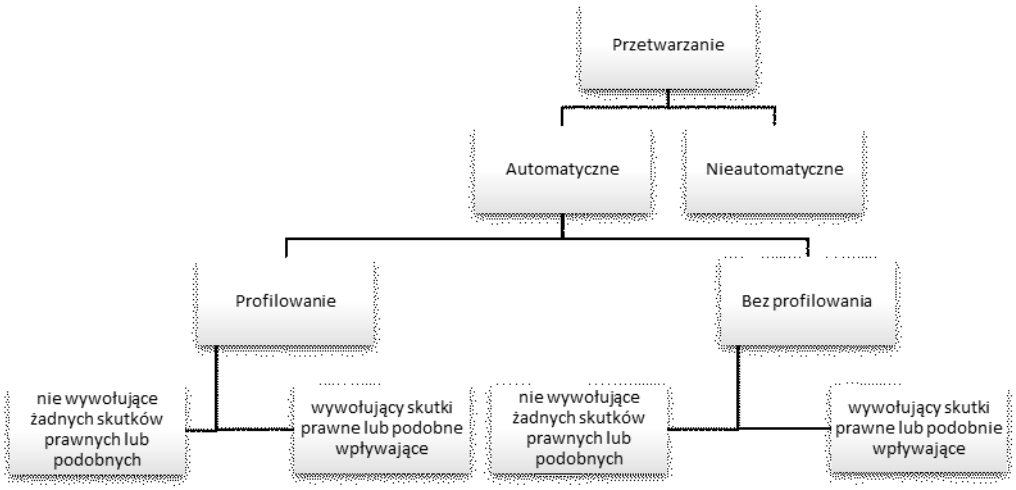
Przetwarzanie niezautomatyzowane w dużej mierze odnosi się do procesów wykonywanych ręcznie (biblioteki, archiwa papierowe), ale może odbywać się także za pomocą komputera i przy użyciu Internetu. W takich przypadkach sieć ogólnoświatowa używana jest jako sposób magazynowania danych, np. w postaci plików programu Excel zawierających dane osobowe przechowywanych w chmurze obliczeniowej (np. OneDrive lub GoogleDoc). Takie przetwarzanie, co do zasady, nie jest powiązane z przetwarzaniem danych użytkowników Internetu i masową aktywnością tych użytkowników w sieci.

Zautomatyzowane przetwarzanie danych osobowych, w szczególności profilowanie wywiera istotny wpływ na prawa i wolności obywatelskie. Użytkownik Internetu, który na portalu internetowym wyraził zgodę na śledzenie jego ruchu w sieci może nie być świadomy, że przy obecnej technologii jest możliwość powiązania jego danych z innymi portalami i urządzeniami, na których jest zarejestrowany i uzyskać przy tym informacje, których użytkownik nie chciałby udostępniać szerszemu gronu odbiorców.

## 2. Profilowanie a śledzenie

W świetle RODO, każdy użytkownik Internetu przeglądający strony WWW powinien mieć możliwość podjęcia świadomej zgody na zbieranie danych osobowych, w tym służących do śledzenia i profilowania. Powinien także, zostać poinformowany o celu przetwarzania oraz jakiego rodzaju dane w wyniku takiego profilowania będą zbierane — motyw 60 (RODO, 2016). Użytkownik powinien uzyskać za pośrednictwem odpowiedniej klauzuli (art. 13 i 14 RODO), informacje, kto i w jaki sposób będzie administrował pozyskanymi w wyniku śledzenia danymi. W RODO nie ma zdefiniowanego terminu „śledzenia", bowiem jest to jeden ze sposobów zbierania danych uzależniony od aktywności użytkownika na stronie WWW. Jednak jego zdefiniowanie

Rysunek 1
**Formy przetwarzania danych osobowych**




Źródło: opracowanie własne.

jest istotne, aby określić odpowiedni moment, w którym rozpoczyna i kończy się profilowanie. Śledzenie nie wyczerpuje treści „profilowania". Śledzenie rozpoczyna się od momentu, kiedy użytkownik Internetu wyrazi zgodę na zbieranie danych w poprzez pliki cookie i kończy się wraz z usunięciem tych plików. Technicznie ujmując, użytkownik jest śledzony za pośrednictwem pliku cookie osadzonym na komputerze, a podmiot trzeci może rejestrować szereg informacji związanych z przeglądaniem przez użytkownika stron internetowych. Ten moment nazywa się prawidłowo „śledzeniem". Samo zbieranie informacji na podstawie śledzenia nie wyczerpuje jeszcze treści profilowania, które rozpoczyna się w momencie, kiedy dane zebrane podczas śledzenia zostaną wykorzystane do analizy i oceny czynników osobowych. Pliki cookie zapisujące dane sesyjne również zbierają informacje odnoszące się do działań użytkownika na stronie internetowej, np. weryfikują, czy użytkownik korzysta ze strony, czy też jest nieaktywny, celem automatycznego wylogowania na skutek braku aktywności. Mogą jednak zawierać szereg informacji, które potencjalnie mogłyby zostać wykorzystane do oceny niektórych czynników osobowych. Pliki sesyjne nie służą jednak do oceny czynników osobowych osób fizycznych i dlatego tworzenie plików sesyjnych nigdy nie mieściłoby się w pojęciu profilowania. Pliki cookie pozwalają nie tylko na zbieranie danych z urządzenia użytkownika, ale również pozwalają na przesyłanie do przeglądarki odpowiednich instrukcji dotyczących wyświetlania zindywidualizowanych treści. W związku z powyższym w ramach procesu zautomatyzowanego przetwarzania wykonuje podprocesy, które nie przetwarzają danych do oceny niektórych czynników osobowych osobowy fizycznej np.: śledzenie, łączenie danych itp. (Mayer, 2009).

## 3. Profilowanie behawioralne

Niezależny europejski organ doradczy w zakresie ochrony danych osobowych i prywatności, zwany Grupą Roboczą art. 29 wyróżnił, w opinii (WP171, 2010, s. 7–9) w sprawie reklamy behawioralnej, dwa podejścia do tworzenia profili użytkowników. Pierwszy, tworzony na podstawie wnioskowania z obserwacji indywidualnego i zbiorowego zachowania użytkownik w czasie, zwany profilem predykcyjnym, oraz drugi tworzony na podstawie przekazywanych w ramach usługi sieciowej przez te same osoby, których dane dotyczą (profil jawny) np. podczas wypełniania formularza (WP171, 2010, s. 7–9). Należy mieć na uwadze, że powinno się uwzględnić również trzeci rodzaj profilowania tj. profilowanie mieszane. Najczęściej bowiem dane pozyskane np. poprzez wpisanie się do klubu lojalnościowego przedsiębiorcy, wzbogaca się łącząc z danymi pozyskanymi, np. z Facebook lub Google celem uzyskania lepszych rezultatów wnioskowania.

Profilowanie behawioralne ma swoje korzenie w psychologii i analizie kryminalistycznej sprawców przestępstw. Na podstawie badań zachowań użytkowników można wyszczególnić wzorce jakimi cechują się określone grup społeczne. W taki sposób powstają reguły typu: grupa ma cechę X to jest duże prawdopodobieństwo, że jej zachowanie będzie Y. Reklama behawioralna została przez Grupę Roboczą art. 29 zdefiniowana jako złożenie dwóch form zautomatyzowanego przetwarzania: śledzenia i profilowania behawioralnego. Polega ona bowiem na *monitorowaniu użytkowników podczas korzystania z Internetu i tworzeniu z biegiem czasu profili, wykorzystywanych następnie w celu wyświetlania użytkownikom reklam odpowiadających ich zainteresowaniom.* Zatem zbierane pliki cookie są wykorzystywane przez firmy z branży reklamowej bezpośrednio do śledzenia i profilowania behawioralnego celem utworzenia grup odbiorców, którym zostanie wyświetlona odpowiednia reklama lub zaprezentowana odpowiednia treść. Grupa odbiorców wybierana jest ze względu na współdzielone cechy np. wiek, obszar zamieszkania, czy przynależność do organizacji. Takie tworzenie grup, najczęściej rozdzielnych, nazywa się segmentacją.

Z technicznego punktu widzenia pliki cookie szybko tracą swoją przydatność do analiz. Uznaje się, że „zdrowy cookie", to taki, który ma co najwyżej miesiąc. Pliki tego typu, istniejące powyżej 180 dni tracą realną wartość analityczną. Dlatego tak istotnym jest, aby zbieranie plików cookie było procesem ciągłym. Firmy reklamowe, ze względu na to, muszą korzystać ze wsparcia wielu dostawców usług. W związku z powyższym zawierają umowy z wydawcami takimi jak: ogólnokrajowe oraz ogólnoświatowe czasopisma, które mają swoje strony i portale informacyjne, stacje telewizyjne itp. Te wszystkie podmioty współpracują ze sobą celem zbierania i utrzymania, bazy plików cookies, której wielkość może sięgać nawet kilkaset milionów plików cookie.

W związku z powyższym, aby robić reklamę behawioralną potrzebny jest udział wielu podmiotów w Internecie. Co ważniejsze, współpraca sieciowa jest niezbędna, aby można było utrzymywać ciągłe zasilanie baz danych nowymi plikami cookie (zdrowymi). W ramach reklamy behawioralnej stronami są operatorzy sieci reklamowych, dystrybutorzy reklam, reklamodawcy oraz wydawcy, którzy jako właściciele stron, czerpią dochody ze sprzedaży miejsc reklamowych (WP171, 2010, s. 5).

Należy mieć na względzie, że z punktu widzenia użytkownika Internetu zdarza się często, że wyrażona zgoda na stronie internetowej X, pozwoli firmie Y na połączenie tych danych z danymi pozyskanymi, np. przez Google oraz Facebooka i może stanowić bazę danych przekraczających znacznie informacje, na których ujawnienie zgodziłby się przeciętny użytkownik Internetu. Na podstawie tak zebranych danych można uzyskać szereg informacji na temat tego jaki kolor użytkownik lubi, jakie jest jego hobby, jaki jest poziom zamożności, orientacja seksualna, czy użytkownik jest w ciąży. Technicznie jest możliwe wybranie grupy potencjalnych osób homoseksualnych, którym chcielibyśmy wyświetlić reklamę dedykowaną tylko dla tej grupy. I technicznie nie potrzeba zbierania wprost informacji od członków tej grupy o ich orientacji seksualnej. Pod względem biznesowym profilowanie behawioralne wykorzystywane jest wyłącznie do

tworzenia reklam, które danemu użytkownikowi mogłyby przypaść do gustu. Taka reklama może być dobrana nie tylko ze względu na produkt, ale również ze względu na kolor jaki lubimy, klimat, muzykę etc. Sprofilowana reklama pozwala nawet na dobranie tła pod produktem. I takich informacji dostarcza profilowanie behawioralne.

Istotną kwestią jest jednak nie tylko to, że potrafimy zbadać użytkowników, którzy już są przekonani do jakiegoś produktu albo usługi. Dużo ciekawszą kwestią jest znaleźć podobnych do tych osób i zaoferować im produkt odpowiednio przedstawiony.

## 4. Mechanizm *lookalike*

O ile profilowanie behawioralne odpowiada na pytanie: Co i jak przedstawić użytkownikowi? To omawiany tutaj mechanizm wskazuje: Kto mógłby ten produkt kupić? Połączenie odpowiedzi na te dwa pytania dają pożądane rezultaty marketingowe.

Mechanizm *lookalike* ma na celu wyszukanie wśród użytkowników Internetu takich osób, które są podobne w swoim zachowaniu do próbnej grupy. Próbna grupa to np. lojalni klienci firmy samochodowej, którzy podali producentowi swoje adresy e-mail, celem otrzymywania systematycznego newslettera. Producent może teraz przekazać bazę adresów do firmy reklamowej celem stworzenia profilu behawioralnego grupy jego klientów. I na podstawie takiego profilu odbywa się wyselekcjonowanie z dużej bazy plików cookie, wszystkich tych, które reprezentują użytkowników o zrachowaniach zbieżnych z profilem. Zatem spośród użytkowników Internetu wyszukuje się ludzi o zbieżnych profilach z próbnymi grupami. To właśnie kryje się pod pojęciem „*lookalike*", czyli „wyszukiwanie podobnych". W taki sposób powstaje wzorzec, na podstawie, którego, z dużej bazy, spośród użytkowników, którzy nie znają danego przedsiębiorcy, zostaną wybrani wszyscy, których zachowania zbieżne są z zachowaniami próbnej grupy. Mechanizm *lookalike*, pozwala na wyszukiwanie podobnych sobie użytkowników do tych, których zachowanie jest nam znane. Na tej samej zasadzie można wydzielić grupę zwolenników jednej, albo drugiej partii spośród wszystkich użytkowników Internetu. Taki mechanizm wykorzystywany jest do wyświetlania reklam odpowiednim grupom odbiorców, bowiem łatwiej jest przekonać osobę przeglądającą strony internetowe z samochodami o nowej premierze oleju napędowego aniżeli osobę, która codziennie wchodzi na stronę: jakdojade.pl.

## 5. Uzasadniony interes administratora a profilowanie

Największym problemem dla podmiotów przetwarzających pliki cookie jest uzyskanie zgody od użytkowników Internetu na ich śledzenie i profilowanie. Obecnie wykorzystuje się wiele sposobów na obejście konieczności pozyskiwania zgód w sposób zgodny z RODO. Jedną z możliwości jest powołanie się na uzasadniony interes administratora. W świetle art. 6 pkt 1 lit. f RODO administrator, który przetwarza dane niezbędne do celów wynikających z prawnie uzasadnionych interesów przez administratora, albo stronę trzecią nie musi uzyskiwać zgody osoby, której dane dotyczą. Wyjątkiem od tej zasady jest sytuacja, w której interesy lub podstawowe prawa i wolności osoby, której dane dotyczą mają nadrzędny charakter wobec interesów administratora. Wyjątek ten nazywany jest testem równowagi. W polskim piśmiennictwie brak jest szerszej informacji na temat tego, na czym polega test równowagi i jak powinno się go przeprowadzić. Temat ten, zasługuje na odrębne omówienie, ale można poglądowo przeanalizować przygotowany test przez ICO, tj. brytyjski odpowiednich Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych (ICO, 2018). Należy uznać ten test oraz kwestionariusz LIA (ocena uzasadnionych interesów; ICO-LIA, 2018) za pożądany krok, w stosunku do podmiotów, które chcą w swojej działalności wykorzystać uzasadniony interes. Uzasadniony interes administratora jest pojęciem ogólnym, o dużym poziomie abstrakcji. Wykonanie porównania dwóch pojęć ogólnych i abstrakcyjnych, tj. interesu administratora oraz interesu osoby, której dane dotyczą może przysporzyć problemu a to nie wpływa w sposób prawidłowy na bezpieczeństwo, prawa i wolności osób, których dane dotyczą.

W świetle art. 40 RODO m.in. grupy zawodowe, związki pracodawców mogą tworzyć Kodeksy Postępowania, które po zatwierdzeniu przez Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych stają się obowiązującymi kodeksami dla poszczególnych branż i mogą stanowić na mocy art. 40 pkt 9 RODO akt powszechnie obowiązujący. IAB Polska (IAB — *Interactive Advertising Bureau*, czyli Związek Pracodawców Branży Internetowej) na swojej stronie internetowej przedstawiła projekt Kodeksu postępowania i dobrych praktyk w zakresie przetwarzania danych osobowych w branży reklamy internetowej, zwanego dalej: „Kodeksem IAB" (IAB, 2018). W punkcie 3.7 Kodeksu IAB wskazuje się, że *prawnie uzasadniony interes administratora danych lub strony trzeciej będący podstawą przetwarzania danych osobowych należy rozumieć w sposób szeroki, gdyż w praktyce obejmuje on interesy gospodarcze, faktyczne oraz prawne* (IAB, 2018). Ponadto Kodeks IAB proponuje wprowadzenie w punkcie 3.7.1 test równowagi oparty na czterech pytaniach. Jest to pożądany kierunek i zbieżny z tym, co uczynił brytyjski ICO.

Zgodnie z opinią Grupy Roboczej art. 29 (WP171, 2010) za działanie wykonywane w prawnie uzasadnionym interesie można uznać przetwarzanie danych osobowych od celów marketingu bezpośredniego. Kodeks IAB uznaje, że „dopasowanie treści serwisu internetowego do użytkownika" (IAB, 2018) jest również dopuszczalne. Nie ma w RODO legalnej definicji marketingu bezpośredniego. GIODO (obecny PUODO) w decyzji z dnia 11 maja 2012 roku stwierdził, że istotą marketingu bezpośredniego są takie działania, które kształtują popyt poprzez poszerzanie kręgu własnych nabywców, jak również poprawienie relacji pomiędzy firmą a klientem (GIODO, 2012). Zatem wszystkie

działania bezpośrednio wiążące administratora z klientami, np. programy lojalnościowe, newslettery z nowymi ofertami, kartki okazjonalne mieszczą się w granicach uzasadnionego interesu administratora i nie wymagają zgody osób, których dane dotyczą.

Należy mieć na względzie, że najważniejszą cechą wszystkich działań marketingowych, jest jak największa skala oddziaływania. Takie działania są możliwe tylko za pomocą ogólnopolskich mediów oraz plików cookie. Jednak dyskusyjne jest, czy administrator ma prawo wykorzystać uzasadniony interes do profilowania i wykorzystania, np. mechanizmu *lookalike* do realizacji własnych potrzeb marketingowych. Co do zasady, domy mediowe, czy agencje reklamowe są podmiotami przetwarzającymi dane osobowe, a klienci występują w roli administratora, który powierza i przetwarza na własne cele dane osobowe, przy wsparciu podmiotów przetwarzających. Przy takiej konstrukcji umownej nie sposób zarzucić, że administrator nie realizuje na swoją rzecz reklamy, a zatem mieści się to w granicach marketingu bezpośredniego. Jednakże problem stanowi test równowagi. Interes administratora przy profilowaniu przekracza granicę podstawowych praw i wolności osób, których dane dotyczą. Brak jest rzeczywistej możliwości przekazania osobom, których dane dotyczą, informacji o tym jakiego rodzaju dane będą zbierane podczas śledzenia i profilowania behawioralnego. Dane zbierane są automatycznie. Ponadto w bazie mogą znajdować się — i zapewne znajdują się — pliki cookie tego samego użytkownika powiązane z innymi udzielonymi wcześniej zgodami. Nikt nie jest w stanie zagwarantować, że po analizie systemowej wszystkich tych plików, osoba, której dane dotyczą zostanie rozpoznana przez system w grupie osób o odmiennej orientacji czy przynależności politycznej. Przed zbieraniem plików cookie i przed dokonaniem profilowania nikt nie jest wstanie stwierdzić, jakiego rodzaju dane osobowe będą zebrane. Śledzenie użytkownika istotnie wkracza w sferę prywatności i konsekwencje tego śledzenia są trudne do identyfikacji.

Ponadto należy podkreślić, że jest brak możliwości stosowania uzasadnionego interesu w stosunku do dzieci. Podzielić należy pogląd doktryny (Litwiński, 2017), że w tym przypadku uzasadniony interes może odnosić się wyłącznie do osób pełnoletnich.

## 6. Podsumowanie

Zautomatyzowane przetwarzanie danych osobowych jest mocno rozwijającą się formą przetwarzania i zapewne niedługo będziemy obserwowali coraz bardziej wyrafinowane możliwości wpływania na nasze wybory za pośrednictwem złożonych mechanizmów inteligencji obliczeniowej (zwanej również sztuczną inteligencją).

Należy jednak mieć świadomość tego, jakie możliwości daje profilowanie behawioralne i nie lekceważyć udzielanych zgód w Internecie, choć wbrew pozorom nietrudno jest być zapomnianym przez mechanizmy plików cookie. Jak wspomniano powyżej żywotność tych plików nie jest długa. Wystarczy nie korzystać z systemów, telefonów, tabletów przez okres jednego roku i możemy mieć pewność, że użytkownik nie jest dłużej śledzony.

*De lege ferenda* należy mieć na względzie, że profilowanie behawioralne oraz mechanizmy takie jak *lookalike* wkraczają nie tylko w sferę danych osobowych, którymi użytkownicy chętnie się dzielą, ale wkraczają w sferę prywatności, co do której świadomi użytkownicy nigdy nie dopuściliby osób trzecich. I przyszłe zmiany regulacyjne powinny uwzględnić ten fakt.

## Bibliografia


Carey, P. (2018). *Data Protection, A practical Guide to UK and EU Law*. Oxford: Oxford University Press.

Ciechomska, M. (2017). Prawne aspekty profilowania oraz podejmowania zautomatyzowanych decyzji w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych. *Europejski Przegląd Sądowy,* maj 1.

GIODO, D. (2012, 5 11). *Decyzja GIODO*. Warszawa.

IAB, P. (2018, 12 2). *Kodeks IAB*. Warszawa.

ICO. (2018, 12 2). https://ico.org.uk/.Retrieved from https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/lawful-basis-for-processing/legitimate-interests/

ICO-LIA. (2018, 12 02). https://ico.org.uk/.Retrieved from https://ico.org.uk/media/2258435/gdpr-guidance-legitimate-interests-sample-lia-template.docx

Mayer, J. R. (2009, 05 1). jonathanmayer.org. Retrieved from https://jonathanmayer.org/publications/trackingsurvey12.pdf

Litwiński, P. (2017). *Rozporządzenie UE w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Lloyd, I. J. (2017). *Information Technology Law*. Oxford: Oxford University Press.

RODO. (2016). Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE.

Stanisław Dmochowski, S. R. (2008). *Komentarz do Kodeksu Cywilnego, Księga Pierwsza, Część ogólna*. Warszawa: LexisNexis.

WP171, G. (2010). *Opinia Grupy Roboczej art. 29 nr 2/2010 z 22.06.2010 r. w sprawie reklamy behawioralnej* — WP 171.

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.17

# Przegląd wybranych europejskich modeli kodeksu rolnego w kontekście ich potencjalnego zastosowania dla kodyfikacji polskiego prawa rolnego

## The review of selected models of agricultural code in Europe in the context of their potential application to the codification of Polish agricultural law

***mgr Patryk Kalinowski***

E-mail: p.kalinowski@wpia.uw.edu.pl

**Streszczenie**

Rozpoczęcie prac kodyfikacyjnych w zakresie prawa rolnego — które postuluje autor artykułu — wymagałoby dokonania przeglądu wypracowanych modeli kodeksu rolnego w kontekście ich potencjalnego wykorzystania lub nawet zastosowania. W ramach niniejszego artykułu zostają przedstawione w zarysie wybrane europejskie modele kodeksu rolnego, tj. francuski, postradziecki, europejski (unijny), włoski i polski przedwojenny W.L. Jaworskiego. W podsumowaniu autor stawia tezę, że model francuski (*code rural*), postradziecki (kodeks gruntowy) oraz europejskie kodeksy rolnictwa nie powinny być brane pod uwagę przy ewentualnych pracach kodyfikacyjnych w Polsce. Zdecydowanie bardziej wartościowe oraz posiadające większy potencjał do wykorzystania są model włoski (*codice agricolo*) i model Kodeksu agrarnego W.L. Jaworskiego.

**Słowa kluczowe:** kodeks rolny, kodyfikacja prawa rolnego, prawo rolne.

**Summary**

The commencement of codification works in the field of Polish agricultural law — what the author of the article postulates — would require a review of the developed agricultural code models in the context of their potential use or application. This article outlines selected European models of the agricultural code — i.e. the French model, the post-Soviet model, the European model, the Italian model and the Polish pre-war model of W.L. Jaworski. In summary, the author puts forward the thesis that the French model (code rural), post-Soviet model (land code) and the model of European agricultural codes should not be taken into account in possible codification works in Poland. The Italian (codice agricolo) model and the agrarian code of W.L. Jaworski (kodeks agrarny) are definitely more valuable than others and have greater potential to be used.

**Key words:** agricultural code, codification of agricultural law, agricultural law.

## 1. Wprowadzenie

Gruntowna reforma prawa rolnego jest wyzwaniem, z którym jak do tej pory nie zmierzyła się III Rzeczpospolita. Jedną z form prawnych jaką może przybrać realizacja tej reformy jest stworzenie kodeksu rolnego. Miałby by to być akt „panujący" — wyraziciel wspólnych idei i „zwornik norm pozakodeksowych" oraz bezpośredni regulator (Rada Legislacyjna, 1985, s. 65)[1]. Kodeks rolny nie byłby co prawda rozwiązaniem wszystkich, ale z całą pewnością największej liczby problemów prawa dotyczącego działalności rolniczej (Lichorowicz, 1996, s. 41).

Przyjmując na serio założenie, że chcielibyśmy w Polsce stworzyć kodeks rolny lub przynajmniej rozpocząć dyskusję nad kodyfikacją prawa rolnego[2], należałoby zmierzyć się z szeregiem problemów natury teoretycznej i praktycznej. Jednym z nich jest kwestia tego czy istnieją wypracowane modele kodyfikacji rolnej, którymi można by się posłużyć lub inspirować w pracach kodyfikacyjnych. Stąd niniejszy artykuł ma na celu przedstawić i zarysować istniejące modele

kodeksu rolnego oraz dokonać ich wstępnej selekcji, a także oceny przydatności.

Wybór przykładów poddanych analizie został ograniczony do Europy, co ma swoje uzasadnienie głównie tym, że podstawowe koncepcje kodyfikacji rolnej zrodziły się na Starym Kontynencie. Ponadto, nie w sposób objąć wszystkich takich przypadków na świecie w ramach niniejszego artykułu. Zawarty w nim przegląd obejmuje — moim zdaniem — modele najbardziej charakterystyczne i które posiadają walor aktualności. Dlatego pominięto m.in. polskie projekty socjalistycznego kodeksu rolnego z lat 70. XX wieku, a także inne projekty, które należałoby zaliczyć do historii prawa rolnego. Niniejszy przegląd obejmuje zatem model francuski, postradziecki, europejski, włoski i polski przedwojenny W.L. Jaworskiego.

## 2. Model francuski: *code rural*

Prace nad francuską kodyfikacją „prawa dla wsi" rozpoczęła rewolucyjna Konstytuanta już w 1789 roku (Budzinowski, 2008a, s. 160–161), jednakże aż do połowy XX wieku nie powstał we Francji kodeks rolny. Uchwalony dekretem nr 55–433 z 14 kwietnia 1955 roku *code rural* jest pierwszym i jako dotąd jedynym *sensu stricto* kodeksem rolnym na kontynencie europejskim. Pierwotny *code rural*[3] odzwierciedlał stan ustawodawstwa rolnego z momentu jego uchwalenia i był zakrojony dosyć wąsko. Dlatego też dosyć szybko podjęto prace legislacyjne nad jego poprawianiem i rozbudowywaniem. W roku 1981 pierwotny kodeks został zastąpiony nowym, a w 2010 roku kolejnym — „Kodeksem rolnym i gospodarki morskiej"[4] (*Code rural et de la peche maritime*)[5]. Materia kodeksu była z jednej strony modyfikowana rozwojem europejskiego prawa rolnego, a z drugiej przyjęciem kodeksu środowiskowego (*Code de l'environnement*). Francuski kodeks rolny współcześnie rozrósł się do ogromnych rozmiarów i składa się z 9 ksiąg[6] (Księga I — Rozwój i infrastruktura obszarów wiejskich; Księga II — Weterynaryjne zdrowie publiczne i ochrona roślin w ramach Krajowego Programu Żywnościowego; Księga III — Produkcja rolna; Księga IV — Dzierżawa rolnicza (wiejska); Księga V — Zawodowe organizacje rolników; Księga VI — Produkcja i rynki; Księga VII — Przepisy socjalne; Księga VIII — Edukacja rolnicza, kształcenie i rozwój zawodowy, badania w obszarze rolnictwa; Księga IX — Rybołówstwo morskie i akwakultura morska).

*Code rural* od samego początku poddawany był szerokiej krytyce. Po pierwsze zarzucano mu niski poziom redakcyjny. Nie był to (i nie jest) kodeks zupełny w rozumieniu oświeceniowym[7] (pojawiły się określenia, że to jest „pseudo-kodeks" czy „kodeks fasadowy"). Nie posiada on tradycyjnej struktury kodeksu (przede wszystkim części ogólnej). Zarzuca się mu także „niezbyt wyraźne zakreślone granice między rolnictwem, przemysłem a usługami". Warto także umiejscowić francuski kodeks rolny w perspektywie całości francuskiego prawodawstwa, w którym nastąpiła swoista „inflacja" kodeksów. Obecnie takich aktów mających w tytule „*code*" jest siedemdziesiąt cztery[8].

## 3. Model postradziecki: kodeks gruntowy

Po nacjonalizacji ziemi przez bolszewików w Rosji Radzieckiej uchwalono w 1922 roku kodeks gruntowy (ziemski) potwierdzający zniesienie prywatnej własności ziemi i regulujący stosunki gruntowe. W wielu wypowiedziach nazywany był kodeksem rolnym[9]. Pomimo, iż nazywanie kodeksu gruntowego kodeksem rolnym jest nieścisłe i może prowadzić do nieporozumień niewątpliwie jest to w pewnym sensie forma kodyfikacji rolnej (Kalinowski, 2017, s. 30 in.) Po upadku Związku Radzieckiego większość państw, które powstały na jego gruzach „bez wątpienia odziedziczyły część cech charakterystycznych dla prawa socjalistycznego" (Turłukowski, 2008, s. 61). Pozostawiły one w swoich systemach prawych model kodeksu gruntowego w zmienionych już warunkach polityczno-gospodarczych. Taki kodeks posiada m.in. Federacja Rosyjska. Rosyjski kodeks ziemski z jednej strony zawiera wiele regulacji dotyczących prawa rolnego, z drugiej dotyczy nieruchomości niezwiązanych z produkcją rolniczą.

Obecny kodeks gruntowy Federacji Rosyjskiej[10] reguluje zagadnienia związane z nieruchomościami gruntowymi i podzielony jest na XIX rozdziałów (Rozdział I Przepisy ogólne; Rozdział I.1. Tworzenie nieruchomości gruntowych; Rozdział II. Ochrona ziemi; Rozdział III. Własność gruntów; Rozdział IV. Ograniczone prawa używania cudzych nieruchomości gruntowych (służebności, publiczne serwituty), dzierżawa nieruchomości gruntowych, nieodpłatne użytkowanie nieruchomości gruntowych; Rozdział V. Powstawanie praw do ziemi; Rozdział V.1. Przekazywanie nieruchomości gruntowych na własność państwową lub komunalną; Rozdział V.2. Wymiana nieruchomości gruntowych w stanie lub gminie na grunty prywatne; Rozdział V.3. Ustanowienie służebności w odniesieniu do nieruchomości gruntowych państwowych lub komunalnych; Rozdział V.4. Redystrybucja ziemi i (lub) nieruchomości gruntowych będących własnością państwową lub komunalną, między sobą oraz takich gruntów i (lub) działek i gruntów będących własnością prywatną; Rozdział V.5. Nieodpłatne przekazywanie nieruchomości gruntowych państwowych na własność komunalną lub własność podmiotów wchodzących w skład Federacji Rosyjskiej; Rozdział V.6. Wykorzystanie ziemi lub nieruchomości gruntowych na własność państwową lub miejską, bez zapewnienia działek i ustanowienia niewoli, niewoli publicznej; Rozdział V.7. Ustanowienie publicznej służebności dla oddzielnych celów; Rozdział VI. Prawa i obowiązki właścicieli gruntów, użytkowników gruntów, właścicieli gruntów i najemców działek przy użytkowaniu działek; Rozdział VII.1. Procedura wycofywania gruntów na potrzeby państwowe lub gminne; Rozdział VIII. Rekompensata strat w przypadku pogorszenia jakości gruntów, ograniczenia praw właścicieli gruntów, użytkowników gruntów, właścicieli gruntów i ich działek, posiadaczy praw znajdujących się na nieruchomościach; Rozdział IX. Ochrona praw do ziemi i rozpatrywanie sporów o ziemię; Rozdział X. Opłaty gruntowe i wycena gruntów; Rozdział XI. Monitoring gruntów, gospodarka gruntami, państwowa katastralna rejestracja gruntów i zastrzeganie gruntów na potrzeby państwowe i komunalne;

Rozdział XII. Państwowy nadzór gruntowy, kontrola gruntów komunalnych i kontrola gruntów publicznych; Rozdział XIII. Odpowiedzialność za przestępstwa w dziedzinie ochrony i użytkowania ziemi; Rozdział XIV. Grunty rolne; Rozdział XV. Grunty siedlisk ludzkich; Rozdział XVI. Grunty przemysłowe, energetyki, transportu, łączności, radiofonii, telewizji, informatyki, działalności kosmicznej, obrony lądowej, bezpieczeństwa i innego specjalnego przeznaczenia; Rozdział XVII. Grunty szczególnie chronionych terytoriów i obiektów; Rozdział XVIII Grunty leśne, zasoby wodne i grunty rezerwowe; Rozdział XIX Strefy o specjalnych warunkach użytkowania ziemi).

## 4. Europejski model kodeksów rolnictwa

Rozumienie kodeksu rolnego na gruncie prawa unijnego może przybrać zupełnie inną postać niż modele powyżej przywołane. W tym przypadku można mówić o pewnej koncepcji teoretycznej kodeksu, która została opracowana na podstawie obowiązujących aktów prawnych, pomimo że nie zostały one zatytułowane kodeksami.

W związku z głębokimi reformami europejskiego prawa rolnego zapoczątkowanymi w jeszcze w latach dziewięćdziesiątych XX wieku Ferdinando Albisinni pisze o procesie uporządkowania regulacji europejskiego prawa rolnego jako „procesie europejskiej kodyfikacji rolnictwa" (Albisinni, 2010, s. 124). Do tych europejskich kodeksów zalicza trzy akty: rozporządzenie Rady (WE) nr 1782/2003[11] (obecnie rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1307/2013[12]), rozporządzenie Rady (WE) nr 1257/1999[13] (obecnie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1305/2013[14]) oraz rozporządzenie Rady (WE) nr 1234/2007[15] (obecnie rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1308/2013)[16]. Pierwsze z wymieniowych rozporządzeń dotyczy płatności jednolitych. Scalono rozproszone dotychczas w wielu aktach normy regulujące różne sektory. F. Albisinni nazywa te regulacje „europejskim kodeksem reżimów wsparcia bezpośredniego w rolnictwie" (dawny pierwszy filar WPR; Albisinni, 2010, s. 123). Co ciekawe Autor wskazuje, że właśnie w tym rozporządzeniu pojawia się po raz pierwszy definicja kluczowego pojęcia „działalności rolniczej" (Albisinni, 2010, s. 124). Analogicznie dla dawnego obszaru drugiego filaru Wspólnej Polityki Rolnej powstało rozporządzenie nr 1257/1999 (obecnie rozporządzenie nr 1305/2013), o którym Albisinni mówi, że stanowi *europejski kodeks rozwoju obszarów wiejskich*. Trzeci kodeks ustanawia wspólną organizację rynków rolnych.

F. Albisinni zauważa istnienie tendencji do podążania w kierunku tworzenia europejskiego kodeksu. Autor pokusił się o dosyć obszerną refleksję na ten temat, którą warto w tym miejscu przytoczyć w całości: *[k]odeks ten nie ma jednak być jednolitym aktem prawnym dla dwudziestu siedmiu państw tworzących dziś Unię Europejską[17], ale raczej wspólnym kodeksem, w którym potrzeby i podmioty krajowe, regionalne i lokalne zajmują ważne miejsce obok tych właściwych dla podejmowania centralnych decyzji normatywnych. W tym zakresie kodeks jest przede wszystkim systemem znaków, komunikacji, sposobu interpretowania (a więc i normowania) rzeczywistych doświadczeń, co pociąga za sobą konieczność posługiwania się wspólnym językiem. Potwierdza się w tym model poszukiwania jedności europejskiej poprzez procesy kodyfikacji, które podkreślają znaczenie użycia regulacyjnego instrumentu prawnego wobec tradycyjnego uciekania się do technik interwencji ekonomicznej (…). Należy jednak pamiętać, że jest to model kodyfikacji i model kodeksu odmienny od osiemnastowiecznych kodeksów krajowych* (Albisinni, 2010, s. 131–132). Włoski jurysta postrzega kodeks bardziej jako nawiązanie do *Corpus iuris*, kodyfikacji justyniańskiej, jako kompozycję przeszłości zarazem cechującą się silną innowacyjnością przy uwzględnieniu wielu różnorodnych źródeł prawa. Co istotne, na temat odejścia od tradycyjnego modelu kodeksu Albisinni nie wyraża się krytycznie. Zauważa, że w tych rozporządzeniach znalazł się większy niż dotychczas zakres regulacji prawa prywatnego (Albisinni, 2010, s. 124). Według niego na proces kodyfikacji europejskiego prawa rolnego składało się nie tylko uporządkowanie regulacji oraz ich unifikacja formalna i systemowa. Zwraca też uwagę na rolę definicji w budowaniu kodeksów (właściwie odnoszą się one do podstawowych instytucji europejskiego prawa rolnego). Dokonało się tym samym materialne przedefiniowanie całego europejskiego modelu regulacji i zarządzania sektorem rolno-spożywczym.

## 5. Model włoski: *codice agricolo*

Pierwsze włoskie próby kodyfikacji rolnej sięgają połowy XIX wieku. Ówczesne pomysły jednak sprowadzały się do stworzenia aktu jedynie zbierającego regulacje dotyczące rolnictwa. W pierwszej połowie XX wieku wrócono do koncepcji kodyfikacji inspirowanej tym razem wyodrębnieniem się prawa rolnego. Część autorów zdecydowanie odrzucała koncepcję stworzenia *codice agricolo*, część uważała sam pomysł za „przedwczesny". Niektórzy z kolei byli przekonani o niemożliwości powstania takiego aktu. Ci natomiast, którzy opowiadali się za napisaniem kodeksu rolnego podzielili się wokół zagadnienia jego zakresu. Spór dotyczył zatem samej jego istoty. Jedni opowiedzieli się kodeksem obejmującym całą materię prawa rolnego, drudzy m.in. „z powodu braku ogólnych zasad właściwych dla prawa rolnego" uważali, że kodeks powinien objąć jedynie ustawodawstwo szczegółowe (Budzinowski, 2008a, s. 163).

Już w XIX wieku w doktrynie włoskiej utarło się przekonanie, że rdzeń przepisów prawnorolnych zawartych być powinna w kodeksie cywilnym (*codice civile*) — zarówno tym z 1865 roku, jak i obecnie obowiązującym z roku 1942. Z uwagi na naczelną rolę kodeksu cywilnego jako naczelnego kodeksu prawa prywatnego odrzucano jego dekodyfikację na rzecz kodeksu rolnego. Ageo Arcangeli twierdził, że *rolnicy mają swój »kodeks« zawarty w ko-*

*deksie cywilnym* (Budzinowski, 2008a, s. 163). Można powiedzieć, że jest to dosyć typowe podejście do relacji kodeksu cywilnego i kodeksu rolnego w romańskiej tradycji prawa rolnego, która wychodzi od cywilnoprawnych regulacji i umieszcza prawo rolne jako część prawa cywilnego (Budzinowski, w: Czechowski, 2015, s. 22). Koncepcja „małego kodeksu rolnego" zawartego w kodeksie cywilnym utrzymała się za kolejnego kodeksu z lat 40. XX wieku[18]. Przepisy w jego ramach zostały uporządkowane, chociaż i tak na skutek rozwoju regulacji większość prawa rolnego znajduje się poza kodeksem cywilnym. W kodeksie cywilnym znajdziemy regulację instytucji m.in. przedsiębiorcy rolnego[19] czy profesjonalnego przedsiębiorcy rolnego[20].

Zagadnienie kodyfikacji rolnej mimo jej odwlekania w bliżej nieokreśloną przyszłość, jest w pewnym zakresie ciągle aktualne. Szczególnym jej orędownikiem jest Antonio Carrozza, który *opowiedział się za potrzebą uporządkowania ustawodawstwa, z uproszczeniem i skodyfikowaniem prawa rolnego, by wyeliminować niepewność w stosowaniu prawa* (Budzinowski, 2008a, s. 164–165).

W 2003 roku w ramach rządowego programu legislacyjnego założono opracowanie projektu aktu prawnego mającego zespalać regulacje objęte wyłączną kompetencją państwa. Zadanie jego opracowania powierzono Instytutowi Prawa Rolnego Międzynarodowego i Porównawczego we Florencji (Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato). Opracowany pod kierownictwem Alberto Germano projekt *codice agricolo*[21] nawiązuje do francuskiego *code rural* jako wzorca i zawiera przepisy odsyłające do kodeksu cywilnego, co jest interesującym rozwiązaniem. Zakres projektu jest podzielony na VI tytułów, na które się składają[22]: Tytuł I: Zintegrowanie z kodeksem cywilnym; Tytuł II: Subiektywne kwalifikacje i działalność przedsiębiorców rolnych; Rozdział I: Inni przedsiębiorcy rolni; Rozdział II: Profesjonalni przedsiębiorcy rolni; Rozdział III: Stowarzyszenia rolnicze; Rozdział IV: Ułatwienia dla przedsiębiorców rolnych; Rozdział V: Młody przedsiębiorca rolny; Rozdział VI: Niektóre działania związane z główną działalnością gospodarstwa rolnego; Rozdział VII: Przedsiębiorstwa sektora rybołówstwa i akwakultury; Rozdział VIII: Hodowla; Rozdział IX: Bezpośrednia sprzedaż produktów rolnych; Rozdział X: Krajowy System Informacji Rolnej (SIAN); Tytuł III: Regulacja obszarów rolniczych; Rozdział I: Zarządzanie i ochrona obszarów wiejskich; Rozdział II: Budownictwo wiejskie; Rozdział III: Różnorodność biologiczna, rolnictwo transgeniczne, szkody wyrządzone rolnictwu przez polowanie i od dzikiej przyrody; Tytuł IV: Własność gruntów i struktura agrarna; Rozdział I: Własności wiejska; Rozdział II: Rekultywacje gruntów; Rozdział III: Struktura agrarna; Tytuł V: Regulacje umów rolnych; Rozdział I: Dzierżawa nieruchomości rolnych; Rozdział II: Prowadzenie powiązanego gospodarstwa rolnego; Rozdział III: Umowy ubezpieczeniowe w rolnictwie; Rozdział IV: Umowy rolne typu emfiteutycznego; Tytuł VI: Przepisy uchylające; Tytuł VII: Przepisy końcowe.

## 6. Model Władysława Leopolda Jaworskiego: kodeks agrarny oparty na instytucjach

W II Rzeczypospolitej w związku z dziedzictwem zaborów istniała potrzeba unifikacji ustawodawstwa agrarnego na obszarze całego państwa. Mimo, że „[s]tworzenie jednolitego systemu praw, normujących stosunki agrarne w Polsce, [było] niezmiernie trudne" (Staniewicz, w: Jaworski, 1928), to w 1927 roku powołano Komisję Uporządkowania Ustawodawstwa Agrarnego pod przewodnictwem Władysława Leopolda Jaworskiego, jednego z najwybitniejszych prawników epoki[23]. Projekt „Kodeksu agrarnego" jego autorstwa wyszedł drukiem w sierpniu roku 1928 (Materjały, 1929, s. 12), lecz niestety nie trafił pod obrady ówczesnego Sejmu.

Projekt kodeksu dzielił się na trzy części: „Materialne prawo agrarne", „Formalne prawo agrarne" oraz „Przepisy o wprowadzeniu kodeksu agrarnego". W ramach dwóch pierwszych części wyróżniono tytułowane rozdziały oraz podrozdziały. Podstawowymi jednostkami redakcyjnymi projektu są artykuły, których w części pierwszej jest 189 a w drugiej — 248.

Na część materialną projektu składają się wyłącznie regulacje dotyczące instytucji agrarnych: rozdział pierwszy dotyczy regulacji materialnoprawnych instytucji, rozdział drugi ich powstania, trzeci przemiany a czwarty zgaśnięcia. Dla rozumienia pojęcia instytucji prawa agrarnego ważne jest spostrzeżenie Jaworskiego, że *[n]ie jednostka tutaj [w sensie: w instytucji] działa, ale stosunki ujmowane objektywnie, niezależnie od podmiotu.* Definiuje on instytucję jako *kompleks pewnych stosunków, pewne wartości gospodarcze, jedność procesu produkcyjnego i warsztatu produkcji.* Tak określone instytucje mają być podstawą systemu prawa agrarnego (Materjały, 1929, s. 19). Rozdział pierwszy zatem przedstawiał instytucje w ujęciu statycznym, zaś pozostałe trzy w dynamicznym[24]. W projekcie zawarto siedem instytucji prawa agrarnego, tj. (1) przedsiębiorstwo rolne, (2) osada rodzinna, (3) osada wojskowa, (4) wspólność agrarna, (5) serwituty, (6) spółka przedsiębiorstw rolnych oraz (7) spółka pastwiskowa. Nie wszystkie funkcjonowały w prawie lub doktrynie tamtych czasów — pierwsza oraz dwie ostatnie instytucje były autorskimi propozycjami profesora Jaworskiego (Materjały, 1929, s. 59). „Część Druga" projektu Kodeksu agrarnego — jak już zostało wspomniane — zatytułowana została: „Formalne prawo agrarne". Zgodnie z opisem samego Autora *[f]ormalne prawo agrarne obejmuje przepisy o administracji agrarnej, przepisy o powszechnem postępowaniu w sprawach agrarnych i przepisy o poszczególnych rodzajach tego postępowania.*

Pierwszą grupą zagadnień poddanych regulacji w tej części projektu Kodeksu jest administracja agrarna (rolna). Jaworski przewidział 4 grupy organów agrarnych (rolnych): państwowe władze agrarne, samorządowe organizacje rolnicze, sądy administracyjne dla spraw agrarnych i instytucje finansowe agrarne. Przewidywane były 2 instancje administracji państwowej: Ministerstwo (które powstałoby z połączenia dwóch dotychczas istniejących, tj. Ministerstwa Reform Rolnych oraz Ministerstwa Rolnictwa i Dóbr Państwowych — Autor nie wskazał jego nazwy) oraz państwowe władze

agrarne I-ej instancji (mające zastąpić powiatowe urzędy ziemskie). Samorząd rolniczy zaś miał się składać z okręgowych samorządowych organizacji rolniczych przy siedzibach władz agrarnych I-ej instancji oraz z Centralnej Samorządowej Organizacji Rolniczej. Zgodnie z artykułem 188 część 2 projektu Kodeksu agrarnego *[s]amorządowa organizacja rolnicza [miała być] publiczno-prawnem zrzeszeniem rolników, wyposażonem w samorząd, współdziałajacem i popieranem przez inne władze państwowe*, a zgodnie z artykułem 189 *[z]adaniami okręgowej samorządowej organizacji rolniczej [miała być]: I. publiczno-prawna administracja produkcji rolniczej i przebudowy tudzież regulowania ustroju rolnego, w granicach tego kodeksu i innych ustaw, II. dobrowolna wszelka działalność planowa tak twórcza, jak popierająca, a mająca na celu rozwój rolnictwa i zaspokojenie socjalnych, kulturalnych i materialnych potrzeb rolników, III. urzędowa reprezentacja rolników".* Inspiracją to koncepcji samorządu rolniczego były prace Jerzego Panejki (Panejko, w: Jaworski, 1928). W.L. Jaworski przewidywał (korzystając z prac Jerzego Stanisława Langroda; J.S. Langrod, w: Jaworski, 1928) utworzenie sądów administracyjnych na poziomie województwa, mających orzekać w sprawach agrarnych. Organizacja finansowych instytucji agrarnych miała być uregulowana poza kodeksem (art. 214).

Druga grupa zagadnień tej części kodeksu odnosiła się do postępowania w sprawach agrarnych — powszechnego i szczególnego[25]. Projekt miał kodyfikować wszystkie rodzaje postępowań w sprawach agrarnych. Dlatego też z jednej strony w regulacji postępowania powszechnego znalazły się m.in. zagadnienia właściwości, kosztów czy terminów, a z drugiej uregulowane zostały cztery charakterystyczne dla stosunków agrarnych postępowania szczególne. Były to postepowania: wywłaszczeniowe, dotyczące zniesienia wspólności gruntowych i wykupienia serwitutów, tworzenia gospodarstwa oraz scaleniowe (komasacyjne).

„Cześć Trzecia" projektu Kodeksu z kolei miała być przepisami wprowadzającymi, zmieniającymi i przejściowymi i odnosiła się do bardzo szerokiej regulacji ustawodawstwa agrarnego. Zmieniała m.in. przepisy z ustawy o wykonaniu reformy rolnej.

W artykule pt.: „Projekt Kodeksu Agrarnego W.L. Jaworskiego — wybrane aspekty" (Kalinowski, *w druku*) postawiłem tezę, że W.L. Jaworski wysunął nową koncepcję kodeksu, choć nie wyartykułował tego wprost. Podstawowymi cechami jego modelu kodeksu agrarnego miałoby być to, że:

I. Jest kodeksem prawa administracyjnego.

II. Jest centralnym aktem prawnym prawa agrarnego.

III. Zawiera podstawowe dla niego instytucje.

IV. Nie jest zupełny ani nie rości sobie do tego pretensji.

V. Nie tylko kodyfikuje zastane regulacje, ale także zastępuje je i tworzy nowe.

VI. Jest nastawiony na długofalowe skutki działania jego regulacji.

VII. Opiera się na przesłankach ekonomicznych a nie politycznych.

VIII. Ma być tak ukształtowany, żeby nie było konieczności jego ciągłych nowelizacji.

## 7. Zarys polskich prac nad koncepcją kodeksu rolnego po 1989 r.

W Polsce po 1989 roku można zauważyć o bardzo niewielkie zainteresowanie polskiej doktryny zagadnieniem kodyfikacji rolnej w sytuacji jej znacznego rozbudowania w Europie Zachodniej, a zwłaszcza we Francji i Włoszech (Budzinowski, 2008a, s. 159). Podobnie pomysły stworzenia kodeksu rolnego, które wychodziły od kręgów politycznych od lat 90[26] i potem co jakiś czas wracały[27] nie znalazły swojej realizacji w pracach legislacyjnych. Myślę, że w dużej mierze ma to swoją przyczynę w braku wypracowanej współcześnie kompleksowej koncepcji kodeksu rolnego, do której można by się odwołać.

Zarys koncepcji kodyfikacji rolnej został nakreślony w 1996 roku przez Aleksandra Lichorowicza, który zaprezentował go na kanwie rozważań o możliwej regulacji instytucji gospodarstwa rodzinnego jako instytucji prawa rolnego o kapitalnym znaczeniu (Lichorowicz, 1996, s. 31–50). Autor wziął na warsztat dwa warianty regulacji — szerszy i węższy. O ile wariant drugi — węższy — *polegałby na opracowaniu projektu ustawy o rodzinnym gospodarstwie rolnym* (Lichorowicz, 1996, s. 41 i n.), to pierwszy wariant *polegałby na opracowaniu projektu ustawy […] o gospodarstwie rolnym tout court. Byłby to akt zakrojony na szeroką skalę, lecz zbliżający się swym zasięgiem do próby stworzenia pierwszego polskiego kodeksu rolnego*. A. Lichorowicz pisze, że *[z]e względu na szeroki zakres regulowanych przez siebie zagadnień, akt taki z natury rzeczy musiałby inkorporować część szczególnych rozwiązań kodeksu cywilnego oraz szereg istniejących już i obowiązujących ustaw rolnych. Jednym z najistotniejszych zadań projektu, o którym tu mowa, winno być w szczególności określenie, uregulowanie pozycji prawnej gospodarstwa rolnego w obrocie gospodarczym, zapewnienie mu równej pozycji prawnej z innymi podmiotami gospodarczymi, ponowne wprowadzenie gospodarstwa rolnego do kodeksu handlowego. Równocześnie byłaby to okazja do sformułowania nowych, a zarazem nowoczesnych zasad organizacji wewnętrznej gospodarstwa rolnego, jego pozycji wobec organów państwa, gwarancji istnienia i prawidłowego funkcjonowania*.

Niezależnie od powyższego Dorota Łobos-Kotowska na kanwie rozważań *de lege ferenda* o spółce rolnej pisze, że akt kodyfikacyjny — kodeks rolny — *zawierałby kompleksowe uregulowania odnośnie zagadnień, znajdujących się w obszarze zainteresowań prawa rolnego* (Łobos-Kotowska, 2006, s. 166). Z kolei Stanisław Prutis rozważając problematykę kształtowania ustroju rolnego wysunął myśl rozbudowania materii ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego. Taka jego zdaniem organiczna ustawa, w połączeniu z regulacją dotyczącą gospodarstwa rodzinnego *mogłaby stanowić zaczątek przyszłego kodeksu rolnego. Kodyfikacja rozwiązań prawnorolnych służyłaby niewątpliwie łagodzeniu kwestii agrarnej"* (Prutis, 2016, s. 57). Natomiast Paweł Blajer na kanwie rozważań o instytucji rolnika indywidualnego odwołuje się do koncepcji Jaworskiego, tj. zbudowania kodeksu rolnego w oparciu o podstawowe instytucje (w tym rolnika indywidulanego; Blajer, 2009, s. 345–46). Jednakże nie w sposób na gruncie przywołanych wypowiedzi stwierdzić jednoznacznie,

że w polskiej doktrynie agrarystycznej wypracowano model kodeksu rolnego. Bardziej są to luźne przemyślenia niż uporządkowana i rozwinięta koncepcja.

## 8. Próba podsumowania

Nie istnieje — moim zdaniem — jeden uniwersalny model kodeksu rolnego możliwy do zastosowania w każdym miejscu i w każdym czasie. Najlepiej świadczą o tym trudności, z którymi zawsze spotykają się działania kodyfikacyjne w tej dziedzinie.

Niemniej jednak na podstawie powyższego przeglądu modeli kodeksów rolnych, który siłą rzeczy jest pewnego rodzaju zarysem (każdy przedstawiony przypadek jest zagadnieniem zasługującym na odrębne opracowanie), uważam, że w kontekście ewentualnych prac kodyfikacyjnych polskiego prawa rolnego należałoby odrzucić model francuski, postradziecki i europejski, gdyż nie przystają one do realiów współczesnego polskiego prawa rolnego. *Code rural* jest tak naprawdę wielką kompilacją przepisów prawa rolnego w dużej części implementujących prawo Unii Europejskiej. Nie jest to model, wedle którego można by uporządkować polskie ustawodawstwo i ułatwić jego stosowanie. Kodeks ziemski jest z kolei modelem, który bazuje na regulacjach gruntowych, czyli z jednej strony jest dla polskiego prawa rolnego zbyt wąski (jeśli chodzi o regulacje prawno-rolne), a z drugiej strony jest zbyt szeroki (zawiera regulacje wykraczające poza zakres zainteresowania prawa rolnego). Model europejski nie jest możliwy do zastosowania, gdyż dotyczy on regulacji ponadnarodowej. Narodowy (krajowy) kodeks rolny mógłby być co najwyższej jego implementacją i uzupełnieniem na poziomie krajowym.

Zupełnie inna sytuacja ma się jednak z modelem włoskim i modelem W.L. Jaworskiego. Ten pierwszy ma przemyślaną, zwięzłą strukturę, bazuje na instytucjach prawa rolnego oraz jest nowoczesny *per se*. Przede wszystkim model ten odnosi się do jednych z podstawowych punktów odniesień prawa rolnego (w tym też kodyfikacji rolnej), tj. prawa cywilnego (kodeksu cywilnego) oraz prawa Unii Europejskiej. Niewątpliwie w ramach ewentualnych prac kodyfikacyjnych w Polsce należałoby gruntownie go przeanalizować. Z kolei projekt kodeksu agrarnego z 1927 r. wciąż jest „bardzo interesujący i nowoczesny" (Lichorowicz, w: Budzinowski, 2001, s. 32). Natomiast trzeba wziąć poprawkę na to, że sama treść tego projektu jest w dużej mierze archaiczna i nie miałaby bezpośredniego zastosowania. Ciekawego spostrzeżenia dokonał R. Budzinowski, że koncepcja W.L. Jaworskiego oparcia kodeksu na instytucjach zupełnie nieświadomie została powielona kilkadziesiąt lat później przez włoskiego agrarystę Antonio Carrozzę (Budzinowski, 2001, s. 32). Uważam, że myśl przewodnia tego projektu kodeksu, czyli uregulowanie dziedziny prawa wokół jej instytucji, powinna przyświecać również ewentualnym polskim pracom kodyfikacyjnym.

[1] Przytoczone funkcje kodeksu jako takiego zostały scharakteryzowane zostały przez Radę Legislacyjną w latach 80. i wydaje się, że są wciąż aktualne.

[2] Niestety taki postulat należy do odosobnionych obecnie w polskiej doktrynie. Osobiście opowiadam się za stworzeniem kodeksu rolnego, co wyraziłem w artkule pt. Projekt Kodeksu Agrarnego W.L. Jaworskiego — wybrane aspekty w: *Współczesne problemy prawa rolnego i żywnościowego* (tytuł roboczy) — w druku. Pogląd ten zostanie rozwinięty w dalszych pracach.

[3] Francuskie słowo *rural* znaczy tyle co „wiejski".

[4] https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071367.

[5] Co ciekawe poprzedni Code rural nie został uchylony w całości i funkcjonuje obecnej w szczątkowej formie. Używa się do niego określenia Code rural ancien.

[6] W wersji skonsolidowanej z 1.04.2018 r.

[7] Do podstawowych oświeceniowych przymiotów kodeksu zalicza się jednolitość, wyłączność i zupełność. Do tego dochodzi postulat jasności, pewności oraz zwięzłości (w sensie obszerności) aktu prawnego, zob. K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 2008, s. 222–223.

[8] https://www.legifrance.gouv.fr/zakładki: Accueil>Droit français>Les codes en vigueur, stan na dzień 30.11.2018 r.

[9] Np. W. Szczęsny Wachholz, *Komunizm (bolszewizm) a zagadnienie ustroju rolnego*, „Przegląd Samorządowy" 1938, nr 5, rok V, dnia 1 maja.; J. Paliwoda, *Ustawodawstwo rolne Ukrainy*, „Prawo Rolne" 1998, z. 4, s. 44–45.

[10] „Земельный кодекс Российской Федерации" от 25.10.2001 N 136-ФЗ w redakcji z 3.08.2018 r.

[11] Rozporządzenie Rady (WE) nr 1782/2003 z dnia 29 września 2003 r. ustanawiające wspólne zasady dla systemów wsparcia bezpośredniego w ramach wspólnej polityki rolnej i ustanawiające określone systemy wsparcia dla rolników oraz zmieniające rozporządzenia (EWG) nr 2019/93, (WE) nr 1452/2001, (WE) nr 1453/2001, (WE) nr 1454/2001, (WE) nr 1868/94, (WE) nr 1251/1999, (WE) nr 1254/1999, (WE) nr 1673/2000, (EWG) nr 2358/71 i (WE) nr 2529/2001, Dz. U. L 270 z 21.10.2003, str. 1.

[12] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1307/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiające przepisy dotyczące płatności bezpośrednich dla rolników na podstawie systemów wsparcia w ramach wspólnej polityki rolnej oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 637/2008 i rozporządzenie Rady (WE) nr 73/2009, Dz. U. L 347 20.12.2013, str. 608.

[13] Rozporządzenie Rady (WE) nr 1257/1999 z dnia 17 maja 1999 r. w sprawie wsparcia rozwoju obszarów wiejskich z Europejskiego Funduszu Orientacji i Gwarancji Rolnej (EFOGR) oraz zmieniające i uchylające niektóre rozporządzenia, Dz. U. L 160 z 26.6.1999, str. 80.

[14] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1305/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. w sprawie wsparcia rozwoju obszarów wiejskich przez Europejski Fundusz Rolny na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich (EFRROW) i uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1698/2005, Dz. U. L 347 z 20.12.2013, str. 487.

[15] Rozporządzenie Rady (WE) nr 1234/2007 z dnia 22 października 2007 r. ustanawiające wspólną organizację rynków rolnych oraz przepisy szczegółowe dotyczące niektórych produktów rolnych (rozporządzenie o jednolitej wspólnej organizacji rynku), Dz. U. L 299 z 16.11.2007, str. 1., które zostało zastąpione rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego I Rady (UE) nr 1308/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającym wspólną organizację rynków produktów rolnych oraz uchylającym rozporządzenia Rady (EWG) nr 922/72, (EWG) nr 234/79, (WE) nr 1037/2001 i (WE) nr 1234/2007, Dz. U. L 347 z 20.12.2013, str. 671.

[16] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1308/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiające wspólną organizację rynków produktów rolnych oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 922/72, (EWG) nr 234/79, (WE) nr 1037/2001 i (WE) nr 1234/2007, Dz. U. L 347 z 20.12.2013, str. 671.

[17] Obecnie jest już ich osiem.

[18] Obowiązujący do dnia dzisiejszego Codice civile (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262).

[19] l'imprenditore agricolo, art. 2082 wł. k.c.

[20] l'imprenditore agricolo professionale, art. 2135 wł. k.c.

[21] Wersja projektu z 2011 roku jest dostępna na stronie internetowej instytutu, http://www.idaic.cnr.it, dostęp: 30.11.2018 r. Projektowi do dnia dzisiejszego nie nadano biegu legislacyjnego.

[22] Tłumaczenie własne. W oryginale: *Titolo I Delle integrazioni al codice civile; Titolo II Delle qualifiche soggettive e delle attivita degli imprenditori agricoli; Capo I Degli altri imprenditori agricoli; Capo II Degli imprenditori agricoli professionali; Capo III Delle societa agricole; Capo IV Delle agevolazioni agli imprenditori agricoli; Capo V Dell'imprenditore agricolo giovane; Capo VI Di alcune attivita connesse alla principale attivita di impresa agricola; Sezione I Dell'attivita agrituristica; Capo V Dell'imprenditore agricolo giovane; Capo VI Di alcune attivita connesse alla principale attivita di impresa agricola; Capo VII Degli imprenditori della pesca e dell'acquicoltura; Capo VIII Delle attivita selvicolturali; Capo IX Della vendita diretta di prodotti agricoli; Sezione I Della vendita al dettaglio Sezione II Della vendita per via telematica; Capo X Del Sistema informativo agricolo nazionale (SIAN); Titolo III Della disciplina delle aree agricole; Capo I Della gestione e della tutela dello spazio rurale; Capo II Dell'architettura rurale; Capo III Della biodiversita, dell'agricoltura transgenica, dei danni provocati all'agricoltura dall'attivita venatoria e dalla fauna selvatica; Titolo IV Della proprieta terriera e delle strutture agrarie; Capo I Della proprieta rurale; Capo II Della bonifica; Capo III Delle strutture agrarie; Titolo V Della disciplina dei contratti agrari; Capo I Dell'affitto di fondi rustici; Capo II Della conduzione dell'impresa agricola associata; Capo III Dei contratti di assicurazione in agricoltura; Capo IV Dei contratti agrari di tipo enfiteutico; Titolo VI Delle abrogazioni; Titolo VII Delle disposizioni finali.*

[23] Co frapujące w „Poczcie prawników polskich' o zasługach Władysława Leopolda Jaworskiego dla prawa agrarnego nie ma nawet wzmianki, zob. K. Pol, *Poczet prawników polskich XIX–XX w.*, Warszawa 2011.

[24] Określenie Konstantego Grzybowskiego.

[25] Było to ambitnym zamierzeniem wobec nieskodyfikowania postępowania administracyjnego w tych czasach.

[26] W listopadzie 1994 roku Polskie Stronnictwo Ludowe postulowało powołanie zespołu parlamentarnego ds. kodyfikacji prawa rolnego. Kodeks rolny miał regulować zasady ustroju rolnego, obrotu rolnego oraz zabezpieczenia socjalnego ludności wiejskiej.

[27] Były Minister Rolnictwa i Rozwoju Wsi K. Jurgiel wypowiadał się o pomyśle stworzenia „kodeksu rolniczego", który miałby określać „potrzeby związane z rolą państwa (...) w stosunku do gospodarstw rolnych, ale też obowiązków rolnika".

## Bibliografia


Akmanov, A. (2011). Prawo rolne w rosyjskim systemie prawnym: stanowienie, rozwój i tendencje. *Przegląd Prawa Rolnego*, *1*(8), 161–170.

Albisinni, F. (2010). Europejskie prawo rolne po Traktacie z Lizbony pomiędzy interwencją a regulacją. Europejskie kodeksy rolnictwa. *Przegląd Prawa Rolnego*, *1*(8).

Blajer, P. (2009). *Koncepcja prawna rolnika indywidualnego w prawie polskim na tle porównawczym*. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagielońskiego.

Budzinowski, R. (2008b). Zagadnienie kodyfikacji prawa rolnego. *Przegląd Prawa Rolnego*, *1*(3), 13–27.

Budzinowski, R. (2001). Próby kodyfikacji polskiego prawa rolnego. *Studia Iuridica Agraria*, (T. 1), 29–38.

Budzinowski, R. (2008a). *Problemy ogólne prawa rolnego. Przemiany podstaw legislacyjnych i koncepcji doktrynalnych*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM.

Czechowski, P. (red.). (2015). *Prawo rolne*. Warszawa: Wolters Kluwer.

*Gazeta Wyborcza*, (268), wydanie z dnia 18.11.1994 r., s. 23, http://www.archiwum.wyborcza.pl/Archiwum/1,0,167837,19941118RP-DGW,Powstanie_kodeks_rolny,.html, (dostęp: 10.05.2018 r.).

Jaworski, W. L. (1928). *Projekt kodeksu agrarnego*. Warszawa.

Farmer.pl, Jurgiel planuje stworzyć kodeks rolniczy, http: //www.farmer.pl/finanse/jurgiel-planuje-stworzyc-kodeks-rolniczy, 75091.html

Kalinowski, P. (2017). Pojęcie prawa rolnego w Polsce, Rosji i Ukrainie. Przyczynek do badań nad prawem rolnym na obszarze postradzieckim (25–40). W: J. Turłukowski (red.), *Między bezpieczeństwem, prawem a biznesem — nowy wymiar polityki na obszarze postradzieckim*. Warszawa: Centrum Badań nad Prawem Europy Wschodniej i Azji Centralnej WPiA UW.

Kalinowski, P. (w druku). Projekt Kodeksu Agrarnego W. L. Jaworskiego — wybrane aspekty. W: *Współczesne problemy prawa rolnego i żywnościowego*.

Lichorowicz, A. (1996). O instytucji rodzinnego gospodarstwa rolnego — *de lege ferenda*. *Rejent*, (7–8), 31–50.

Łobos-Kotowska, D. (2006). *Gospodarstwo rodzinne. Prawne formy organizacji*. Sosnowiec: Wyższa Szkoła Zarządzania i Marketingu

Materjały do kodeksu agrarnego (Tom 20). *Opinje o projekcie K. A. Jaworskiego, wnioski poselskie o reformie rolnej*, (referat W. L. Jaworskiego). Kraków.

Prutis, S. (2016). Kryteria doboru struktur służących kształtowaniu ustroju rolnego (centralizacja czy regionalizacja). W: P. Litwiniuk (red.), *Kwestia agrarna. Zagadnienia prawne i ekonomiczne*. Warszawa: Fundacja Programów Pomocy dla Rolnictwa FAPA.

Rada Legislacyjna (1985). Ocena stanu prawa cywilnego i rolnego. W: *Studia do raportu o stanie państwa* (Cz. VII). *Syntezy branżowe*. Warszawa.

Sójka-Zielińska, K. (2008). *Historia prawa*. Warszawa: LexisNexis.

Turłukowski, J. (2008). Kodyfikacja prawa cywilnego na Ukrainie. *Państwo i Prawo*, (12).

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.18

# Bieżące zmiany uwarunkowań regulacyjnych na polskim rynku kapitałowym w kontekście obserwowanego obniżenia zaufania ze strony inwestorów oraz regulacyjnych mechanizmów ich ochrony

## Current changes in regulatory conditions on the Polish capital market in the context of the observed decrease in investor confidence and regulatory mechanisms of investor's protection

***mgr Michał Dominik Karwasiński***

E-mail: m.karwasinski@gmail.com

**Streszczenie**

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie zmian wybranych mechanizmów składających się na system ochrony inwestorów uczestniczących w polskim rynku kapitałowym za pośrednictwem firmy inwestycyjnej, których efektywne stosowanie i egzekwowanie przez organ nadzoru ma w ujęciu teoretycznym zapewnić optymalny poziom regulacji rynku kapitałowego. Mechanizmy reglamentacyjne co do zasady ograniczają skalę i możliwości wzrostu rynku kapitałowego, ale jednocześnie zapewniają teoretyczne mechanizmy ochronne pozwalające na uzyskanie, kluczowego z punktu widzenia skłonności do inwestowania własnych środków pieniężnych, zaufania inwestorów. W ostatnich miesiącach istotne zmiany w architekturze regulacji rynku kapitałowego miały miejsce w związku z implementacją tzw. pakietu MiFID II. Tematyka niniejszego artykułu wydaje się być szczególnie aktualna w kontekście bieżących wydarzeń na rynku kapitałowym, związanych z tzw. aferą Getback S.A., która, także w ocenie nadzoru finansowego[1], istotnie podważyła zaufanie do całego rynku finansowego. Powyższe wydaje się szczególnie istotne w kontekście oczekiwań co do rosnącego stopnia zaangażowania inwestorów detalicznych w instrumenty finansowe, stanowiącego warunek rozwoju rynku kapitałowego oraz pozytywnie skorelowanej z rozwojem tego rynku, pogłębiającej się asymetrii informacji pomiędzy jego uczestnikami.

**Słowa kluczowe:** regulacja, MiFID II, ochrona inwestora, firma inwestycyjna, nadzór finansowy.

**Summary**

The purpose of this article is to present changes of selected mechanisms constituting the protection system of investors participating in the Polish capital market through an investment firm, which effective application and enforcement by the supervisory body in theoretical terms ensure the optimal level of capital market regulation. As a rule, regulatory mechanisms limit the scale and growth opportunities on the capital market, but at the same time provide theoretical protective mechanisms that allow to obtain investor confidence in terms of willingness of investing investor's own funds. In recent months, significant changes in the architecture of capital market regulations have taken place in connection with the implementation of the so-called MiFID II package. The subject of this article seems to be particularly timely in the context of current events on the capital market, related to the so-called the affair of Getback SA, which, also in the assessment of financial supervision, significantly undermined confidence of the investors in the entire financial market. The above seems particularly important in the context of expectations of the growing involvement of retail investors in financial instruments, which is a base of the development of the capital market, and positively correlated with the development of this market, asymmetry of information among its participants.

**Key words:** regulation, MiFID II, investor's protection, brokerage firm, financial supervision.

## 1. Wprowadzenie

Szeroko rozumiany rynek finansowy stanowi wyodrębnioną część przestrzeni, w której mechanizmami popytu i podaży objęty jest szczególnego rodzaju towar — pieniądz oraz środki transferu wartości materialnych bezpośrednio związanych z pieniądzem. Częścią rynku finansowego jest rynek kapitałowy, obejmujący przestrzeń transferu środków pieniężnych z wykorzystaniem szczególnych konstrukcji czynności prawnych — instrumentów finansowych (Nieborak, 2008) — który postrzegać można jako miejsce aktywności ekonomicznej podmiotów posiadających kapitał (inwestorów) oraz podmiotów realizujących przedsięwzięcia gospodarcze, pozyskujących na tym rynku finansowanie tych przedsięwzięć, a także podmiotów pośredniczących w usługach finansowych. Nieodłącznym elementem finansowania przedsięwzięć na rynku kapitałowym jest ryzyko ponoszone przez inwestorów, które w ujęciu teoretycznym ograniczane jest przez mechanizm administracyjnej reglamentacji oraz regulacji rynku kapitałowego. W niniejszym artykule przedstawione zostaną wybrane uwarunkowania funkcjonowania rynku kapitałowego w kontekście zmian legislacyjnych oraz szeregu negatywnych wydarzeń, które miały miejsce w 2018 r. na polskim rynku kapitałowym.

## 2. Regulacja jako mechanizm zapewniania ochrony inwestora na rynku kapitałowym — zarys modelu teoretycznego

Doktryna prawnicza wskazuje na dwa aspekty determinujące możliwość wyodrębnienia rynku finansowego, w tym kapitałowego, mianowicie wymiar podmiotowy (uczestników rynku) oraz wymiar przedmiotowy (instrumenty finansowe oraz działalność pośrednictwa wyspecjalizowanych w tym celu instytucji; Zapadka, 2002). Pomijając szczegółową analizę bardziej pogłębionych teoretyczno-prawnych rozważań obejmujących istotę rynku kapitałowego (Wajda, 2011), wskazać należy, że jednym z zasadniczych elementów pozwalających na jego poprawne funkcjonowanie, rozumiane jako możliwość sprawnego pozyskiwania przez podmioty gospodarcze finansowania planów inwestycyjnych, jest zaufanie podmiotów posiadających i powierzających kapitał (inwestorów), którzy, zwłaszcza w przypadku krajów, których systemy oparte są na rynkach papierów wartościowych (Kozłowski, 2006), nierzadko stanowią najsłabszą stronę relacji nawiązywanych na rynku kapitałowym. Tym samym poziom ochrony zapewniany inwestorom detalicznym co do zasady jest pozytywnie skorelowany ze skłonnością takich inwestorów do inwestowania środków pieniężnych na rynku kapitałowym. Mając powyższe na uwadze, z punktu widzenia możliwości funkcjonowania fundamentalnych mechanizmów rynku kapitałowego, z natury rzeczy rynek ten podlega reglamentacji i regulacji usankcjonowanej w systemie prawa, zapewniającej mechanizmy ochronne dla inwestora na rynku kapitałowym.

W tym miejscu zasygnalizować także należy podejście do kwestii regulacji rynku finansowego z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa. Regulacje prawne reglamentujące działalność gospodarczą oceniać bowiem należy na zasadzie uwzględnienia zarówno kosztów, ponoszonych przez uczestników rynku kapitałowego — ale i zysków. Podkreślenia wymaga fakt, że szeroko rozumiana reglamentacja działalności firm inwestycyjnych z jednej strony stanowi zarówno barierę wejścia na rynek podmiotów dążących do prowadzenia na tym rynku działalności, jak również stanowi obciążenie kosztowe i organizacyjne dla podmiotów, które barierę tą przekroczą, natomiast jednocześnie stanowi często warunek konieczny dla jego funkcjonowania nie tylko z uwagi na makroostrożnościowe podejście organów ustawodawczych, regulacyjnych i nadzorczych, ale także z uwagi na skłonność do podejmowania przez inwestorów ryzyka, powierzających własne aktywa firmą inwestycyjnym lub inwestujących aktywa za ich pośrednictwem. Wskazać przy tym należy, że obciążenie ryzykiem inwestorów, nie stanowi wyłącznie rezultatu świadczenia przez te podmioty usług inwestycyjnych z wykorzystaniem powierzonych aktywów, ale wynika także, a w polskich realiach wydaje się że wręcz głównie, ze zdarzeń operacyjnych dotyczących tych podmiotów i sposobu świadczenia usług maklerskich, które w szczególny sposób materializuje się w sektorze rynku finansowego wskutek silniejszej niż w innych sektorach współzależnościach pomiędzy uczestnikami tego rynku oraz wrażliwości na zdarzenia w globalnym systemie finansowym. Wstępne ustalenia organów administracji publicznej wydają się wskazywać, że istota społecznej szkodliwości tzw. afery GetBack S.A. ma swoje źródło nie tyle w niewypłacalności emitenta, które to zdarzenie jest zjawiskiem immanentnie wpisanym w ryzyko podejmowane przez inwestorów na rynku kapitałowym[2] — w szczególności w zakresie nabywania dłużnych instrumentów finansowych, ale w nieprawidłowościach w zakresie prowadzenia działalności przez firmy inwestycyjne pośredniczące w oferowaniu obligacji GetBack S.A., a także niewystarczającym poziomie reglamentacji procesu inwestycyjnego realizowanego przez klientów detalicznych.

Poniżej przedstawiona zostanie pobieżna analiza wybranych mechanizmów regulacyjnych funkcjonujących w ramach polskiego rynku kapitałowego, mających na celu ochronę inwestorów, przy czym mając na uwadze najczęściej spotykany w Polsce schemat aktywności inwestorów na rynku finansowym, tj. z wykorzystaniem wyspecjalizowanych instytucji pośredniczących pomiędzy inwestorami a podmiotami pozyskującymi kapitał (określanych także mianem podmiotów nadwyżkowych i deficytowych; Wojtczak, 2012), analiza przeprowadzona zostanie z punktu widzenia inwestora będącego klientem firmy inwestycyjnej w Polsce.

Mając na uwadze powyższe, na potrzeby niniejszego artykułu wyróżnić można następujące podstawowe instytucje o charakterze regulacyjnym, zapewniające mechanizmy ochronne dla klienta firmy inwestycyjnej występującego w roli inwestora:

1. Proces licencjonowania i nadzoru nad firmami inwestycyjnymi przez Komisję Nadzoru Finansowego, stanowiący odpowiednio wstępny mechanizm i następczy mechanizm weryfikacji posiadania przez podmiot wnioskujący o wydanie zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej rozwiązań technicznych i organizacyjnych mających w ujęciu teoretycznym na celu m.in. ochronę interesów klientów firmy inwestycyjnej.

2. Wymogi dotyczące sposobu prowadzenia przez firmy inwestycyjne działalności o charakterze *compliance* — w szczególności wynikające z tzw. pakietu MiFID II[3] oraz ostatnich zmian w przepisach prawa nie mających bezpośredniej podstawy w przepisach unijnych, adresujących obserwowane przez organy nadzoru patologie na krajowym rynku kapitałowym.

Pozostałe mechanizmy, do których można zaliczyć wymogi ostrożnościowe zapewniające stabilność finansową firmy inwestycyjnej, w tym w szczególności wymogi dotyczące adekwatności kapitałowej oraz zarządzania ryzykiem czy systemowe rozwiązania ochrony środków klientów firmy inwestycyjnej w przypadku upadłości firmy inwestycyjne lub postępowań egzekucyjnych kierowanych do firmy inwestycyjnej oraz system rekompensat, z uwagi na zakres niniejszego artykułu nie będą przedmiotem dalszej analizy.

## 3. Działalność oraz możliwe uwarunkowania procesu pozyskiwania kapitału dłużnego przez GetBack S.A.

GetBack S.A. powstała w 2012 r. i prowadziła działalność polegającą na nabywaniu pakietów wierzytelności i dochodzeniu ich zapłaty, także z wykorzystaniem konstrukcji funduszy sekurytyzacyjnych, finansując prowadzoną działalność w znacznej mierze poprzez emisje obligacji, których część została nabyta przez inwestorów detalicznych w okresie od 2016 r. do marca 2018 r. W kwietniu 2018 r. GetBack S.A. zaprzestała obsługi zobowiązań wynikających z wyemitowanych obligacji[4], a do organów administracji publicznej — w tym Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego[5] oraz Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów[6], zaczęły napływać skargi inwestorów, którzy objęli obligacje GetBack S.A., wskazujące, że podmioty pośredniczące w przyjmowaniu zapisów na przedmiotowe obligacje wprowadzały inwestorów w błąd m.in. co do wysokiego poziomu bezpieczeństwa inwestycji, porównywalnego z lokatami bankowymi, oraz dopasowania oferowanych instrumentów finansowych do profilu inwestorów. Inwestorzy swoje zastrzeżenia do działalności podmiotów pośredniczących w proponowaniu nabycia obligacji GetBack S.A. przedstawiali także Rzecznikowi Finansowemu[7]. Do dnia oddania niniejszego artykułu do druku, Komisja Nadzoru Finansowego wydała, w związku ze stwierdzonymi nieprawidłowościami w procesie oferowania obligacji GetBack S.A. decyzję o cofnięciu zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej przez Polski Dom Maklerski S.A.[8], a także wpisała na listę ostrzeżeń publicznych IDEA Bank S.A.[9], w związku ze złożeniem zawiadomienia do prokuratury o możliwości popełnienia przestępstwa polegającego na prowadzeniu działalności maklerskiej w zakresie m.in. oferowania obligacji GetBack S.A. bez wymaganego zezwolenia.

## 4. Inwestor a klient firmy inwestycyjnej — zakresy objęcia mechanizmami ochronnymi niektórych kategorii uczestników rynku kapitałowego

Podejmując analizę systemu ochrony klienta firmy inwestycyjnej występującego w roli inwestora na rynku kapitałowym, na wstępie wskazać należy, że instytucja inwestora nie jest jednolita — poszczególne mechanizmy ochrony klienta firmy inwestycyjnej kwalifikują według odmiennych zasad sposób ustalenia zakresu podmiotów, którym taką ochronę zapewniają. W zakresie polskiego prawa rynku kapitałowego kategoria inwestora nie jest wprost zdefiniowana, niemniej w przepisach prawa stosowane jest pojęcie inwestora w odniesieniu do podmiotów, które zawierają transakcje ma rynku regulowanym lub są adresatami rekomendacji dotyczących instrumentów finansowych, ich emitentów lub wystawców[10]. Doktryna w różnorodny sposób określa inwestora, utożsamiając go przykładowo z posiadaczem środków pieniężnych, który decyduje się na ich ulokowanie w papierach wartościowych w celu osiągnięcia korzyści przewyższających inne formy lokat (Zacharzewski, 2012), a niekiedy przyjmując za podstawę jego wyodrębnienia czynniki często odległe od powszechnego rozumienia inwestora, jak chociażby sposób wykorzystania i przetwarzania przez szeroki zakres podmiotów prawa posiadanych informacji, kształtujący kategorię tzw. inwestorów informacyjnych (*information traders*), w zakres której wchodzą podmioty podejmujące działania na rynku kapitałowym w oparciu o dokładnie przeanalizowane informacje płynące z tego rynku. Nie odnosząc się szczegółowo do istniejących teorii z zakresu *law & economics* identyfikujących inwestora w oparciu o przesłanki pozaprawne, wskazać należy, że powszechnie rozumiany inwestor na rynku kapitałowym będący klientem firmy inwestycyjnej to podmiot, który przeprowadza w oparciu o znajdujące się w jego dyspozycji aktywa (w szczególności środki pieniężne i instrumenty finansowe) transakcje za pośrednictwem firmy inwestycyjnej, mające na celu obciążenie tych aktywów ryzykiem w celu uzyskania premii za ryzyko lub przychodów o innym charakterze. Brak jest bowiem uzasadnienia dla ograniczania powszechnego rozumienia pojęcia inwestora wyłącznie do finalnego nabywcy walorów giełdowych (Zacharzewski, 2012), gdyż takie jego ujęcie pozbawiało by tego miana podmioty dokonujące chociażby transakcji na rynku niepublicznym, czy za pośrednictwem instytucji zbiorowego inwestowania, w szczególności uczestników funduszy inwestycyjnych, a w odniesieniu właśnie do instrumentów rynku niepublicznego, z uwagi na asymetrię informacji posiadanych przez emitenta i inwestora, ochrona inwestora nabiera szczególnego znaczenia. Już w tym miejscu podkreślenia

wymaga okoliczność, że tak rozumiana kategoria inwestora nie jest tożsama z klientem firmy inwestycyjnej, którego jurydyczna definicja ma znaczenie w kontekście kwalifikacji takiego podmiotu do objęcia niektórymi mechanizmami ochrony inwestora. Zgodnie z polskimi regulacjami prawnymi[11], na potrzeby regulacji adekwatności kapitałowej oraz wymogów wynikających z tzw. pakietu MIFID II jako klient firmy inwestycyjnej traktowany jest podmiot, na którego rzecz jest lub ma być świadczona jedna z usług maklerskich, lub też podmiot, który zawarł z firmą inwestycyjną umowę o świadczenie usług maklerskich lub prowadzenie rachunku zbiorczego[12].

Analizując zakres przedstawionych powyżej pojęć inwestora i klienta firmy inwestycyjnej wskazać należy, że zachodzi pomiędzy nimi stosunek krzyżowania się w ten sposób, że nie każdy klient firmy inwestycyjnej będzie inwestorem (dla przykładu wskazać należy podmiot, będący klientem firmy inwestycyjnej, na którego rzecz firma inwestycyjna świadczy usługę doradztwa inwestycyjnego[13], a który nie dokonuje za pośrednictwem tej firmy żadnych transakcji), a dopiero od niedawnej nowelizacji[14] ustawy o obrocie instrumentami finansowymi każdy inwestor przeprowadzający za pośrednictwem firmy inwestycyjnej transakcje z wykorzystaniem własnych aktywów, np. w ramach złożenia zapisu na instrumenty finansowe, w których oferowaniu nabycia pośredniczy firma inwestycyjna, jest klientem firmy inwestycyjnej w zakresie usługi przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych, o czym szerzej w kolejnej części niniejszego artykułu. W odniesieniu natomiast do systemu rekompensat, zakres jurydycznej definicji inwestora jest odmienny, gdyż inwestor określony jest jako każdy podmiot, na rzecz którego dom maklerski świadczy jedną z bezwzględnych usług maklerskich lub usługi w ramach przechowywania lub rejestrowania instrumentów finansowych, w tym prowadzenia rachunków papierów wartościowych i rachunków zbiorczych, oraz prowadzenia rachunków pieniężnych, z wyłączeniem enumeratywnie określonych w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi podmiotów[15]. Tym samym zakres pojęcia inwestora na potrzeby ustalenia kręgu beneficjentów systemu rekompensat jest znacznie węższy niż kategoria klienta firmy inwestycyjnej, a to z uwagi na trzy rodzaje ograniczeń — po pierwsze beneficjentem systemu rekompensat jest kontrahent domu maklerskiego, a nie firmy inwestycyjnej, po drugie stosunek kontraktowy dotyczy jedynie niektórych, a nie wszystkich usług maklerskich, a wreszcie zakres ten ogranicza enumeratywne wyliczenie podmiotów, które pomimo spełniania dwóch powyższych warunków, nie są objęte system rekompensat.

Powyższe ograniczenia wynikają z realizacji dyspozytywnej części prawa unijnego, dopuszczającego szeroki katalog wyłączeń[16]. Pod względem celowościowym, wyłączenia te obejmują m.in. podmioty, które przede wszystkim są z racji prowadzonej przez siebie działalności zawiązane z rynkiem kapitałowym i można domniemywać, iż potrafią we własnym zakresie dokonywać wszechstronnej analizy sytuacji na rynku finansowym, a także podmioty wyłączone ze względu na pełnioną funkcję i z tej racji pozostające w bezpośrednich relacjach z podmiotami objętymi systemem rekompensat, mające dostęp do informacji poufnych, wielokrotnie mając wpływ na kondycję finansową domu maklerskiego — insiderzy pierwotni, oraz osoby powiązane rodzinnie z insiderami pierwotnymi (Wierzbowski, Sobolewski, Wajda, 2012). Mając na uwadze powyższe, podnieść należy, że przedmiotowe wyłączenia mają na celu zapobieżenie nadużyciom wynikającym z potencjalnej możliwości działania przez podmioty profesjonalne lub powiązane, które mogło by mieć na celu skorzystanie z systemu rekompensat jako źródła planowego przychodu, nie zaś zabezpieczenia interesów inwestorów na wypadek wystąpienia zdarzeń nieprzewidzianych. Jednocześnie w doktrynie podnosi się, że zakresem podmiotów objętych ochroną w postaci objęcia systemem rekompensat jest kategoria inwestorów określana mianem „inwestorów indywidualnych" (Zacharzewski, 2012), stanowiących podmioty najbardziej narażone na straty związane z uczestnictwem w obrocie instrumentami finansowymi z uwagi na fakt, iż stanowią oni kategorię inwestorów o najniższym stopniu wiedzy i doświadczenia w zakresie ryzyka związanego z takim uczestnictwem. Tym samym, w kontekście ochrony inwestora będącego klientem domu maklerskiego w polskiej przestrzeni regulacyjnej, nieprecyzyjnie wydaje się wskazywać część doktryny (Grzegorczyk, Szaraniec, 2009) odwołując się do prawa UE, iż na potrzeby systemu rekompensat inwestorem jest każda osoba, która powierzyła środki finansowe lub instrumenty przedsiębiorstwu inwestycyjnemu.

W kontekście analizy statusu inwestora, wskazać należy, że zakres ten krzyżuje się z pojęciem konsumenta, przy czym w przypadku klientów detalicznych co do zasady inwestor posiadał będzie taki właśnie status. Zakres niniejszego artykułu nie obejmuje analizy mechanizmów ochrony inwestora wynikających ze statusu konsumenta — wzmiankować zatem jedynie należy regulacje prawa konsumenckiego określające sytuację konsumenta przy zawieraniu na odległość umów dotyczących usług finansowych, wraz z istotnymi wyłączeniami stosowania ochrony konsumenta w zakresie niektórych umów mających za przedmiot instrumenty finansowe[17].

Podsumowując, pojęcie inwestora ma szeroki zakres i jego precyzyjne jurydyczne ujęcie ma charakter względny, możliwość zaś korzystania przez inwestora z regulacyjnych mechanizmów ochronnych uzależniona jest od rodzaju i sposobu zaangażowania przez inwestora środków pieniężnych na rynku kapitałowym, a także od indywidualnych cech danego inwestora w ujęciu organizacyjnym oraz relacji z innymi uczestnikami rynku kapitałowego.

## 5. Wybrane zagrożenia inwestora na rynku kapitałowym

Analizując system ochrony inwestora na rynku kapitałowym, jako jedna z podstawowych do rozstrzygnięcia kwestii pojawia się konieczność ustalenia przedmiotu ochrony — a co z tym związane — zagrożeń, którymi ten przed-

miot ochrony miałby być dotknięty. Wychodząc od zagrożeń potencjalnie dotyczących inwestora na rynku kapitałowym — przyjmuje się, że chodzi oczywiście o sferę jego praw majątkowych — a zatem do powszechnie uznawanych zagrożeń zaliczyć można następujące zasadnicze okoliczności:

1. Materializację ryzyka utraty środków powierzonych przez inwestora firmie inwestycyjnej środków z przyczyn leżących po stronie firmy inwestycyjnej, w szczególności jej stabilności finansowej oraz zdolności do bieżącego wypełniania zobowiązań.

2. Potencjalne straty wynikające z niewłaściwego zarządzania przez firmę inwestycyjną powierzonymi przez inwestora aktywami, w ramach usługi zarządzania aktywami[18].

3. Ryzyko braku adekwatności świadczonych na rzez inwestora przez firmę inwestycyjną usług, lub świadczenie przez firmę inwestycyjną usług maklerskich w sposób nieprawidłowy. Powyższe może się przejawiać m.in. w formie proponowania nabycia instrumentów finansowych nieodpowiednich dla danego inwestora, albo co najmniej poprzez pozostawienie swobodzie inwestora podejmowania działań za pośrednictwem firmy inwestycyjnej przekraczającej kompetencje inwestora w zakresie oceny ryzyka podejmowanej decyzji inwestycyjnej bez jednoczesnego przedsięwzięcia przez firmę inwestycyjną działań mających na celu przedstawienie inwestorowi informacji w tym zakresie.

Dodatkowo w doktrynie podnosi się inne zagrożenia, w tym niebezpieczeństwo związane z narzucaniem inwestorowi przez inne podmioty uciążliwych warunków umownych, możliwość monopolizacji rynku, naruszenie stabilności rynku, jak również zagrożenie asymetrią informacji pomiędzy emitentem instrumentów finansowych, w szczególności dopuszczonych do publicznego obrotu, a inwestorem, które to okoliczności, z racji pominięcia w niniejszym artykule konsumenckiego wymiaru ochrony inwestora oraz ujęcia systemu ochrony z punktu widzenia inwestora w relacji z firmą inwestycyjną, podlegają w tym miejscu jedynie wzmiankowaniu (Dyl, 2012; Chłopecki, Dyl, 2012; Nieborak, Sójka, 2011).

## 6. System nadzoru nad firmami inwestycyjnymi sprawowany przez Komisję Nadzoru Finansowego jako mechanizm ochrony inwestora na rynku kapitałowym

Jako pierwszy z mechanizmów ochrony inwestora — klienta domu maklerskiego — o charakterze prewencyjnym wskazać należy nadzór sprawowany przez Komisję Nadzoru Finansowego nad podmiotami rynku kapitałowego, prowadzącymi działalność w zakresie wykonywania czynności maklerskich. W odniesieniu do kwestii nadzoru administracyjnego nad rynkiem finansowym, wskazać należy, że jego założeniem jest działanie państwa przy wykorzystaniu, jako instrumentarium podmiotowego, organów administracji publicznej, mające na celu ochronę i zabezpieczenie interesu publicznoprawnego (Dyl, 2012). Odnosząc powyższe na grunt polskiego rynku kapitałowego jako części rynku finansowego, wskazać należy, ze ustawa o nadzorze nad rynkiem kapitałowym[19] jednoznacznie wskazuje, że celem administracyjnego nadzoru nad rynkiem kapitałowym, sprawowanego przez Komisję Nadzoru Finansowego, jest m.in. zapewnienie ochrony inwestorów i innych uczestników tego rynku. W zakresie mechanizmów nadzoru administracyjnego, wskazuje się ich dystynkcję pomiędzy mechanizmy nadzoru uprzedniego i następczego (Dyl, 2012), przy czym mechanizmy o charakterze uprzednim obejmują w szczególności proces licencjonowania, w ramach którego weryfikowana jest szczegółowo okoliczność wypełniania przez podmiot ubiegający się o wydanie zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej wymogów prawa — w tym wymogów o charakterze kapitałowym, natomiast mechanizmy o charakterze następczym dotyczą w szczególności uprawnień organu nadzoru względem podmiotu licencjonowanego w przypadku naruszenia przez ten podmiot norm ostrożnościowych, w tym przede wszystkim nakładania sankcji administracyjnych (Wajda, 2014).

Niejako pomiędzy wskazanymi powyżej dwiema grupami mechanizmów nadzorczych ulokować należy uprawnienie organu nadzoru do monitorowania sytuacji finansowej oraz regulacyjnej firm inwestycyjnych, z którym to uprawnieniem skorelowany jest szereg obowiązków sprawozdawczych firma inwestycyjnych, obejmująca swoim zakresem weryfikację wskaźników domu maklerskiego pod m.in. kątem możliwej upadłości lub zagrożenia dla ciągłości działania firmy inwestycyjnej i bezpieczeństwa środków pieniężnych i instrumentów finansowych (Chłopecki, Nowocień-Dycha, Zapała, 2003). Wszystkie wskazane powyżej grupy uprawnień organu nadzoru, a na gruncie polskiego rynku kapitałowego — Komisji Nadzoru Finansowego, z punktu widzenia ochrony inwestora mają charakter prewencyjny i obejmują normatywne akty administracyjne, oraz środki nadzoru bieżącego o charakterze ad personam (w stosunku do organu podmiotu nadzorowanego) oraz *ad rem* (w stosunku do przejawów działania tego organu albo działania podmiotu jako całości; Nieborak, Sójka, 2011). Nie rozwijając szczegółowo problematyki konkretnych środków nadzorczych, uprawnienia dotyczące w szczególności prewencyjnego ograniczenia zakresu prowadzonej działalności, ograniczenia ryzyka związanego z prowadzoną działalnością, czy wreszcie pozbawienie możliwości wykonywania działalności maklerskiej mają na celu zapobieżenie narażeniu środków powierzonych przez inwestora firmie inwestycyjnej na zagrożenia związane z niestabilną sytuacją finansową lub operacyjną takiego pośrednika usług finansowych.

Wskazać przy tym należy, że skuteczność powyższych mechanizmów determinowana jest zarówno poprzez dostęp organu nadzoru do rzetelnych danych firmy inwestycyjnej, jak również, mając na uwadze, że środki o charakterze następczym co do zasady możliwe są do zastosowania jako rezultat sformalizowanego postępowania administracyjnego, od szybkości ich wydania przez organ nadzoru. Wskazać przy tym należy zauważalną tendencję znacznego zwiększenia stosowania przez Komisję Nadzoru Finansowego sankcji

najdalej idącej, jaką jest cofnięcie zezwolenia na prowadzenie przez firmę inwestycyjną działalności maklerskiej. O ile bowiem do 2013 r. miał miejsce zaledwie jeden taki przypadek, o tyle od 2014 r. cofnięte zostało przedmiotowe zezwolenie siedmiu domom maklerskim[20].

## 7. Wybrane uwarunkowania zakresu ochrony inwestorów zapisujących się na obligacje GetBack S.A. w kontekście zmiany ustawy o obrocie instrumentami finansowymi

Analizę wybranych uwarunkowań ochrony inwestorów, którzy objęli obligacje GetBack S.A., należy rozpocząć od ustalenia ich statusu względem pośredniczących firm inwestycyjnych z punktu widzenia obowiązujących regulacji prawnych i charakteru podejmowanych czynności, warunkującego zakres obowiązków pośredniczących firm inwestycyjnych oraz uprawnień inwestorów. Mając na uwadze, że zasadniczo inwestorzy obejmowali obligacje w okresie od 2016 r. do marca 2018 r., zdarzenia te miały miejsce w przestrzeni prawnej sprzed wejścia w życie ustawy zmieniającej ustawę o obrocie instrumentami finansowymi[21]. Zgodnie z ówczesnym stanem prawnym, usługa oferowania instrumentów finansowych świadczona była przez firmę inwestycyjna wyłącznie na rzecz emitenta instrumentów finansowych, w ramach której firma inwestycyjna obowiązana była w szczególności do przyjęcia zapisu na instrumentu finansowe zgodnie z warunkami oferty ich nabycia, przyjęcia wpłat pieniężnych z tytułu zapisów na instrumentu finansowe w wysokości i na warunkach określonych w ofercie, a wreszcie do przekazania (w przypadku dojścia oferty do skutku) środków pieniężnych otrzymanych tytułem złożonych zapisów emitentowi, wystawcy lub wprowadzającemu instrumenty finansowe[22]. Tym samym klientem firmy inwestycyjnej, a więc podmiotem na którego rzecz była w tym przypadku świadczona usługa maklerska, był wyłącznie emitent instrumentów finansowych, czyli w analizowanym przypadku GetBack S.A., brak było natomiast co do zasady podstaw do przyznania przymiotu klienta firmy inwestycyjnej inwestorowi składającemu zapis na oferowane instrumenty finansowe. Firma inwestycyjna nie musiała więc być związana z inwestorem składającym zapis na oferowane instrumenty finansowe żadnym stosunkiem prawnym, w tym w szczególności brak było wymogu zawierania z takim inwestorem umowy o świadczenie usług maklerskich. Powyższa sytuacja, stanowiąca jak się wydaje niekonsekwencję ustawodawcy w zakresie implementacji do polskiego porządku prawnego dyrektywy MiFID w 2009 r., powodowała zaskakującą sytuację, w której inwestorzy składający zapisy na często ryzykowne obligacje korporacyjne czy certyfikaty inwestycyjne funduszy inwestycyjnych zamkniętych nie posiadali z tego tytułu statusu klienta firmy inwestycyjnej, a tym samym nie podlegali wymogom dotyczącym choćby zbadania ich wiedzy i doświadczenia inwestycyjnego celem określenia, czy świadczona przez firmę inwestycyjną usługa maklerska lub oferowany instrument finansowy są dla inwestora odpowiednie. Jednocześnie ten sam inwestor, który za pośrednictwem firmy inwestycyjnej zamierzał nabyć jednostki uczestnictwa funduszy inwestycyjnych otwartych, które co do zasady — choćby z uwagi na obowiązujące fundusze inwestycyjne dość ścisłe ograniczenia inwestycyjne[23] oraz wymogi dotyczące płynności tych funduszy[24] — stanowią instrumenty o wyższym poziomie bezpieczeństwa — musiał posiadać status klienta firmy inwestycyjnej w zakresie usługi przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych[25].

Powyższa niekonsekwencja jeszcze jaskrawiej uwidoczniała się w przypadku oferowania przez firmy inwestycyjne w formule konsorcjum, w którym jedna firma inwestycyjna (lider konsorcjum) zawierała umowę o oferowanie z emitentem, a następnie nawiązywała współpracę z innymi firmami inwestycyjnymi, wchodzącymi w skład konsorcjum. W tym przypadku inwestor, który zapisywał się na oferowane instrumenty finansowe za pośrednictwem lidera konsorcjum nie był objęty wymogiem zawarcia umowy z liderem konsorcjum. Tym samym nie korzystał z ówcześnie obowiązujących mechanizmów ochrony klienta firmy inwestycyjnej, natomiast ten sam inwestor zapisujący się na te same instrumenty finansowe za pośrednictwem firmy inwestycyjnej będącej uczestnikiem konsorcjum niezwiązanym bezpośrednio z emitentem umową o oferowanie instrumentów finansowych — w celu złożenia zapisu zobligowany byłby do zawarcia umowy o świadczenie usług maklerskich, przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych, a tym samym zostałby objęty mechanizmami ochrony przewidzianymi dla klienta firmy inwestycyjnej (Kurzajewski, 2014).

Mając powyższe na względzie — przyjąć należy, że inwestorzy zapisujący się na obligacje GetBack S.A., z tytułu samego składania zapisu, nie stawali się co do zasady klientami firm inwestycyjnych, nie korzystali więc zasadniczo z żadnych mechanizmów o charakterze *compliance* mających na celu ochronę inwestorów. Dotyczy to w szczzczególności firm inwestycyjnych, na których nie ciążył obowiązek zbadania wiedzy i doświadczenia tych inwestorów w celu dokonania oceny, czy oferowane obligacje GetBack S.A. są dla nich odpowiednie. Dlatego też obecnie zasadniczymi podstawami dochodzenia roszczeń przez inwestorów od dystrybutorów, którzy prawdopodobnie w sposób co najmniej nie w pełni rzetelny informowali o istocie i ryzykach związanych z inwestowaniem w obligacje korporacyjne emitowane przez GetBack S.A., są ogólne przepisy prawa, wśród których najdalej idącym wydaje się być zarzut przestępstwa oszustwa[26], polegającego na wprowadzaniu inwestorów w błąd w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, która to ścieżka postępowania sugerowana jest przez Komisję Nadzoru Finansowego[27].

Powyższe uwarunkowania regulacyjne uległy zasadniczej zmianie w dn. 21 kwietnia 2018 r., wraz z wejściem w życie ustawy zmieniającej ustawę o obrocie instrumentami finan-

sowymi[28], zawierającej zmodyfikowaną definicję usługi przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych[29], zgodnie z którą usługa ta polega na przyjmowaniu i przekazywaniu zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych do innego podmiotu, w tym do emitenta instrumentu finansowego, wystawcy instrumentu finansowego lub sprzedającego taki instrument, w celu ich wykonania. W ten sposób polski ustawodawca przesądził o zmianie dotychczasowego regulacyjnego modelu oferowania instrumentów finansowych, wprowadzając obowiązek firmy inwestycyjnej zwierania z inwestorem zapisującym się na instrumenty finansowe umowy świadczenie usługi przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych, co skutkuje każdorazowym objęciem takiego inwestora ochroną przewidzianą dla klientów firmy inwestycyjnej.

Powyższa zmiana nie wynika bezpośrednio z implementacji lub dostosowania do pakietu MiFID II — a stanowi autonomiczne działanie ustawodawcy mające na celu usunięcie dotychczasowej, opisanej powyżej ewidentnej luki legislacyjnej. Ponadto, ustawa zmieniająca ustawę o obrocie zmodyfikowała lub wprowadziła nowe, dodatkowe obowiązki firmy inwestycyjnej świadczącej usługi maklerskie, wynikające pośrednio lub bezpośrednio z pakietu MiFID II, które w założeniu ustawodawcy mają zwiększyć poziom ochrony inwestora korzystającego z usług firmy inwestycyjnej. Tym samym, gdyby obligacje GetBack S.A. były oferowane w obecnym stanie prawnym, inwestorzy będący obligatoryjnie klientami firm inwestycyjnych oferujących przedmiotowe obligacje, mogli by liczyć na m.in. na poniższe instytucje i mechanizmy:

1. Obowiązek uzyskania przez firmę inwestycyjną informacje dotyczące wiedzy i doświadczenia takich inwestorów w zakresie inwestowania na rynku finansowym[30], w celu oceny, czy oferowanie obligacji GetBack S.A. są dla nich odpowiednie, a następnie poinformowania klienta o wyniku tej oceny. Co prawda w przypadku, gdy firma inwestycyjna na podstawie uzyskanych informacji przekaże inwestorowi wynik oceny, z którego będzie wynikać, że oferowane instrumenty nie są dla danego inwestora odpowiednie. Inwestor może wbrew takiej ocenie nadal skutecznie złożyć zapis, natomiast należy przyjąć, że w teoretycznym modelu podejmie w tym zakresie świadomą decyzję także w zakresie ryzyka związanego z dokonywaną inwestycją.

2.Obowiązki firmy inwestycyjnej związane z opracowaniem rozwiązań odnoszących się do tzw. grupy docelowej,[31] polegających w uproszczeniu na określeniu dla obligacji emitowanych przez GetBack S.A. cech, których wykazywanie przez inwestorów prowadzi do wniosku, że obligacje te były by dla nich odpowiednie. Powyższe rozwiązania mają na celu ograniczenie możliwości kierowania przez firmę inwestycyjna oferty usług do klientów, którzy zostali na podstawie wykazywanych cech zostali zakwalifikowani do tzw. negatywnej grupy docelowej. W przypadku obligacji GetBack S.A., poprawne przeprowadzenie ww. procesu powinno ograniczyć możliwość w ogóle skierowania propozycji nabycia do klientów nieakceptujących wysokiego poziomu ryzyka związanego immanentnie z cechującymi się relatywnie wysokim oprocentowaniem obligacjami korporacyjnymi.

3. Obowiązki firmy inwestycyjnej związane z dokumentowaniem i archiwizowaniem procesu obsługi klienta[32], obejmującego w praktyce nagrywanie rozmów telefonicznych oraz protokołowanie spotkań przedstawicieli firmy inwestycyjnej z klientami, których celem było by złożenie zapisów na obligacje emitowane przez GetBack S.A. Wskazany powyżej obowiązek z dużą dozą prawdopodobieństwa mógłby ograniczyć przypadki, w których inwestorzy zapisujący się na obligacje GetBack S.A. uzyskiwali nierzetelne zapewnienia co do charakteru inwestycji, a gdyby informacje takie faktycznie były przedstawiane — ich dokumentacja stanowić mogłaby konkretną podstawę do wykazania naruszeń przepisów prawa przez firmę inwestycyjną.

## 8. Podsumowanie — wnioski

Mechanizmy ochrony inwestorów — klientów firmy inwestycyjnej — stanowią jeden z filarów właściwego funkcjonowania systemu finansowego, co uznawane jest, zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Trybunału Konstytucyjnego[33], za dobro wspólne wszystkich obywateli. Powyższe dobitnie podkreśla rolę przedmiotowych mechanizmów w ramach funkcjonowania całej gospodarki, lub wręcz społeczeństwa. Tym samym w podsumowaniu analizy przedmiotowych mechanizmów nie sposób pominąć kwestię oceny ich adekwatności i skuteczności funkcjonowania. W tym kontekście należy dostrzec, iż tempo rozwoju gospodarczego w ostatnich kilku dekadach nie daje się opisać liniową zależnością względem czasu — ta relacja wydaje się mieć charakter zbliżony bardziej do zależności wykładniczej. Niezliczone pomysły, rodzące się w szklanych siedzibach firm inwestycyjnych na całym świecie, przekuwane są w finansową, coraz bardziej abstrakcyjną rzeczywistość w przestrzeni światowego krwiobiegu finansowego, a rosnąca presja na wyniki sprzedaży powodują poszukiwanie przez dystrybutorów produktów finansowych sposobów obsługi inwestorów maksymalizujących korzyści firm inwestycyjnych, które niekoniecznie są zbieżne z interesem inwestorów. Okoliczności te stawiają przed regulatorami i nadzorcami rynku finansowego szereg wyzwań, sprostanie którym staje się w coraz mniejszym stopniu — o ile w ogóle możliwe. Co do zasady regulacje i kompetencje nadzorcze zmuszone są podążać za stanem stworzonym przez kreatorów tej rzeczywistości, a nawet w przypadku przyjęcia tezy, iż nowe zjawiska, które pojawiają się na światowych rynkach finansowych są przejrzyste, łatwe do analizy, a także iż automatycznie znana jest treść niezbędnego działania ze strony regulatorów i nadzorców tego rynku — to wprowadzenie w życie tej reakcji odbywa się zazwyczaj ze znacznym opóźnieniem.

Powyższy tok rozumowania prowadzić może do konkluzji, iż skoro powołani do zapewnienia stabilności systemu finansowego oraz bezpieczeństwa jego uczestników regulatorzy rynku finansowego oraz organy nadzoru nie są w stanie sprawnie reagować *a priori* na pojawiające się zjawiska, ustanawiając skuteczne i adekwatnie stosowane mechanizmy zapewniania stabilności rynku finansowego, w a tym ochrony inwestorów, o charakterze uprzednim, natomiast mechanizmy ochronne obarczone są szeregiem ograniczeń i trudności w praktycznym zastosowaniu, pełne zabezpieczenie i uzyskanie oczekiwanego przez inwestorów poziomu ochrony na rynku kapitałowym nie jest w praktyce możliwe. Tym samym można założyć, że objęcie regulacjami stanowiącymi implementacje MiFID II oraz innymi wynikającymi z ustawy zmieniającej ustawę o obrocie instrumentami finansowymi w pewnym stopniu mogło by ograniczyć skalę prawdopodobnego zjawiska misselingu w oferowaniu obligacji GetBack S.A., a także poprawiło by sytuację faktycznie wprowadzonych w błąd inwestorów poprzez uzyskanie bezpośredniej i bardziej skonkretyzowanej podstawy dochodzenia roszczeń od nierzetelnych dystrybutorów. Natomiast nawet najdalej idące i wprowadzone z odpowiednim wyprzedzeniem normy reglamentujące działalność maklerską nie zapewnią pełnej ochrony inwestorom przy braku efektywnego nadzoru nad działalnością pracowników, agentów firm inwestycyjnych i innych osób występujących w imieniu firm inwestycyjnych, a także powszechnego podniesienia kultury korporacyjnej obowiązującej w firmach inwestycyjnych.

Obszarem, z którym jak się wydaje można wiązać nadzieję na rozwój nowej formy nadzoru nad prowadzoną przez firmę inwestycyjną działalnością są obowiązujące od kilku lat w firmach inwestycyjnych regulacje dotyczące tzw. whistleblowingu34, polegającego na anonimowym zgłaszaniu wskazanemu członkowi zarządu, a w szczególnych przypadkach — radzie nadzorczej, naruszeń przepisów prawa oraz procedur i standardów etycznych obowiązujących w firmie inwestycyjnej. Dla pełnej skuteczności ww. rozwiązań niezbędne jest jednak, aby także kadra zarządzająca firmami inwestycyjnymi cechowała się wysokim poziomem etyki zawodowej, oraz pełnym zrozumieniem mechanizmów umożliwiających rozwój i prowadzenie działalności maklerskiej, których fundament stanowi zaufanie inwestorów do tego rynku oraz działających na nim podmiotów.

---

[1] Z uzasadnienia informacji o decyzji o nałożeniu na Polski Dom Maklerski S.A. kary pieniężnej i cofnięciu zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej, w którym wskazano: *Rynek finansowy ponosi zaś niepowetowaną szkodę wskutek działań naruszających zasady zgodnego z prawem i zasadami uczciwego obrotu oferowania instrumentów finansowych.* Działania takie prowadzą do utraty zaufania inwestorów oraz budują awersję do rynku — https://www.knf.gov.pl/o_nas/komunikaty?articleId=63697&p_id=18; (30.11.2018).

[2] Oceny tego zjawiska nie zmienia możliwość co najmniej przyczynienia się do niewypłacalności emitenta przez niezgodne z prawem działania osób kierujących GetBack S.A., stanowiąca podstawę do zastosowania w stosunku do tych osób środka zabezpieczającego w postaci aresztu — por. http://warszawa.pr.gov.pl/news/767; (30.11.2018).

[3] Tzw. Pakiet MiFID II rozumiany jest jako zestaw unijnych aktów prawnych — w szczególności Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE z dn. 15 maja 2014 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych oraz zmieniająca dyrektywę 2002/92/WE i dyrektywę 2011/61/UE, implementowaną do polskiego porządku prawnego m.in. w ramach ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz krajowych aktów wykonawczych do ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, implementujących ww. dyrektywę lub dostosowujących krajowe przepisy do rozporządzeń unijnych, oraz szereg stosowanych bezpośrednio unijnych rozporządzeń, z których zasadnicze znaczenie ma Rozporządzenie Delegowane Komisji (UE) 2017/565 z dn. 25 kwietnia 2016 r. uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE w odniesieniu do wymogów organizacyjnych i warunków prowadzenia działalności przez firmy inwestycyjne oraz pojęć zdefiniowanych na potrzeby tej dyrektywy.

[4] https://www.getbacksa.pl/images/dla-inwestora/raporty-biezace/2018/Za%C5%82%C4%85cznik_do_raportu_bie%C5%BC%C4%85cego_nr_51.pdf; (30.11.2018).

[5] https://www.knf.gov.pl/o_nas/komunikaty?articleId=61793&p_id=18; (30.11.2018).

[6] https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=14590; (30.11.2018).

[7] https://rf.gov.pl/sprawy-biezace/Wystapienia_Rzecznika_Finansowego_do_KNF_i_UOKiK_w_sprawie_GetBack_S_A__22804; (30.11.2018).

[8] https://www.knf.gov.pl/o_nas/komunikaty?articleId=63697&p_id=18 (30.11.2018).

[9] https://www.knf.gov.pl/o_nas/komunikaty?articleId=63722&p_id=18 (30.11.2018).

[10] Por. m.in. art. 14, 14a, 17, 20 Ustawy z dn. 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (t.j. Dz. U. z 2017 poz 1768; dalej: „ustawa o obrocie instrumentami finansowymi").

[11] Por. Art. 3 ust. 39 b) i 39 c) ustawy o obrocie instrumentami finansowymi.

[12] Por. Par. 2 pkt 15 Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 30 maja 2018 r. w sprawie trybu i warunków postępowania firm inwestycyjnych, banków, o których mowa w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, oraz banków powierniczych (Dz. U. z 2018 poz. 1112; dalej: rozporządzenie w sprawie trybu i warunków postępowania firm inwestycyjnych).

[13] Por. art. 69 ust. 2 pkt 5 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi.

[14] Nowelizacja ustawy o obrocie instrumentami wprowadzona ustawą z dn. 1 marca 2018 r. o zmianie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2018 poz. 685; dalej: „ustawa zmieniająca ustawę o obrocie instrumentami finansowymi"), która weszła w życie w dn. 21 kwietnia 2018 r., a okres na dostosowanie do większości jej postanowień upłynął w dn. 21 października 2018 r.

[15] Por. art. 132 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi.

[16] Por. art. 4 ust. 2 w zw. z załącznikiem nr 1 Dyrektywy 97/9/WE parlamentu europejskiego i rady z dnia 3 marca 1997 r. w sprawie systemów rekompensat dla inwestorów z dnia 3 marca 1997 r. (Dz. Urz. UE. L Nr 84, str. 22).

[17] Por. art. 4 ust. 2 oraz rozdział 5 ustawy z dn. 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 683).

[18] Por. art. 69 ust. 2 pkt 4 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi.

[19] Art. 4 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o nadzorze nad rynkiem kapitałowym (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1417).

[20] Stan na 30 listopada 2018 r. — por. https://www.knf.gov.pl/podmioty/Podmioty_rynku_kapitalowego/rejestr_firm_inwestycyjnych_ktorym_cofnieto_zezwolenie_na_dzialalnosc_maklerska; (30.11.2018).

[21] Ustawa zmieniająca ustawę o obrocie instrumentami finansowymi weszła w życie w dn. 21 kwietnia 2018 r., a w dn. 21 października upłynął termin na dostosowanie się przez prowadzące działalność przed dniem jej wejścia w życie firmy inwestycyjne były zobowiązane do dostosowania działalności do większości jej postanowień, por. wypowiedź Michała Karwasińskiego dla Parkiet z dn. 29 grudnia 2017 r. w artykule „Kilka miesięcy opóźnienia" — https://www.parkiet.com/Finanse/312299991-Finanse-Kilka-miesiecy-opoznienia.html (30.11.2018).

[22] Por. art. 72 ust. 1 ówcześnie obowiązującej ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz § 83 ust. 1 ówcześnie obowiązującego Rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie trybu i warunków postępowania firm inwestycyjnych, banków, o których mowa w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, oraz banków powierniczych z dnia 24 września 2012 r. (Dz. U. z 2012 poz. 1078).

[23] Por. art. 93 i nast. Ustawy z dn. 27 maja 2004 o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1355; dalej: ustawa o funduszach inwestycyjnych).

[24] Por. art. 90 ust. 2 ustawy o funduszach inwestycyjnych, określający maksymalny 7 dniowy termin na odkupienie przez fundusz inwestycyjnych otwarty od inwestora posiadanych jednostek uczestnictwa.

[25] Por. art. 32 ust. 1 pkt 3 ustawy o funduszach inwestycyjnych.

[26] Por. art. 286 par 1 ustawy z dn. 6 czerwca 1997 r. Kodeks Karny (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1600).

[27] Por. Komunikat z dn. 17 maja 2018 r. w sprawie skarg na działania podmiotów uczestniczących w procesie sprzedaży obligacji GetBack S.A. — https://www.knf.gov.pl/o_nas/komunikaty?articleId=61793&p_id=18 (30.11.2018).

[28] Z zastrzeżeniem, że zgodnie z art. 18 ust. 2 ustawy zmieniającej ustawę o obrocie instrumentami finansowymi, firmy inwestycyjne prowadzące działalność maklerską na podstawie zezwolenia udzielonego przed dn. 21 kwietnia 2018 r., obowiązane były do dostosowania prowadzonej działalności w terminie do 21 października 2018 r.

[29] Art. 74b ust. 1 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi.

[30] Art. 83h ust. 1 i nast. ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz art. 54 i nast. Rozporządzenia 565/2017.

[31] Art. 83b ust. 9 i nast. Ustawy o obrocie instrumentami finansowymi.

[32] Art. 83a ust. 4 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz art. 72–76 Rozporządzenia 565/2017.

[33] Por. wyroki TK z 27 lutego 2002 r., K47/01, OTK-A2002, nr 1 poz. 6 oraz z 21 marca 2001 K24/00. OTK 2001 nr 3, poz. 5.

[34] Por. art. 83a ust. 1a ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz par. 6 Zasad Ładu Korporacyjnego dla instytucji nadzorowanych, przyjętych uchwałą nr 218/2014 Komisji Nadzoru Finansowego z dn. 22 lipca 2014 r. (Dziennik Urzędowy KNF z 2014 r., poz. 17).

## Bibliografia


Chłopecki, A., Dyl, M. (2012). *Prawo rynku kapitałowego*. Warszawa: C.H. Beck.

Chłopecki, A., Nowocień-Dycha, K., Zapała, A. (2003). *Prawa i obowiązki klienta domu maklerskiego*. Warszawa: Komisja Papierów Wartościowych i Giełd.

Dyl, M. (2012). *Środki nadzoru na rynku kapitałowym*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Grzegorczyk, F., Szaraniec, M. (2009). *Instytucje i usługi finansowe*. Warszawa: Lexis Nexis.

Kozłowski, T. (2006). Ochrona inwestorów a struktura systemu finansowego. W: B. Polaszkiewicz, J. Boehlke (red.), *Ład instytucjonalny w gospodarce* (Tom II, 49 i nast.). Toruń: Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika.

Kurzajewski, M. (2014). *Usługi Maklerskie*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Nieborak, T. (2008). *Aspekty Prawne funkcjonowania rynku finansowego unii europejskiej*. Warszawa: Difin.

Nieborak, T., Sójka, T. (2011). *Ustawa o Nadzorze nad Rynkiem Kapitałowym. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Wajda, P. (2011). *Efektywność Informacyjna Rynku Giełdowego*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Wajda, P. (2014). Sankcje administracyjne jako instrument nadzoru Komisji Nadzoru Finansowego nad rynkiem finansowym — analiza ekonomiczno-prawna W: *Ekonomiczna analiza prawa — materiały przedkonferencyjne*. XV Konferencja Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, 7 marca 2014 r.

Wierzbowski, M., Sobolewski, L., Wajda, P. (2012). (red.). *Prawo rynku kapitałowego*. Warszawa: C.H. Beck.

Wojtczak, D. (2012), *Usługi bankowe w regulacjach Unii Europejskiej*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Zacharzewski, K. (2012). *Prawo giełdowe*. Warszawa: C.H. Beck.

Zapadka P. (2002). Aspekty prawne funkcjonowania rynku finansowego w Polsce. *Bank i Kredyt*, (1), 28.


### Źródła internetowe


https://www.knf.gov.pl/o_nas/komunikaty?articleId=63697&p_id=18; (30.11.2018).

http://warszawa.pr.gov.pl/news/767; (30.11.2018).

https://www.getbacksa.pl/images/dla-inwestora/raporty-biezace/2018/Za%C5%82%C4%85cznik_do_raportu_bie%C5%BC%C4%85cego_nr_51.pdf; (30.11.2018).

https://www.knf.gov.pl/o_nas/komunikaty?articleId=61793&p_id=18; (30.11.2018).

https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=14590; (30.11.2018).

https://rf.gov.pl/sprawy-biezace/Wystapienia_Rzecznika_Finansowego_do_KNF_i_UOKiK_w_sprawie_GetBack_S_A__22804; (30.11.2018).

https://www.knf.gov.pl/o_nas/komunikaty?articleId=63697&p_id=18; (30.11.2018).

https://www.knf.gov.pl/o_nas/komunikaty?articleId=63722&p_id=18; (30.11.2018).

https://www.knf.gov.pl/podmioty/Podmioty_rynku_kapitalowego/rejestr_firm_inwestycyjnych_ktorym_cofnieto_zezwolenie_na_dzialalnosc_maklerska; (30.11.2018).

https://www.parkiet.com/Finanse/312299991-Finanse-Kilka-miesiecy-opoznienia.html; (30.11.2018).

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.19

# Dywidenda niepieniężna w świetle podatku od towarów i usług

## Non-monetary dividend in the light of value added tax

*mgr Miłosz Kłosowiak*

E-mail: m.klosowiak@onet.pl

**Streszczenie**

Spółki przekazując zysk wspólnikom mogą zadecydować, aby nastąpiło to w formie niepieniężnej. Rodzi się wówczas wątpliwości, co do opodatkowania VAT. Ponieważ dywidenda rzeczowa jest świadczeniem nieodpłatnym, należy mieć na uwadze, iż są to czynności objęte VAT w drodze wyjątku. Skłania to do ścisłej wykładni zakresu przedmiotowego. Nie można traktować dostawy towarów i świadczenia usług w całkowitym oderwaniu od przyczyny prawnej i ekonomicznej ich dokonania. Ekonomiczny charakter VAT podkreśla prawo Unii Europejskiej.

**Słowa kluczowe:** dywidenda, podatek, udziałowiec, VAT.

**Summary**

Companies are able to deliver profits to shareholders as nonmonetary benefits. It causes doubts in the light of VAT. In case that the dividend in kind is a gratuitous benefit, it is taxed as an exemption to the general principles of VAT. This is an argument for narrow interpreting of the scope of taxation. Supply of goods and provision of services cannot be understood in the separation of the cause of act in law and the economics cause. Economics aspects of VAT are emphasised by the law of European Union.

**Key words:** dividend, tax, shareholder, VAT.

### 1. Wprowadzenie

Dywidendy niepieniężne mogą być charakteryzowane na gruncie trzech płaszczyzn: prawa handlowego, podatków dochodowych oraz podatku od towarów i usług (dalej: VAT). Prawo handlowe, a do 1 stycznia 2015 r. także uregulowania podatków dochodowych, zachęcały do posługiwania się omawianą formą rozdysponowywania zysku. Korzystniej było przekazać dywidendę w formie niepieniężnej, niż zbyć dany składnik majątku, a następnie wypłacić świadczenie w pieniądzu. Unikało się w ten sposób opodatkowania cichych rezerw. Była to kwestia kontrowersyjna, ale została rozwiązana przez zmianę prawa. Aktualne pozostają wątpliwości na gruncie VAT. W szczególności, czy przekazanie dywidendy jest czynnością wykonywaną w ramach działalności gospodarczej (co jest warunkiem podmiotowości w VAT). Ponadto czy spełnione są warunki stawiane przez definicje odpłatnej lub nieodpłatnej dostawy towarów albo świadczenia usług. Fundamentalne jest pytanie, czy należy rozdzielać prawny charakter dywidendy w zależności od jej formy i jakie znaczenie ma cywilnoprawna podstawa świadczenia. Innymi słowy, czy dopuszczalne jest twierdzenie, że w przypadku opodatkowania VAT dywidendy niepieniężnej, opodatkowaniu podlega nie dywidenda, lecz dostawa towaru lub świadczenie usług[1].

### 2. Rozwiązania Kodeksu spółek handlowych

Zarówno w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, jak i spółki akcyjnej, ustawa stanowi, że wspólnik ma prawo do udziału w zysku wynikającym z rocznego sprawozdania finansowego (art. 191 § 1 i art. 347 § 1 Kodeksu spółek handlowych — dalej: k.s.h.[2]). Przepisy k.s.h. posługują się terminologią typową dla dywidendy pieniężnej. Przykładowo art. 348 § 1 k.s.h. mówi o kwocie przeznaczonej do podziału między akcjonariuszy. W doktrynie zwraca się uwagę, iż zbliżonych sformułowań używa się odnośnie pokrycia kapitału zakładowego, zaś nie ulega wątpliwości, iż kapitał zakładowy może być pokryty formami niepieniężnymi (Popieralski, Przychodzki, 2007, s. 20). Kolejnym argumentem opowiadającym się za dopuszczalnością dywidend rzeczowych (inaczej: *niepieniężnych* lub *w naturze*) jest uregulowanie k.s.h. stanowiące, iż zgromadzenie wspólników (walne zgromadzenie) może zdecydować o zatrzymaniu zysku w spółce. Skoro zysk może nie zostać w ogóle wypłacony, to tym bardziej, może zostać wypłacony w formie innej niż pieniężna (Popieralski, Przychodzki, 2007, s. 22). Za przekazaniem dywidendy rzeczowej przemawiać może nie tylko brak środków pieniężnych w spółce, lecz także użyteczność danych aktywów dla wspólników (Popieralski, Przychodzki, 2007, s. 18). W wielu przypadkach korzystniejsze będzie przekazanie, np.

zorganizowanej części przedsiębiorstwa, patentów czy własności znaków towarowych, niż spieniężenie i wypłata gotówki. Z drugiej strony, podkreśla się, iż niedopuszczalne jest przekazywanie dóbr trudno zbywalnych oraz nieprzydatnych do użytku własnego (Popieralski, Przychodzki, 2007, s. 22). Zważywszy na zmiany w ustawach o podatkach dochodowych (o czym poniżej), większą rolę niż korzyści podatkowe, odgrywać będzie sam charakter przekazywanych dóbr — ich przydatność dla wspólników lub możliwość łatwego zbycia.

## 3. Opodatkowanie na gruncie podatków dochodowych

Szerokie rozpowszechnienie dywidend rzeczowych wynikało z regulacji przepisów ustaw o podatkach dochodowych. Czynniki ekonomiczne, jak przydatność dóbr dla beneficjenta, czy brak płynności spółki miały o wiele mniejsze znaczenie. Niezwykle istotne są więc zmiany, które weszły w życie 1 stycznia 2015 r. Znowelizowano zarówno ustawę o podatku dochodowym od osób prawnych[3] (dalej: u.p.d.o.p.), jak i od osób fizycznych[4] (dalej: u.p.d.o.f.). W u.p.d.o.p. ustawodawca wprowadził regulację stanowiącą, iż w przypadku gdy podatnik przez wykonanie świadczenia niepieniężnego reguluje w całości lub w części zobowiązanie, w tym z tytułu zaciągniętej pożyczki (kredytu), dywidendy, umorzenia albo zbycia w celu umorzenia udziałów (akcji), przychodem takiego podatnika jest wysokość zobowiązania uregulowanego w następstwie takiego świadczenia (art. 14a u.p.d.o.p.). Analogiczne rozwiązanie wprowadzono do art. 14 ust. 2e i 2f u.p.d.o.f. Przed 1 stycznia 2015 r. dochodziło do nieopodatkowania *cichych rezerw*. Jest to podstawowa przyczyna wprowadzenia zmian w prawie[5]. W stanie prawnym obowiązującym przed 1 stycznia 2015 r. dywidendy niepieniężne były traktowane korzystniej niż dywidendy wypłacane w środkach pieniężnych, co spotykało się z negatywną oceną organów skarbowych.

Organy podatkowe kwalifikowały przekazania dywidendy rzeczowej jako odpłatne zbycie rzeczy lub praw majątkowych (Litwińczuk, 2013, s. 88). W związku z tym po stronie spółki należało odnotować przychód, w takiej wysokości, jak gdyby doszło do odpłatnego zbycia danego aktywa. Stanowisko organów podatkowych wynikało z występującej różnicy między wartością księgową składnika majątku (wartość początkowa pomniejszona o odpisy amortyzacyjne), a wartością rynkową. W momencie zbycia różnica między tymi wartościami podlega opodatkowania. Przekazanie danego aktywa jako dywidendę rzeczową pozwala spółce na nieopodatkowanie tej różnicy. Ponadto jeśli beneficjent zbędzie dane dobro za taką cenę, na jaką opiewała jego wartość rynkowa w momencie przekazania, dochód wyniesie zero i na tej płaszczyźnie także nie dojdzie do opodatkowania.

Argumentacja prezentowana przez organy podatkowe stanowiła podkreślenie, iż jednakowe traktowanie dywidendy niepieniężnej oraz dywidendy w gotówce skutkuje nierównością traktowania podatników. Podatnik, który najpierw dokona sprzedaży składnika majątku, a następnie ureguluje swoje zobowiązania z tytułu dywidendy w formie pieniężne będzie opodatkowany podatkiem dochodowym, natomiast, jeśli przeniesie własność aktywa, nie dojdzie do opodatkowania. Organy podatkowe zwracały także uwagę, że dywidenda pieniężna stanowi zysk już po opodatkowaniu podatkiem dochodowym, z tego powodu jest neutralna podatkowo dla wypłacającej spółki, co wynika z zakazu podwójnego opodatkowania[6]. Przekazanie dywidendy rzeczowej jest także zwolnieniem się z długu przez spółkę, to zaś prowadzi do wygaśnięcia zobowiązania, co jest rozpoznawane jako przychód[7].

Stanowiska prezentowanego przez organy podatkowe nie podzielały sądy[8]. W orzeczeniach skupiono się na samym rozumieniu pojęcia *przychód*. Ponieważ nie da się ustalić po stronie spółki powstania przychodu rozumianego jako przysporzenie majątkowe o charakterze trwałym, które definitywnie powiększa aktywa, ukształtowała się jednolita linia orzecznicza negująca stanowisko organów podatkowych. W judykaturze dostrzeżono również, że nie można przyjmować, iż każdy przypadek dywidendy rzeczowej jest próbą uniknięcia uiszczenia podatku[9].

Ustawodawca decydując się na opodatkowanie dywidend rzeczowych podatkami dochodowymi wyeliminował możliwość dokonywania sztucznych czynności motywowanych wyłącznie czynnikami podatkowymi. Z drugiej strony, nie każdy przypadek przekazania dywidendy rzeczowej był w ten sposób uzasadniany. Z tego punktu widzenia, nowelizację można uznać za zbyt restrykcyjną. Ustawodawca przesądził o opodatkowaniu dywidend rzeczowych podatkami dochodowymi, natomiast cały czas aktualne pozostają wątpliwości na gruncie VAT.

## 4. Zakres opodatkowania podatkiem od towarów i usług

Dla oceny, czy dywidenda rzeczowa znajduje się w zakresie VAT niezbędne jest przeanalizowanie zakresu podmiotowego i przedmiotowego ustawy. Z art. 15 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług[10] (dalej: u.p.t.u.) wynika, iż podatnikami są wyłącznie podmioty wykonujące samodzielnie działalność gospodarczą. Jednakże nie każda czynność dokonywana przez podmiot wykonujący samodzielnie działalność gospodarczą (czyli podatnika VAT) jest opodatkowana. Czynność taka musi mieścić się w zakresie wykonywania działalności[11]. Innymi słowy, dana czynność musi być dokonana przez podatnika działającego w takim charakterze. Wprost mówi o tym art. 2 ust. 1 lit. a Dyrektywy VAT[12]. Bycie podatnikiem VAT nie powoduje automatycznie rozciągnięci skutków podatkowych na całą sferę aktywności danego podmiotu13. Ponadto zgodnie z art. 86 ust. 1 u.p.t.u. prawo do odliczenia podatku naliczonego występuje wyłącznie wówczas, gdy towary i usługi są wykorzystywane do wykonywania czynności opodatkowanych. Czynnościami opodatkowanymi są czynności związane z działalnością gospodarczą.

Zakres przedmiotowy u.p.t.u. wynika z jednej z zasad VAT, jaką jest powszechność opodatkowania. Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 u.p.t.u. opodatkowaniu podlega odpłatna dosta-

wa towarów i odpłatne świadczenie usług. W zależności od tego, jaki będzie przedmiot dywidendy niepieniężnej, może ona zostać zakwalifikowana jako dostawa towarów lub świadczenie usług. Świadczenie usług wystąpi wówczas, gdy przedmiotem dywidendy będzie przekazanie praw. Art. 7 oraz art. 8 u.p.t.u. uszczegóławiają pojęcia dostawy towarów i świadczenia usług. Przez dostawę towarów rozumie się przeniesienie prawa do rozporządzenia towarami jak właściciel, zaś przez świadczenie usług rozumie się każde świadczenia na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów. Z przytoczonych przepisów wynika, iż opodatkowane są wyłącznie czynności odpłatne. Ustawa przewiduje w tym zakresie wyjątki. Tym samym opodatkowanie czynność odpłatnych jest zasadą, a zastosowanie u.p.t.u. do czynności nieodpłatnych stanowi wyjątek. Ponieważ, co wynika z wcześniejszej analizy na gruncie podatków dochodowych, w przypadku dywidend rzeczowych nie można mówić o powstaniu przychodu po stronie świadczącego, mogą się ich tyczyć wyłącznie rozwiązania dedykowane czynnością nieodpłatnym.

## 5. Istota opodatkowania czynności nieodpłatnych

W świetle art. 7 ust. 2 u.p.t.u. przez dostawę towarów rozumie się również przekazanie nieodpłatnie przez podatnika towarów należących do jego przedsiębiorstwa, w szczególności:

– przekazanie lub zużycie towarów na cele osobiste podatnika lub jego pracowników, w tym byłych pracowników, wspólników, udziałowców, akcjonariuszy, członków spółdzielni i ich domowników, członków organów stanowiących osób prawnych, członków stowarzyszenia;

– wszelkie inne darowizny; jeżeli podatnikowi przysługiwało prawo do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego.

Mimo iż ustawodawca posłużył się pojęciem *w szczególności*, w orzecznictwie wystąpił pogląd, że z racji na konstytucyjne zasady kształtowania opodatkowania, katalogu tego nie można poszerzać[14]. W doktrynie zwraca się uwagę, iż nieprecyzyjnie użyto określenia *przekazanie* w art. 7 ust. 2 u.p.t.u., gdyż następnie jest ono rozdzielone na *przekazanie lub zużycie* (art. 7 ust. 2 pkt 1 u.p.t.u.) (Bartosiewicz, 2014). Ponieważ omawiany przepis stanowi implementację prawa Unii Europejskiej, użyte pojęcie *przedsiębiorstwa (przekazanie nieodpłatnie przez podatnika towarów należących do jego przedsiębiorstwa)* nie powinno być rozumiane jako określenie zdefiniowane w prawie cywilnym, lecz tak, jak rozumie je prawo Unii Europejskiej (Michalik, 2014, s. 125).

Można rozważać, czy władztwo prekaryjne (udostępnienie rzeczy poza więzami prawnymi — np. udzielenie gościny) wchodzić w zakres art. 7 ust. 2 u.p.t.u. (Radzikowski, 2012, s. 20). Przepis ten, jak przytoczono powyżej, tyczy się wyłącznie *przekazania* lub *zużycia* rzeczy. Jeśli mowa o udostępnieniu rzeczy, to trzeba podkreślić, że jest to usługa. Takiej sytuacji dedykowany jest art. 8 ust. 2 pkt 1 u.p.t.u. mówiący, że za odpłatne świadczenie usług uznaje się również użycie towarów. Objęcie zakresem VAT władztwa prekaryjnego powinien wykluczać brak stosunku prawnego (o czym niżej w kontekście orzeczenia *Tolsma*[15]), ponieważ są to czynności o charakterze wyłącznie grzecznościowych, nie oparte na węźle prawnym.

Rozwiązanie o tożsamym celu jak art. 7 ust. 2 u.p.t.u. zawarte jest w przepisach statuujących opodatkowanie usług. Zgodnie z art. 8 ust. 2 pkt 2 u.p.t.u. za odpłatne świadczenie usług uznaje się również nieodpłatne świadczenie usług na cele osobiste podatnika lub jego pracowników, w tym byłych pracowników, wspólników, udziałowców, akcjonariuszy, członków spółdzielni i ich domowników, członków organów stanowiących osób prawnych, członków stowarzyszenia, oraz wszelkie inne nieodpłatne świadczenie usług do celów innych niż działalność podatnika. Interpretacji wymaga, czy w przypadku nieodpłatnego świadczenia usług warunek świadczenia ich do celów innych niż działalność gospodarcza odnosi się do wszystkich świadczeń, czy tylko tych, które znajdą się po spójniku oraz. Za pierwszym stanowiskiem opowiedział się Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w orzeczeniu *III SA/Wa 3068/10*[16]. Drugi pogląd prezentują M. Chomiuk i W. Gede (Chomiuk, Gede, 2013, s. 28). W mojej ocenie wymóg ten powinien być odnoszony do treści całego art. 8 ust. 2 pkt 2 u.p.t.u. Ponieważ opodatkowanie czynności nieodpłatnych jest wyjątkiem od zasady, powinno się unikać się rozszerzania zakresu objętych nim czynności. Ponadto przepis ten, inaczej niż przy towarach, nie wymaga, aby podatnikowi przysługiwało prawa do odliczeń podatku naliczonego. Rodzi to możliwość wystąpienia podwójnego opodatkowania. Przeciwko szerokiemu rozumieniu czynności nieodpłatnych wypowiedział się TSUE. W orzeczeniu *BCR Leasing*[17] Trybunał sprzeciwił się uznaniu, że nieodpłatna dostawa towarów występuje wówczas, gdy leasingodawca nie zdołał odebrać przedmiotu leasingu od leasingobiorcy, gdy też zalegał z ratami.

Zarówno w przypadku dostawy towarów, jak i świadczenia usług, występuje wymóg, aby czynności były dokonywane na cele osobiste. Oznacza to, iż beneficjent występuje w roli konsumenta (Skorupa, Wojda, 2006, s. 6). Realizacja celu osobistego zrywa związek z prowadzonym przez podatnika przedsiębiorstwem[18].

Objęcie zakresem VAT czynności nieodpłatnych wynika z prawa przysługującego podatnikom polegającego na pomniejszaniu podatku należnego o podatek naliczony. Jeśli podatnik na wcześniejszych etapach obrotu odliczy podatek naliczony, a na ostatnim etapie obrotu nie zostanie pobrane wynagrodzenie, wówczas po stronie podatnika nie powstanie podatek należny. Przy braku przepisu o opodatkowaniu czynności nieodpłatnych, ciężar podatku poniósłby Skarb Państwa (Michalik, 2014, s. 124). Ponadto byłoby to sprzeczne z zasadą neutralności VAT (Litwińczuk, 2013, s. 518). Podatnik, poprzez odliczanie podatku naliczonego uzyskiwałby korzyści z faktu bycia podatnikiem VAT, w ten sposób osiągałby przewagę wobec podmiotów niepodlegających VAT — co stałoby w sprzeczności z wymogiem równego opodatkowania podatników i osób prywatnych (Chomiuk, Dębkowski,

2011, s. 17). W przypadku nieodpłatnej dostawy towarów, art. 7 ust. 2 u.p.t.u., jako warunek do objęcia opodatkowaniem, wskazuje prawo podatnika do odliczenia kwoty podatku naliczonego. Warunek ten nie występuje w przypadku nieodpłatnego świadczenia usług (art. 8 ust. 2 pkt 2 u.p.t.u.). Mogłoby z tego wynikać, iż ustawodawca przyzwala na podwójne opodatkowanie VAT. Po raz pierwszy w momencie nabycia usługi, a następnie w chwili jej nieodpłatnego przekazania (np. nabycie biletu do kina i przekazanie go nieodpłatnie pracownikowi). Jako powód braku wymogu wystąpienia prawa do odliczeń, wskazuje się, że trudno jest przyporządkować usługom konkretne zakupy z nimi związane (Litwińczuk, 2013, s. 545). Inny pogląd, wyjaśnia brak omawianego wymogu w ten sposób, iż usługi te nie są związane z jakimkolwiek podatkiem naliczonym, ponieważ są to czynności faktyczne wykonywane przez pracowników podatnika bądź przez niego samego (np. prezes spółki zleca pracownikom przygotowanie jego osobistej deklaracji PIT; Chomiuk, Dębkowski, 2011, s. 18).

## 6. Cechy konstytutywne czynności opodatkowanych

Z racji, że VAT jest podatkiem zharmonizowanym pojęcia ustawowe są interpretowane w świetle orzecznictwa TSUE. Jest to niezbędne zważywszy na wysoki stopień ogólności przepisów. Dostrzega się to w szczególności w przypadku definicji świadczenia usług, które określane jest jako *każde świadczenie* (por. art. 8 ust. 1 u.p.t.u.). W pierwszej kolejności należy zastanowić się, czy pojęcia dostawy towarów i świadczenia usług mogą być rozumiane w sposób abstrahujący od ich odpłatności. Innymi słowy, czy można ustalić ogólne znaczenia tych pojęć i następnie z nich wydzielić czynności odpłatne i nieodpłatne.

W orzeczeniu *Tolsma* TSUE wskazał, że pomiędzy świadczącym usługę, a beneficjentem musi istnieć stosunek prawny. Ponadto między stronami musi dochodzić do wymiany świadczeń wzajemnych. Orzeczenie zapadło na tle stanu faktycznego, gdzie uliczny grajek otrzymywał od przechodniów datki. Organy skarbowe uważały, iż datki są wynagrodzeniem za usługę i powinien od nich odprowadzać VAT. TSUE uznał, iż między grajkiem, a przechodniami nie występuje stosunek prawny (co jest równoznaczne z brakiem wymiany świadczeń wzajemnych), a tym samym muzyk nie wykonuje usługi w rozumieniu VAT.

W przypadku dywidend, uchwała podjęta przez spółkę o ich wypłacie jest wielostronną czynnością prawną. W jej następstwie powstaje stosunek prawny między spółką, a wspólnikami. Wspólnicy mogą także domagać się wypłaty przyznanej im dywidendy w postępowaniu sądowym. Ponieważ wspólnik otrzymujący dywidendę nie świadczy nic w zamian, nie dochodzi do wymiany świadczeń wzajemnych. Przedstawione rozumowanie w stosunku do czynność nieodpłatnych jest jednak błędne. Każde nieodpłatne świadczenie oraz każda nieodpłatna dostawa towarów nie rodzi świadczenia wzajemnego. Z powyższego wynika, iż na gruncie VAT odmienne są definicje dostawy towarów oraz świadczenia usług w zależności od tego, czy są odpłatne czy nieodpłatne. Nie można przyjąć, iż czynności nieodpłatne stanowią podzbiór wyróżniony w ramach ogólnie rozumianych czynności opodatkowanych.

Zgodnie z wspominanym zakresem podmiotowym VAT, aby czynność podlegała opodatkowaniu, musi zostać dokonana przez podatnika, działającego w takim charakterze. Tym samym, należy rozważyć, czy przekazanie dywidendy rzeczowej można zakwalifikować jako czynność wykonywaną w ramach działalności gospodarczej (art. 15 ust. 1 u.p.t.u.). Wyłącznie działalność, którą można zidentyfikować i zaliczyć do zawodowej płaszczyzny jednostki, uznaje się za rodzącą obowiązki w VAT[19]. W orzeczeniu *Harnas & Helm*[20] TSUE stwierdził, że działalność gospodarcza obejmuje m. in. wykorzystywanie majątku rzeczowego oraz wartości niematerialnych i prawnych dla celów pozyskiwania z nich dochodu w sposób częstotliwy. Zauważyć trzeba, że wypłata dywidendy jest czynnością dokonywaną wewnątrz spółki. Nie opiera się na relacjach z kontrahentami, jej cel polega na rozdysponowaniu zysku i promowaniu wizerunku spółki jako wartej do zainwestowania w nią. Na tej podstawie, można przyjąć, iż jest czynnością wykonywaną poza zakresem działalności gospodarczej. Podobne rozumowanie prezentowane jest w orzecznictwie w stosunku do wynagrodzenia rzeczowego w zamian za umorzenie udziałów. Umorzenie udziałów jest czynnością organizacyjno-ustrojową[21] oraz wewnętrzno-korporacyjną dokonywaną na podstawie k.s.h. i statutu[22], a więc znajduje się poza zakresem działalności gospodarczej.

Analizując czynności opodatkowane VAT jednocześnie spełnione muszą być warunki podmiotowe i przedmiotowe. Co do zasady, analizuje się je oddzielnie. W tym przypadku, nie jest to możliwe. Definicja ustawowa nieodpłatnej dostawy towarów stanowi, że jest to przekazywanie towarów należących do przedsiębiorstwa podatnika, zaś w przypadku nieodpłatnego świadczenia usług wprost jest wskazane, że świadczenie to ma nastąpić dla celów innych niż działalność gospodarcza (art. 7 ust. 2 i art. 8 ust 2 pkt 2 u.p.t.u.). W doktrynie wskazuje się, iż mimo użycia odmiennych sformułowań (w przypadku towarów jest mowa o ich przynależności do przedsiębiorstwa, a odnośnie usług o celach innych niż działalność gospodarcza) ich znaczenie jest tożsame. Towary należące do przedsiębiorstwa podatnika, to te, które wchodzą w skład majątku wykorzystywanego do prowadzenia działalności gospodarczej (Michalik, 2014, s. 127). Przychylam się do przedstawionego stanowiska, jednak należy zauważyć, że występuje również odmienny pogląd (Chomiuk, Gede, 2013, s. 30). Jeśliby przyjąć, iż art. 7 ust. 2 u.p.t.u. opodatkowuje czynności nieodpłatne bez względu na cel dostawy towarów (innymi słowy — wystarczy samo przekazanie towaru należącego do przedsiębiorstwa) byłaby to niczym nieuzasadniona odmienność wobec nieodpłatnego świadczenia usług.

Niektórym z czynności nieodpłatnych można przypisać pośredni związek z działalnością gospodarczą, np. gdy podmiot stara się budować swoją reputację i umacniać wizerunek jako przedsiębiorcy społecznie odpowiedzialnego przekazując towary na akcje charytatywne. Inne czynności będą miały

wprost związek z działalnością, np. tworzenie programów lojalnościowych (Michalik, 2014, s. 124). Przyjęcie w świetle art. 15 ust. 1 u.p.t.u., że spółka świadcząca dywidendę w naturze nie działa w charakterze podatnika byłoby sprzeczne z istotą opodatkowania czynności nieodpłatnych. Konsekwentnie, niezbędna jest analiza podmiotowo-przedmiotowa, która wyklucza typową ocenę, jakie czynności znajdują się w zakresie działalności gospodarczej. Bez wątpienia jednak sprzeczność stanowi wymóg działania w zakresie działalności gospodarczej, aby dana czynność podlegała VAT i następnie wymóg, aby czynność miała inny cel niż wykonywanie działalności gospodarczej stawiany w art. 7 ust. 2 i art. 8 ust. 2 pkt 2 u.p.t.u. Za przyjęciem nieopodatkowania dywidendy rzeczowej przemawiałoby zakwalifikowanie jej jako czynności związanej z działalnością gospodarczą, wówczas nie zostałby spełniony warunek z art. 7 ust. 2 i art. 8 ust. 2 pkt 2 u.p.t.u. O istnieniu tego związku wypowiedział się sąd[23], jednak nie uzasadnił swojego stanowiska. Ustawa nie wymaga, aby związek z działalnością był bezpośredni. Tylko spółka, której działalność gospodarcza przynosi pozytywne skutki wypłaca dywidendę, zaś wypłata dywidendy zwiększa zainteresowanie inwestorów spółką, co pozwala jej dalej się rozwijać. Innymi słowy, bez prowadzenia działalności gospodarczej, nie doszłoby do wypłaty dywidendy.

## 7. Pojęcie dywidendy na potrzeby podatku od towarów i usług

Podstawowy argument podnoszony w judykaturze mówi, że w przypadku opodatkowania VAT dywidendy niepieniężnej, podatkowi podlega nie dywidenda, lecz dostawa towaru lub świadczenie usług[24]. Odrzuca się stanowisko, że dywidenda jako czynność prawna, bez względu na jej formę, nie podlega opodatkowaniu. Aprobaty w orzecznictwie nie znajduje również argument podatników mówiący, że wypłata dywidendy nie jest nieodpłatnym świadczeniem, ponieważ nieodpłatne świadczenie występuje wyłącznie wówczas, gdy dana czynność jest co do zasady odpłatna, a mimo to świadczący sam rezygnuje z wynagrodzenia. Podatnicy podnoszą także, że wypłata dywidendy nie wpisuje się w podział na czynności odpłatne i nieodpłatne, z tego powodu należałoby ja kwalifikować jako czynność w odrębnej, trzeciej, kategorii. Wypłata dywidendy nie jest *zwykłą* czynnością dyspozycji majątkiem. Judykatura neguje argument o potrzebie zrzeczenia się odpłatności, jednak w żadnej sposób tego nie uzasadnia. Wobec drugiego argumentu, orzecznictwo przyjmuje, iż podział czynności jest dychotomiczny, nie może wystąpić czynność niebędąca ani odpłatną, ani nieodpłatną[25].

Ciekawy przykład, negujący stanowisko, że opodatkowaniu podlega dostawa towarów i świadczenie usług, a nie jest istotne, z jakiego powodu do nich dochodzi, jest zawarty w uchwale NSA[26]. NSA stwierdził, że nieopodatkowane jest przeniesienia własności rzeczy na rzecz Skarbu Państwa w zamian za zaległości podatkowe. Uchwała dotyczy VAT na gruncie stanu prawnego wynikającego z poprzedniej ustawy, lecz ówczesne rozwiązania dotyczącą nieodpłatnych świadczeń były zbliżone do obecnych.

Przeważać ma ekonomiczny charakter czynności, a ten ma pozwalać na wydzielenie z czynności prawnej przekazania dywidendy, substratu, który ją stanowi. Mając na uwadze, iż VAT jest podatkiem zharmonizowanym, a w każdym z państw członkowskich UE inne są rozwiązania w zakresie prawa cywilnego uważam jednak, że większą wagę powinno przykładać się do cywilnoprawnego charakteru czynności prawnej. Zgodzić się należy ze zdaniem, iż mimo szerokiego ekonomicznego ujęcia przedmiotu opodatkowania w VAT konieczne jest zwrócenie uwagi na cywilnoprawną podstawę świadczenia (Radzikowski, 2012, s. 17). Rola ekonomicznego ujęcia w VAT odnosi się przede wszystkim do ustanowienia szerokiej kategorii znaczeniowej pojęcia *przeniesienia rozporządzania prawami jak właściciel*. Nie jest wskazane, aby prowadziła do sztucznego podziału czynności prawnych. Nie można nie zauważyć, iż orzecznictwo inaczej kwalifikuje konstrukcję umorzenia udziałów. Negowane są interpretacje organów podatkowych, mówiące, że samo umorzenie udziałów nie podlega opodatkowaniu VAT, ale przekazane w jego ramach wynagrodzenie rzeczowe już tak. Sądy wskazują również że forma wynagrodzenia nie ma w żądnej mierze wpływu na ocenę czy umorzenie działów jest czynnością opodatkowaną[27].

W kontekście umorzenia udziałów, w jednym w niewielu wyroków na niekorzyść podatnika[28], sąd wypowiedział, w mojej ocenie, całkowicie nieuzasadnione zdanie na temat roli zasady powszechności VAT. Sąd stwierdził, że jeśli istnieją poważne wątpliwości co do opodatkowania określonych czynności w imię zasady powszechności opodatkowania powinno się przyjmować, że czynność taka podlega opodatkowaniu. Trzeba zauważyć, że powszechność nie jest zasadą interpretacyjną. Wiąże się ona z konstrukcją VAT i odróżnia ten podatek od akcyzy.

Analizując orzecznictwo TSUE, widać, że Trybunał posługuje się ogólnym pojęciem *dywidendy*. Nie precyzuje, że rozważania dotyczą wyłącznie świadczenia pieniężnego[29].

## 8. Podsumowanie

Kontrowersje wokół dywidendy niepieniężnej na gruncie VAT wiążą się z prawem do odliczeń podatku naliczonego. Podatnik nabywając towary lub usługi do celów związanych z działalnością opodatkowaną pomniejsza podatek należny o wartość podatku naliczonego. Jeśli przekaże towary lub prawa jako dywidendę, a nie będzie to podlegać opodatkowaniu (czyli nie powstanie podatek należny), odnosi korzyść kosztem Skarbu Państwa. Prowadzi to do nierównego traktowania podmiotów prywatnych oraz podatników.

Nie jest celowe rozpatrywanie dywidendy przez pryzmat czynności znajdującej się w zakresie działalności gospodarczej. Warunek zawarty w art. 15 ust. 1 u.p.t.u. jest niespójny z cechami czynności nieodpłatnych określonymi w art. 7 ust. 2 i art. 8 ust. 2 pkt 2 u.p.t.u. Aby posiadać podmiotowość w VAT dana czynność musi być wykonywana w zakresie działalności gospodarczej, zaś aby doszło do opodatkowania

czynności nieodpłatnej, musi ona być wykonywana do celów innych niż działalność gospodarcza.

Podkreślanie ekonomicznego charakteru VAT powinno odnosi się do faktu, iż dla akcjonariusza taką samą wartość ma świadczenie w pieniądzu, jak i w naturze. Samo pojęcie *dywidendy* jest używane nie tylko w języku prawnym, ale również i ekonomicznym. Ekonomiczny charakter nie może negować przyczyny z jakiej dokonano czynności prawnej. W przypadku wynagrodzenia rzeczowego za umorzenie udziałów przyjmuje się, że brak opodatkowania samej czynności umorzenia, wyklucza wyodrębnienie z niej przekazywanego składnika rzeczowego. Skoro taką interpretację przyjmuje się wobec czynności odpłatnych (bo taką jest umorzenie udziałów), tym bardziej, zważając, iż opodatkowanie czynności nieodpłatnych jest wyjątkiem do zasady, powinna ona dotyczyć dywidend rzeczowych. Z tych względów, uważam, że nie należy różnicować skutków podatkowych dywidend w zależności od formy, w jakich są świadczone. Z pewnością za opodatkowaniem nie może przemawiać zasada powszechności VAT. Aby możliwe było opodatkowanie VAT, dywidendy rzeczowe powinny zostać wprost wskazane w art. 7 ust 2 i art. 8 ust. 2 pkt 2 u.p.t.u. Zwłaszcza, że ustawodawca wymienił we wskazanych przepisach liczne inne przykłady opodatkowanych nieodpłatnych czynności, a ponadto w orzecznictwie pojawiło się stanowisko, iż nie jest to katalog przykładowy, lecz katalog zamknięty.

---

[1] Wyrok NSA z dnia 23 października 2013 r., (I FSK 1654/12), CBOSA.

[2] Ustawa z dnia 15 września 2000 r., Kodeks spółek handlowych (Dz. U. nr 94, poz. 1037).

[3] Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz. U. z 2011 r., nr 74, poz. 397 ze zm.).

[4] Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz. U. z 2012 r., poz. 362 ze zm.).

[5] http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/CF356AACB0C52119C1257CC3004DB165/%24File/2330.pdf, s. 80 (dostęp: 4.11.2018 r., w zakresie uzasadnienia projektu ustawy).

[6] Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 13 czerwca 2012 r., (IBPBI/2/423-897/09/AP), Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 4 sierpnia 2014 r., (ILPB3/423-299/13-2/PR).

[7] Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 20 września 2010 r., (ILPB3/423-544/10-2/JG).

[8] Wyrok NSA z dnia 8 lutego 2012 r., (II FSK 1384/10), CBOSA, wyrok WSA z dnia 23 lutego 2011 r., (I SA/Wr 1461/10), CBOSA, wyrok WSA z dnia 19 lutego 2014 r., (I SA/Go 2/14), CBOSA.

[9] Wyrok WSA z dnia 25 marca 2010 r., (I SA/KE 120/10), CBOSA.

[10] Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 r., nr 177, poz 1054 ze zm.).

[11] Wyrok TSUE z dnia 8 marca 2001 r., w sprawie *Laszlo Baksci*, (C-415/98), Legalis nr 67860.

[12] Dyrektywa Rady 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz. Urz. UE L 347 z 11.12.2006, s. 1).

[13] Wyrok WSA z dnia 5 lutego 2007 r., (III SA/Wa 2869/06), CBOSA.

[14] Wyrok WSA z dnia12 lutego 2013 r., (III SA/Wa 1995/12), CBOSA.

[15] Wyrok TSUE z dnia 3 marca 1994 r., (C-16/93), Legalis nr 102251.

[16] Wyrok WSA z dnia 25 stycznia 2011 r., (III SA/Wa 3068/10), CBOSA.

[17] Wyrok TSUE z dnia 17 lipca 2014 r., w sprawie *BCR Leasing*, (C- 438/13), Legalis nr 981973.

[18] Wyrok WSA z dnia 21 maja 2012 r., (I SA/Wr 23/12), CBOSA.

[19] Wyrok WSA z dnia 5 lutego 2007 r., (III SA/Wa 2869/06), CBOSA.

[20] Wyrok TSUE z dnia 6 lutego 1997 r., (C-80/95), Legalis nr 102611.

[21] Wyrok WSA z dnia 17 marca 2011 r., (I SA/PO 101/11), CBOSA.

[22] Wyrok WSA z dnia 10 kwietnia 2014 r., (III SA/Wa 2730/13), CBOSA.

[23] Wyrok WSA z dnia 25 stycznia 2011 r., (III SA/Wa 3068/10), CBOSA.

[24] Wyrok NSA z dnia 23 października 2013 r., (I FSK 1503/12), CBOSA.

[25] Wyrok NSA z dnia 23 stycznia 2014 r., (I FSK 202/13), CBOSA.

[26] Uchwała NSA z dnia 8 października 2007 r., (I FPS 2/07), CBOSA.

[27] Wyrok NSA z dnia 10 maja 2012 r., (I FSK 1010/11), CBOSA.

[28] Wyrok NSA z dnia 1 września 2011 r., (I FSK 1212/10), CBOSA.

[29] Wyrok TSUE z dnia 26 maja 2005 r., w sprawie *Kretztechnik*, (C-465/03), Legalis nr 69056.

## Bibliografia

### Literatura

Bartosiewicz, A. (2014). *VAT. Komentarz*. LEX.

Chomiuk, M., Dębkowski, Ł. (2011). Opodatkowanie VAT nieodpłatnego świadczenia usług. *Przegląd Podatkowy*, (8).

Chomiuk, M., Gede, W. (2013). Opodatkowanie dywidend rzeczowych podatkiem od towarów i usług. *Przegląd Podatkowy*, (6).

Litwińczuk, H. (red.). (2013). *Prawo podatkowe przedsiębiorców*. Warszawa: Wyd. Wolters Kluwer.

Michalik, T. (2014). *VAT. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Popieralski, B., Przychodzki, M. (2007). Dywidenda niepieniężna w spółce akcyjnej. *Przegląd Prawa Handlowego*, (6).

Radzikowski, K. (2012). Dostawa towarów w podatku VAT a cywilnoprawna podstawa świadczenia (uwagi na przykładzie kradzieży). *Monitor Podatkowy*, (12).

Skorupa, P., Wojda, M. (2006). Praktyczne aspekty nieodpłatnego świadczenia usług. *Przegląd Podatkowy*, (6).

**Akty prawne**

Dyrektywa Rady 2011/96/UE z dnia 30 listopada 2011 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku spółek dominujących i spółek zależnych różnych Państw Członkowskich (Dz. Urz. UE L 345/8 z 29.12.2011).

Dyrektywa Rady 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz. Urz. UE L 347 z 11.12.2006, s. 1).

Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz. U. z 2012 r., poz. 362 ze zm.).

Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz. U. z 2011 r., Nr 74, poz. 397 ze zm.).

Ustawa z dnia 15 września 2000r., Kodeks spółek handlowych (Dz. U. nr 94, poz. 1037).

Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 r., nr 177, poz. 1054 ze zm.).

**Orzecznictwo**

Wyrok TSUE z dnia 3 marca 1994 r., w sprawie Tolsma, (C-16/93), Legalis nr 102251.

Wyrok TSUE z dnia 6 lutego 1997 r., w sprawie Harnas & Helm, (C-80/95), Legalis nr 102611.

Wyrok TSUE z dnia 8 marca 2001 r., w sprawie Laszlo Baksci, (C-415/98), Legalis nr 67860.

Wyrok TSUE z dnia 26 maja 2005 r., w sprawie Kretztechnik, (C-465/03), Legalis nr 69056.

Wyrok TSUE z dnia 17 lipca 2014 r., w sprawie BCR Leasing, (? 438/13), Legalis nr 981973.

Uchwała NSA z dnia 8 października 2007 r., (I FPS 2/07).

Wyrok NSA z dnia 1 września 2011 r., (I FSK 1212/10), CBOSA.

Wyrok NSA z dnia 8 lutego 2012 r., (II FSK 1384/10).

Wyrok NSA z dnia 10 maja 2012 r., (I FSK 1010/11).

Wyrok NSA z dnia 23 października 2013 r., (I FSK 1503/12).

Wyrok NSA z dnia 23 października 2013 r., (I FSK 1654/12).

Wyrok NSA z dnia 23 stycznia 2014 r., (I FSK 202/13).

Wyrok WSA z dnia 5 lutego 2007 r., (III SA/Wa 2869/06).

Wyrok WSA z dnia 25 marca 2010 r., (I SA/KE 120/10).

Wyrok WSA z dnia 25 stycznia 2011 r., (III SA/Wa 3068/10).

Wyrok WSA z dnia 17 marca 2011 r., (I SA/PO 101/11).

Wyrok WSA z dnia 23 lutego 2011 r., (I SA/Wr 1461/10).

Wyrok WSA z dnia 21 maja 2012 r., (I SA/Wr 23/12).

Wyrok WSA z dnia 12 lutego 2013 r., (III SA/Wa 1995/12).

Wyrok WSA z dnia 19 lutego 2014 r., (I SA/Go 2/14).

Wyrok WSA z dnia 10 kwietnia 2014 r., (III SA/Wa 2730/13).

**Netografia**

http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/CF356AACB0C52119C1257CC3004DB165/%24File/2330.pdf, s. 80; (dostęp: 4 listopada 2018 r.).

Księgarnia internetowa Polskiego Wydawnictwa Ekonomicznego
zaprasza na zakupy **z rabatem 15%**

**www.pwe.com.pl**

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.20

# Wybrane aspekty problematyki odpowiedzialności za szkody spowodowane bezzałogowymi statkami powietrznymi

## Selected aspects of the liability for damages caused by unmanned aerial vehicles

***mgr Michał Lutek***

E-mail: lutek.michal@gmail.com

**Streszczenie**

Publikacja ma na celu analizę regulacji odnoszących się do problematyki odpowiedzialności za szkody na powierzchni Ziemi spowodowane przez bezzałogowe statki powietrzne. W jej toku omówione zostanie pojęcie bezzałogowego statku powietrznego, którego definicja nie jest jednoznaczna. Następnie określone zostaną ramy prawne normujące odpowiedzialność za szkody na powierzchni naszego globu spowodowane przez tego rodzaju statki powietrzne ze szczególnym uwzględnieniem rodzaju odpowiedzialności oraz wskazaniem podmiotów, które ją ponoszą. Zarysowana zostanie także problematyka ubezpieczeń od odpowiedzialności cywilnej właściwych dla operatorów bezzałogowych statków powietrznych. Analizowane akty prawny bedą miały charakter międzynarodowy, europejski jak równieżÿ krajowy.

**Słowa kluczowe:** szkody naziemne, bezzałogowe statki powietrzne, odpowiedzialność cywilna, drony, prawo lotnicze.

**Summary**

During past few years we have witnessed a significant increase in the use of unmanned aerial vehicles. The main aim of this paper is to present selected aspects of the liability for damages caused by drones. The article is composed of six parts. The introduction shows the development of the droned-powered industry and some negative issues related hereto i.e damages that they might cause. Subsequently, the international and polish regulations connected to subject matter are outlined. The author discusses also the issues related to third-party insurance for drone operators. Finally, a brief conclusion is provided where *de lege ferenda* proposals are suggested.

**Key words:** regulation, MiFID II, investor's protection, brokerage firm, financial supervision.

## 1. Wstęp

W ostatnich latach byliśmy świadkami rosnącej liczby operacji dokonywanych przy użyciu bezzałogowych statków powietrznych (dronów). Zakres ich zastosowań zdecydowanie zwiększył się od momentu wprowadzenia ich do użytku. Początkowo były one wykorzystywane do celów militarnych, jako że na ich pokładzie montowano elementy uzbrojenia. Następie, nastąpił znaczący wzrost ich wykorzystania cywilnego, zarówno do celów rekreacyjnych, gdzie używane są maszyny wyposażone w urządzenia rejestrujące umożliwiające zarówno zapis obrazu oraz jego transmisję w czasie rzeczywistym. Zastosowanie handlowe tego typu statków powietrznych może być bardzo szerokie, w pilotażowym w Polsce projekcie są one używane do badania składu dymu pochodzącego z pieców służących ogrzewaniu mieszkań i domów (Grodecka, 2018), zaś w Wielkiej Brytanii w 2019 r. przez drony mają doręczone przesyłki zamawiane przez platformę Amazon (Keach, 2018).

Obecnie mówi się także o potencjalnym wykorzystaniu bezzałogowych statków powietrznych w lotnictwie komunikacyjnym. Idea taksówki obsługiwanej przez bezzałogowy statek powietrzny jest obecnie realizowana w Zjednoczonych Emiratach Arabskich. Projektowany prototyp mieści jednego pasażera oraz mały bagaż (Wakefield, 2018).

Szybki rozwój tej dziedziny stanowi wyzwanie dla społeczności międzynarodowej, która musi dostosować normy prawne do ciągle zmieniających się realiów. Bezzałogowe statki powietrzne, bez wątpienia przynoszą niezliczone korzyści, ale należy pamiętać, że ich wykorzystanie niesie za sobą również zagrożenia.

Niniejsza publikacja ma na celu analizę regulacji odnoszących się do problematyki odpowiedzialności za szkody na ziemi spowodowane przez bezzałogowe statki powietrzne. Na początku omówione zostanie pojęcie bezzałogowego statku powietrznego, którego definicja nie jest jednoznaczna. Następnie określone zostaną ramy prawne nor-

mujące odpowiedzialność za szkody na powierzchni ziemi spowodowane przez tego rodzaju statki powietrzne. Analizowane akty prawne będą miały charakter międzynarodowy, europejski jak również krajowy. W publikacji znajdą się również odniesienia do problematyki ubezpieczeń od odpowiedzialności cywilnej operatorów bezzałogowych statków powietrznych.

## 2. Pojęcie bezzałogowego statku powietrznego

Ze względu na środowisko, w którym poruszają się statki powietrzne-przestrzeń powietrzną — rozważania na przedmiotowy temat należałoby rozpocząć od zdefiniowania statku powietrznego *sensu stricto*. Zgodnie z załącznikiem VI (dalej: Załącznik VI) do konwencji o międzynarodowym lotnictwie cywilnym sporządzonej w Chicago 7 grudnia 1944 r. (konwencja chicagowska) zatytułowany: „Eksploatacja statków powietrznych". Przez statek powietrzny należy rozumieć: *Każde urządzenie utrzymujące się w atmosferze na skutek oddziaływania powietrza innego niż oddziaływanie powietrza odbitego od podłoża* (Annexes 1–18, 1974). Warto pokreślić, że pomimo, iż konwencja chicagowska posługuje się w art. 8 pojęciem „statku powietrznego bez pilota" to nie zostało ono nigdzie zdefiniowane. Jak wskazuje K. Karski umieszczenie w konwencji chicagowskiej wspomnianego artykułu wprowadzającego szczątkowe unormowania odnoszące się do bezzałogowych statków powietrznych już w 1944 r. było podyktowane dużą aktywnością strony niemieckiej w tym zakresie podczas II Wojny Światowej (Karski, 2014).

Doktryna posługuje się wieloma pojęcia odnoszącymi się do bezzałogowych statków powietrznych. Chronologicznie pierwszym było wspomniane już pojęcie „statku powietrznego bez pilota". W 2012 r. Grupa Zadaniowa ds. systemów bezzałogowych statków powietrznych (dalej: UASS-G) stworzyła definicję zdalnie pilotowanego statku powietrznego (z ang. *remotely piloted aircraft*, dalej RPA). W jej świetle przez taki obiekt należy rozumieć: *Bezzałogowy statek powietrzny, który jest pilotowany ze stacji zdalnego pilotowania statkiem powietrznym* (Bujnowski, 2016). Europejska Organizacja ds. Bezpieczeństwa Żeglugi Powietrznej (dalej: EUROCONTROL) zaś posługuje się pojęciem „systemu zdalnie sterowanego statku powietrznego" (z ang. *unmanned aerial system*, dalej UAS; Bujnowski, 2016). Poprzez użycie słowa „system" zamiast „statek" podkreśla się fakt, że maszyna ta nie może funkcjonować w oderwaniu od stacji czy też panelu kontrolnego, które to tworzą integralną całość z elementem latającym (Gregorski, 2017).

O ile dla laika desygnatem wszystkich powyższych pojęć jest dron, o tyle dla ekspertów z dziedziny lotnictwa wymienne stosowanie tych określeń jest niedopuszczalne, jako że posiadają one określone cechy różnicujące. Gdy mowa jest o UAS, określenie „unmanned" może wprowadzać w błąd co autonomiczności tych obiektów. Są one bowiem kontrolowane przez operatorów naziemnych stacji. Wydaje się, że ujęciu przedmiotowym zamysł technologiczny i istotę tych maszyn najtrafniej oddaje jednak określenie RPA.

Biorąc pod uwagę przedstawione aspekty, bez wątpienia należy stwierdzić, że drony winny być traktowane jako statki powietrzne w rozumieniu przytoczonej definicji z załącznika VI, co powoduje, że podlegać będą one reżimowi prawa lotniczego także w zakresie przepisów normujących odpowiedzialność za szkody naziemne wywołane ruchem statków powietrznych.

## 3. Odpowiedzialność za szkody naziemne spowodowane bezzałogowymi statkami powietrznymi w świetle prawa międzynarodowego

Zgodnie z rocznym raportem bezpieczeństwa sporządzonym przez Europejską Agencję Bezpieczeństwa Lotnictwa (EASA) w 2016 r. zgłoszone zostały 25 zdarzenia z udziałem bezzałogowych statków powietrznych (Annual Safety Report, 2017). Statystyki te mogą jednak różnić się od rzeczywistej liczby incydentów, które nie zawsze są zgłaszane. Zdarzenia te mogą zostać podzielone na trzy kategorie. Pierwsza z nich obejmuje sytuacje, w których w wyniku utraty panowania nad dronem dochodzi do jego uszkodzenia bądź całkowitego zniszczenia. Do kolejnej grupa zaliczamy zdarzenia, w których mamy do czynienia z kolizjami w locie (z ang. *midair collision*). Ostatnia zaś odnosi się do wypadków, gdy bezzałogowy statek powietrzny zderzy się z przeszkodą[1].

Szkody wywołane przez nie mają charakter osobowy albo majątkowy. Jednym z najdrastyczniejszych wypadków, w którym doszło do poważnej szkody na osobie było zdarzenie z 2015 r. Simon Evans, który był operatorem drona stracił nad nim kontrolę i łopaty śmigła przecięły gałkę oczną 18-miesięcznego chłopca — Oscara Webb'a (Steafel, 2018). W zakresie szkód na mieniu najczęściej mamy do czynienia ze zniszczonymi pojazdami czy też innego rodzaju ruchomościami, znacznie rzadziej powodują one poważne straty w nieruchomościach.

Należy jednak zwrócić szczególną uwagę na zagrożenia jakie mogą spowodować bezzałogowe statki powietrzne w zderzaniu z samolotami pasażerskimi. Do tego typu zdarzenia doszło chwilę w trakcie podejścia samolotu typu Airbus A320 do lądowania na lotnisku Heathrow w Londynie (Rawlinson, 2018).

Na gruncie międzynarodowego prywatnego prawa lotniczego zagadnienia dotyczące szkód powstałych na ziemi regulowane są przez normy systemu rzymsko-montrealskiego. Do jego elementów składowych zaliczamy Konwencję w sprawie ujednostajnienia niektórych prawideł dotyczących szkód wyrządzonych na powierzchni ziemi osobom trzecim przez statki powietrzne (dalej: konwencja rzymska z 1933 r.), protokół dodatkowy do Konwencji Rzymskiej z 1938 r. (dalej: protokół brukselski z 1938 r.), Konwencję

dotyczącą szkód wyrządzonych osobom trzecim na powierzchni ziemi przez obce statki powietrzne (dalej konwencja rzymska z 1952 r.) oraz Konwencja o wyrównaniu szkód spowodowanych przez statki powietrzne osobom trzecim (dalej: konwencja montrealska z 2009 r.).

Pierwsza ze wspomnianych umów międzynarodowych — konwencja rzymska z 1933 r., której integralną częścią jest protokół brukselski z 1938 r. — ma obecnie znaczenie wyłącznie historyczne (Żylicz, 2011). Niemniej jednak, warto w tym miejscu wspomnieć, że twórcy kolejnych umów regulujących przedmiotową tematykę w dużym stopniu bazowali na mechanizmach wprowadzonych właśnie przez nią. Chronologicznie najmłodszym aktem normujący omawiane zagadnienia jest konwencja montrealska z 2009 r., która nie weszła jeszcze w życie z powodu zbyt małej liczby ratyfikacji (Contracting Parties, 2018). Ze względu na powyższe, omawiane regulacją na szczeblu międzynarodowym ograniczą się do przepisów konwencji rzymskiej z 1952 r. wraz z protokołem brukselskim z 1978 r.

Każdy stosunek o charakterze odszkodowawczym charakteryzowany jest przez trzy elementy. Przede wszystkim, musi wystąpić zdarzenie powodujące powstanie odpowiedzialności, które powoduje powstanie szkody po jednej ze stron. Drugim elementem jest właśnie wskazanie osoby poszkodowanej, finalnie konieczne jest ustalenie podmiotu odpowiedzialnego za jej naprawienie.

Co do zasady odpowiedzialność powiązana jest z eksploatującym statek powietrzny (z ang. *operator of the aircraft*). W świetle przepisów konwencji, a konkretnie art. 2 ust. 2 lit (a), za operatora uważa się (…) *tego, kto używa statku powietrznego w momencie, w którym szkoda powstała* (Durys, Jasiński, 1999). Zgodnie z brzmieniem przywołanego przepisu wskazuje, że na ten sam przymiot zasługuje *ten kto przekazawszy pośrednio lub bezpośrednio prawo używania statku powietrznego zachował kierowanie jego żeglugą* (Durys, Jasiński, 1999). Konwencja posługuje się również instytucją domniemania polegającego na uznaniu za eksploatującego właściciela wpisanego do rejestru, jest ono jednak wzruszalne. W tym miejscu należy wspomnieć o nowych regulacjach unijnych wprowadzonych na mocy tzw. nowego rozporządzenia bazowego — Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1139 z dnia 4 lipca 2018 r. w sprawie wspólnych zasad w dziedzinie lotnictwa cywilnego i utworzenia Agencji Unii Europejskiej ds. Bezpieczeństwa Lotniczego oraz zmieniające rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 2111/2005, (WE) nr 1008/2008, (UE) nr 996/2010, (UE) nr 376/2014 i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/30/UE i 2014/53/UE, a także uchylające rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 552/2004 i (WE) nr 216/2008 i rozporządzenie Rady (EWG) nr 3922/9 (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej L 212/1, 2018), które nakłada obowiązek rejestracji operatorów dronów powyżej 250 kg. Przywołane domniemania stają się szczególnie istotne, gdy mamy do czynienia właśnie ze szkodami spowodowanymi ruchem bezzałogowych statków powietrznych bowiem często występują sytuacje, gdy ich operator znajduje się w znacznej odległości od miejsca wystąpienia szkody co czyni go trudnym do identyfikacji.

Warto nadmienić, że w konwencji rzymskiej z 1952 r. zawarta została także instytucja odpowiedzialności solidarnej, z którą mamy do gdy występuje czasowe użytkowanie statku powietrznego na podstawie porozumienia[2]. Aktualizuje się ona także, gdy dochodzi do spowodowania szkody przez minimum dwa statki powietrzne. Wspominany już protokół montrealski z 1978 r. jako swoiste *novum* wprowadził możliwość przypisania odpowiedzialności w wypadkach użytkowania statku powietrznego zarejestrowanego jako własność państwa. Jest to szczególnie istotne w odniesieniu do szkód spowodowanych bezzałogowymi statkami powietrznymi wykorzystywanymi do celów militarnych.

## 4. Ustawodawstwo polskie wobec szkód spowodowanych bezzałogowymi statkami powietrznymi

Na poziomie prawa krajowego operatorzy bezzałogowych statków powietrznych ponoszą analogiczną odpowiedzialność jak użytkownicy mechanicznych środków komunikacji poruszanych za pomocą sił przyrody. Bezpośrednie odesłanie do stosowania przepisów Kodeksu cywilnego (dalej: KC; Dz. U. 1964 nr 16, poz. 93), a ściślej mówiąc do art. 435 oraz art. 436 znajduje się bowiem w art. 206 ustawy prawo lotnicze (Dz. U. 2002 nr 130, poz. 1112). M. Wałachowska oraz M. Ziemiak podkreślają, że bezzałogowe statki powietrzne, ze względu na fakt, że nie spełniają one funkcji komunikacyjnej nie powinny podlegać reżimowi prawnemu z art. 436 KC, jednak normy znajdujące się w ustawie prawo lotnicze *expressis verbis* nakładają obowiązek oparcia tego rodzaju odpowiedzialności na przywołanych przepisach znajdujących się w tytule VI KC (Fras, Habdas, 2018).

Na wstępie należy jednak dokonać rozróżnienia na dwa, pozornie analogiczne zdarzenia, powodujące powstanie odpowiedzialności po stronie operatora drona, które bazują na całkowicie odmiennych zasadach — zasadzie ryzyka oraz zasadach ogólnych. Są nimi odpowiednio spowodowanie szkody naziemnej oraz uszkodzenie statku w locie.

Pilotujący bezzałogowe statki powietrzne odpowiadają na zasadzie ryzyka za wszelkie szkody wywołane na powierzchni Ziemi. Przewidziane są jednak dwie okoliczności egzoneracyjne. Po pierwsze podmiot eksploatujący nie będzie zobligowany do naprawienia szkody, gdy powstała ona w wyniku działalności siły wyższej (z łac. *vis maior*). Jak przykład moglibyśmy przywołać tu nagłe uderzenie pioruna, które doprowadziłoby do upadku drona i zniszczenia mienia znajdującego się Ziemi. Jako drugą przesłankę na podstawie, której można uwolnić się od odpowiedzialności należy wskazać okoliczność, kiedy szkoda powstała z wyłącznej winy poszkodowanego lub innej osoby. Egzemplifikacją normy zawartej w tym przepisie mogłaby być sytuacja, gdy poszkodowany, będący osobą nieuprawnioną, uzyskałby dostęp do stacji kontrolującej

w wyniku przełamania odpowiednich zabezpieczeń tele-informatycznych i skierowałby bezzałogowy statek powietrzny tak, aby ten doprowadził do powstania szkody w jego mieniu, albo na jego osobie.

Wspominana wcześniej odpowiedzialność na zasadach ogólnych wystąpi, gdy dojdzie do zderzenia dwóch statków powietrznych w powietrzu. Irrelewantnym dla faktu przypisania odpowiedzialności, pozostaje typ statku powietrznego — może być to zatem zderzenie dwóch dronów, jak również wypadek, w którym uczestniczy bezzałogowy statek powietrzny oraz cywilny odrzutowiec. Odwołanie się do odpowiedzialności na zasadach ogólnych *de facto* oznaczać będzie obowiązek zrekompensowania szkody wynikający z przypisania winy operatorowi (Cieszwski, 2014). W orzecznictwo zostało także zdefiniowane samo pojęcie zderzenia, Sąd Najwyższy w uchwale III CZP 79/75 określił je jako (…) *każde — bez względu na jego przyczynę — zetknięcie się tych pojazdów w ruchu* (III CZP 79/75, 1976). W odniesieniu do bezzałogowych statków powietrznych, które poruszają się często z dużą prędkością, nawet lekkie zetknięcie wirników napędzających drona może okazać się fatalne w skutkach.

Konieczne jest jednak wyraźne podkreślenie, że w operator drona nie będzie odpowiedzialny za wyrządzone przez siebie szkody, gdy do ich powstania dojdzie wyłącznie w wyniku faktu przelotu statku powietrznego, który to miał miejsce z uwzględnieniem obowiązujących przepisów. Takie wyłączenie zostało wprost zawarte w art. 206 § 2 ust. pr. lot. Wydaję się to być uzasadnione, jako że przepisy wykonywania operacji lotniczych są na tyle rygorystyczne, że ich przestrzeganie winno stanowić gwarancję bezpiecznego przelotu i zwalniać operatora z obowiązku naprawienia szkody.

## 5. Wybrane aspekty ubezpieczeń od odpowiedzialności cywilnej operatorów dronów

Analizując problematykę odpowiedzialności cywilnej operatorów bezzałogowych statków powietrznych należy także odnieść się do zagadnień ubezpieczeniowych. Istota ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej zawarta została w art. 822 § 1 zgodnie, z którym *przez umowę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ubezpieczyciel zobowiązuje się do zapłacenia określonego w umowie odszkodowania za szkody wyrządzone osobom trzecim, wobec których odpowiedzialność za szkodę ponosi ubezpieczający albo ubezpieczony*. (Dz. U. 1964 nr 16, poz. 932). Uczestnicy ruchu lotniczego doskonale zdają sobie sprawę z tego jak ważną kwestią pozostaje ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej. Ze względu na swoją specyfikę, szkody, które mogą wystąpić w toku wykonywania operacji lotniczych, mogą mieć ogromny rozmiar.

O tym, jak istotną rolę odgrywa umowa ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w międzynarodowym obrocie prawnym, przemawia także fakt wyodrębnienia specjalnego rynku obejmującego tą konkretną dziedzinę. Jak wskazuje A. Konert, przez pojęcie to rozumiemy (…) *grupę ubezpieczycieli na świecie, którzy oferują pokrycie ryzyk istniejących w zakresie lotnictwa* (Konert, 2014). Największym rynkiem ubezpieczeń lotniczych, jest ten skupiający podmioty z londyńskiego City.

Objęcie operatorów bezzałogowych statków powietrznych ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej, nie wynika wyłącznie z ich chęci odpłatnego przeniesienia ryzyka na inny podmiot, podyktowane jest to bowiem obowiązywaniem określonych przepisów na poziomie, zarówno europejskim, jak również krajowym. Jako podstawę prawną obowiązku ubezpieczeniowego dla operatorów dronów należy wskazać Rozporządzenie (WE) nr 785/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie wymogów w zakresie ubezpieczenia w odniesieniu do przewoźników lotniczych i operatorów statków powietrznych (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej L 138, 2004). Wysokość ubezpieczenia zależna jest od maksymalnej masy startowej statku powietrznego (ang. *maximum take-off mass*, MTOM) i wyrażona została w Specjalnych Prawach Ciągnienia (ang. *Special Drawing Rights*, SDR), które stanowią międzynarodową jednostkę rozrachunkową stworzoną przez Międzynarodowy Fundusz Walutowy. W odniesieniu do najlżejszych bezzałogowych statków powietrznych — czyli takich, które nie przekraczają 500 kg — pułap ten wynosi 750 tyś SDR. Należy jednak podkreślić, że z zakresem regulacji powyższego rozporządzenia nie są objęte *modele statków powietrznych poniżej 20 kg* — co wynika wprost z art. 2 par. 2 lit. b przywołanego rozporządzenia. Takie wyłączenie wydaje się być bezzasadne, jako że bazuje ono wyłącznie charakterze danego bezzałogowego statku powietrznego a nie na celu, do którego jest używany.

Wspominany już obowiązek ubezpieczeniowy wynika także z przepisów krajowych. *Expressis verbis* został on wyrażony w Załączniku 7 do Rozporządzenia Rozporządzenie Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 26 marca 2013 r. w sprawie wyłączenia zastosowania niektórych przepisów ustawy — Prawo lotnicze do niektórych rodzajów statków powietrznych oraz określenia warunków i wymagań dotyczących używania tych statków (Dz. U. 2013 poz. 440). Gdy mamy do czynienia ze statkami powietrznymi o masie od 5 kg do 20 kg, wówczas minimalna suma gwarancyjna ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej wynosi 3 000 SDR.

## 6. Podsumowanie

Bezzałogowe statki powietrzne w ostatnich latach zyskały wiele popularności, również dzięki szerokiemu spektrum ich zastosowań. Technologie dronowe mogą być zaliczone do kanonu szerokorozumianych nowych technologii, które zostały zdefiniowane w art. 2 § 1 pkt. 9 ustawy o niektórych formach wspierania działalności innowacyjnej. Zgodnie z przywołanym aktem normatywnym, przez pojęcie to należy rozumieć *technologię w postaci prawa własności przemysłowej lub wyników prac rozwojowych, lub wyników badań aplikacyj-*

*nych, lub nieopatentowanej wiedzy technicznej, która umożliwia wytwarzanie nowych lub znacząco ulepszonych, w stosunku do dotychczas wytwarzanych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, towarów, procesów lub usług* (Dz. U. 2008 nr 116, poz. 730). Problemem, który często towarzyszy zagadnieniem związanym z nowymi technologiami jest niewystarczający poziom regulacji, normujący ich działanie. W przypadku bezzałogowych statków powietrznych możliwe jest stosowanie przepisów właściwych dla lotnictwa cywilnego, bowiem drony wpisują się definicję statku powietrznego zawartą w Załączniku VI do konwencji chicagowskiej.

Z uwagi na cechy specyficzne bezzałogowych statków powietrznych, konieczność przyjęcia odrębnych regulacji wydaję się być nieunikniona. *In plus* ocenić trzeba zintensyfikowaną działalność legislacyjną na poziomie europejskim mająca za przedmiot właśnie bezzałogowe statki powietrzne — chociażby przyjęcie nowego rozporządzenia bazowego.

Odnosząc się do analizowanej problematyki, zauważyć należy, że stosowanie przepisów międzynarodowych — w tym szczególnie norm wynikających z konwencji rzymskiej z 1952 r. — wydaję się być niewystarczające. Jest to spowodowane występowaniem wielu różnic pomiędzy statkami powietrznymi w ujęciu klasycznym[3] a ich bezzałogowymi odpowiednikami. *De lege ferenda* warto wysnuć postulat dotyczący utworzenia odrębnego systemu prawnego, który regulowałby kompleksowo zagadnienia użytkowania dronów, w tym odpowiedzialności za szkody spowodowane ich ruchem. Dużą rolę trzeba też przypisać regulacjom mającym na celu niedopuszczenie do powstania szkody. Rola przepisów o charakterze prewencyjnym, gwarantujących bezpieczeństwo wykonywanych operacji lotniczych powinna być dostrzeżona przez podmioty uczestniczące w ruchu bezzałogowych statków powietrznych.

Do powszechnego i komercyjnego wykorzystania dronów, droga jest jeszcze daleka. O ile mogłyby rozwiązać one wiele problemów przy zastosowaniu na globalną skalę, niestety niepewność co do regulacji prawnych i konieczność podejmowania dodatkowych kroków w toku wykonywania operacji dronowych (np. specjalne zgody na wlot w przestrzeń kontrolowaną) zniechęcają użytkowników bezzałogowych statków powietrznych, żeby rozwijać ich handlowe użycie. Rolą prawodawcy jest stworzenie, takiego środowiska prawnego, które będzie zachęcało do tego typu działań.

---

[1] I grupa — 16 zdarzeń, II grupa — 5 zdarzeń oraz III grupa — 4 zdarzenia.

[2] Czasowe w tym przypadku oznacza krótsze niż 14 dni.

[3] Statki powietrzne, na pokładzie których znajduje się pilot np. wykorzystywane w lotnictwie komunikacyjnym.

## Bibliografia


International Civil Aviation Organization. (1974). *Annexes 1–18 [e-book]1st ed*., Retreived from http://www.icao.int/documents/annexes_booklet.pdf.

Bujnowski, M. (2016). *Bezpieczeństwo lotnictwa cywilnego. Aspekty współpracy międzynarodowej*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar.

Ciszewski, J (red.). (2014). *Kodeks cywilny. Komentarz* (wyd. II). Warszawa: LexisNexis.

Contracting Parties. (2018). Retreived from https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/2009_GRC_EN.pdf

Durys, P., Jasiński, F. (1999). *Wybór aktów prawnych do nauki międzynarodowego prawa lotniczego i kosmicznego*. Warszawa: Liber.

Dz. U. 1964 nr 16, poz. 93.

Dz. U. 1964 nr 16, poz. 932.

Dz. U. 2002 nr 130, poz. 1112.

Dz. U. 2008 nr 116, poz. 730.

Dz. U. 2013 poz. 440.

Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej L 138. (2004). Retreived from https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32004R0785R (02).

Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej L 212/1. (2018), Retreived from https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=OJ:L:2018:212:FULL.

EASA, (2017). *Annual Safety Report*. Retreived from https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/209735_EASA_ASR_MAIN_REPORT_3.0.pdf; (dostęp na 1.12.2018).

Fras, M., Habdas, M. (red.). (2018). *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna* (art. 353–534). Warszawa: Wolters Kluwer.

Gregorski, M. (2017, 2). *Regulacje dotyczące bezzałogowych statków powietrznych w prawie Unii Europejskiej w kontekście międzynarodowym*, Warszawa: Studia Europejskie Uniwersytetu Warszawskiego.

Grodecka, M. (2018). *Drony będą walczyć ze smogiem w Krakowie, ale nie jest powiedziane, że ta wojna zakończy się sukcesem*. Retreived from https://www.spidersweb.pl/2018/03/smog-w-krakowie-drony.html.

Karski, K. (2014).Cywilne bezzałogowe statki powietrzne w świetle przepisów prawa międzynarodowego. W: Z. Galicki, K. Myszona-Kostrzewa (red.). *50 lat konwencji tokijskiej — bezpieczeństwo żeglugi lotniczej z perspektywy powietrznej i kosmicznej. Księga dedykowana Profesorowi Markowi Żyliczowi*, Galicki Z. Warszawa: Stowarzyszenie Absolwentów Wydziału Prawa i Administracji.

Keach, S. (2018). *Amazon-style drones could be delivering packages to UK homes by 2019*. Retreived from https://www.thesun.co.uk/tech/5736054/amazon-drone-deliveries-uk-prime-air/

Konert, A. (2014). *Ubezpieczenia lotnicze*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Rawlinson, K. (2018). *Drone hits plane at Heathrow airport*. Retreived from https://www.theguardian.com/uk-news/2016/apr/17/drone-plane-heathrow-airport-british-airways.

Steafel, E. (2018). *Toddler loses eye after drone propeller sliced through it*. Retreived from https://www.telegraph.co.uk/news/uknews/12022429/Toddler-loses-eye-after-drone-propeller-sliced-through-it.html.

III CZP 79/75. (1976). Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 2 stycznia 1976 roku. Retreived from Systemie Informacji Prawnej LEX.

Wakefield, J. (2018). *Dubai tests drone taxi service*. Retreived from https://www.bbc.com/news/technology-41399406.

Żylicz, M. (2011). *Prawo lotnicze międzynarodowe, europejskie i krajowe* (wyd. 2). Warszawa: Wolters Kluwer.

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.21

# Problematyka prawna oświadczeń dotyczących probiotyku

## Legal issues of probiotic' claims

***mgr Marta Łanoch***

E-mail: marta.lanoch@onet.eu

**Streszczenie**

Aspekty prawne komunikacji produktowej dotyczącej probiotyków nastręczają branży spożywczej sporo problemów. Wątpliwości dotyczą tego, czy możliwe jest oznakowanie, prezentacja i reklama środka spożywczego za pomocą terminu „probiotyk" lub sformułowania „zawiera probiotyk". Celem tego artykułu jest analiza obowiązujących regulacji i wytycznych na poziomie unijnym w kontraście do lokalnej praktyki państw członkowskich UE w tym zakresie — na przykładzie Włoch i Polski. Przedstawiona została również sytuacja prawna stosowania oświadczeń dotyczących probiotyków w Kanadzie. Artykuł ten ujawnia sprzeczności w obowiązującym prawie europejskim i polityce niektórych organów, zarówno unijnych jak i krajowych, względem deklaracji dotyczących probiotyków, a także zawiera propozycje zmian, które pozwoliłyby branży spożywczej na wyjście ze swego rodzaju impasu w zakresie komunikacji produktowej żywności z probiotykami.

**Słowa kluczowe:** probiotyk, oświadczenie zdrowotne, oświadczenie żywieniowe, określenie rodzajowe.

**Summary**

The legal aspects of product communication regarding probiotics pose a lot of problems for the food industry. Doubts concern whether it is possible to label, present and advertise the food using the term "probiotic" or the wording "contains probiotic". The purpose of this article is to analyse existing regulations and guidelines at the EU level in a contrast to the local practice of EU Member States in this respect — on the example of Italy and Poland. The legal situation regarding the use of probiotics claims in Canada is also be presented. This article reveals contradictions in current European law and the policy of the authorities, both EU and national, regarding declarations regarding probiotics. Moreover, it contains proposals of changes in the food law that would allow the food industry to escape from a kind of deadlock in communication of food with probiotics.

**Key words:** probiotic, nutrition claim, health claim, descriptive name.

## 1. Wstęp

W Polsce do Głównego Inspektora Sanitarnego powiadomionych jest ponad 200 środków spożywczych zawierających w nazwie lub wykazie składników określenie „probiotyk". Jak donosi International Probiotics Association Europe, Unia Europejska była wiodącym światowym rynkiem sprzedaży jogurtów wzbogaconych w probiotyki i suplementów diety z probiotykami do roku 2009, ale obecnie zajmuje trzecie miejsce w sprzedaży za Chinami i USA (dane na dzień 24.11.2018 r.). Data ta nie jest przypadkowa, gdyż oznacza koniec okresu przejściowego na wejście w życie Rozporządzenia nr 1924/2006 w całości. Od tego momentu pojawił się wysoki poziom niepewności co do stosowania terminu „probioty" oraz „zawiera probiotyk" na rynku unijnym. W większości państw członkowskich Unii Europejskiej producenci tej żywności zwracają uwagę na brak możliwości prawnych oznaczania i promowania funkcji prozdrowotnych probiotyku.

Pomimo harmonizacji przepisów prawnych z obszaru oświadczeń żywieniowych i zdrowotnych kwestia stosowania terminu „probiotyk" w oznakowaniu, prezentacji i reklamie środków spożywczych jest odmiennie traktowana w różnych państwach członkowskich Unii Europejskiej. Podobnie kształtuje się sytuacja używania oświadczenia „zawiera probiotyk" oraz wskazywania na korzyści prozdrowotne probiotyków.

Powyższe różnice sprawiają problemy nie tylko ze względów ekonomicznych dla przemysłu spożywczego, ale również z uwagi na zasadę swobodnego przepływu towarów oraz zasadę wzajemnego uznania, które stanowią fundament rynku unijnego.

Istotne z perspektywy problematyki oświadczeń dotyczących probiotyków w Unii Europejskiej wydaje się być po-

dejście do tej kwestii stosowane przez państwa trzecie, które w niniejszej pracy zostanie przedstawione na przykładzie Kanady.

Celem analizy przeprowadzonej w artykule jest przedstawienie obecnej sytuacji w kontekście oświadczeń dotyczących probiotyków zarówno na poziomie harmonizacji unijnej, przykładów lokalnego podejścia państw członkowskich (Włochy i Polska) oraz państwa spoza UE, tj. Kanady, a także określenie propozycji, które usuną niepewność prawną co do stosowania sformułowań: „probiotyk" i „zawiera probiotyk".

## 2. Pojęcie „probiotyku"

Terminem „probiotyk" określa się żywe mikroorganizmy, które wprowadzone w odpowiednich ilościach wywołują pożądany efekt w organizmie człowieka. Jako probiotyki określa się także bakterie (lub drożdże) wywołujące wielokierunkowe, korzystne efekty dla funkcjonowania organizmu człowieka, zarówno miejscowe jak i ogólnoustrojowe. Pojęcie to obejmuje również preparaty lub produkty zawierające ściśle zdefiniowane żywe drobnoustroje o właściwościach probiotycznych w odpowiedniej ilości. Według definicji FAO/WHO probiotyki to *żywe drobnoustroje, które podane w odpowiedniej ilości wywierają korzystny wpływ na zdrowie gospodarz*a (FAO/WHO, 2018). Probiotyki dostępne są w formie suplementów diety, żywności specjalnego przeznaczenia medycznego oraz produktów leczniczych, ale także dodawane są do jogurtów, mlek i innych produktów nabiałowych.

Problematyczną kwestią okazuje się komunikowanie obecności probiotyku w środku spożywczym. W większości państw członkowskich Unii Europejskiej producenci żywności zwracają uwagę na brak możliwości prawnych oznaczania i promowania funkcji prozdrowotnych probiotyku.

Ustawodawca unijny wyjaśnił w preambule do Rozporządzenia nr 1924/2006, że ustalone ogólne zasady odnoszące się do wszystkich oświadczeń dotyczących żywności mają na celu zapewnienie konsumentom wysokiego poziomu ochrony, dostarczenia im wiedzy niezbędnej do dokonania wyboru z pełną znajomością faktów, jak również stworzenie dla branży spożywczej równych warunków konkurencji. Jak podkreślono w dalszej części preambuły, żywność, która jest promowana przy użyciu odpowiednich oświadczeń, może być postrzegana przez konsumentów jako produkt o korzystniejszych właściwościach odżywczych, fizjologicznych lub zdrowotnych niż podobne lub inne produkty, do których takie składniki odżywcze i inne substancje nie zostały dodane. Może to skłonić konsumentów do podejmowania decyzji, które wpłyną bezpośrednio na całkowitą ilość spożywanych przez nich poszczególnych składników odżywczych lub innych substancji w sposób, który byłby niezgodny z zaleceniami naukowymi.

Odmienne stanowisko prezentują przedstawiciele sektora spożywczego, którzy twierdzą, że bariera prawna w promowaniu korzystnych funkcji probiotyków, a nawet deklarowania samej obecności probiotyku w produkcie, nie chroni konsumenta, a godzi w niego. Zdaniem branży brak informacji o probiotykach w żywności zaburza świadome podejmowanie decyzji zakupowej przez konsumenta. W doktrynie z kolei pojawiają się głosy mówiące, że istnieją wątpliwości, czy regulacja ta nie ogranicza w sposób nadmierny konstytucyjnie chronionej wolności działalności gospodarczej.

## 3. Probiotyk — oświadczenie żywieniowe czy zdrowotne?

Zgodnie z art. 2 ust. 2 pkt 4) Rozporządzenia nr 1924/2006 „oświadczenie żywieniowe" oznacza każde oświadczenie, które stwierdza, sugeruje lub daje do zrozumienia, że dana żywność ma szczególne właściwości odżywcze ze względu na:

a) energię (wartość kaloryczną), której:
   – dostarcza,
   – dostarcza w zmniejszonej lub zwiększonej ilości, lub
   – nie dostarcza, lub
b) substancje odżywcze lub inne substancje,
   – które zawiera,
   – które zawiera w zmniejszonej lub zwiększonej ilości, lub
   – których nie zawiera.

W art. 8 ww. aktu prawnego przewidziano, że oświadczenia żywieniowe są dozwolone jedynie w przypadku, gdy są wymienione w załączniku i są zgodne z wymogami określonymi w Rozporządzeniu nr 1924/2006.

W świetle art. 2 ust. 2 pkt 5) Rozporządzenia nr 1924/2006 „oświadczenie zdrowotne" oznacza każde oświadczenie, które stwierdza, sugeruje lub daje do zrozumienia, że istnieje związek pomiędzy kategorią żywności, daną żywnością lub jednym z jej składników, a zdrowiem.

Załącznik do ww. aktu prawnego dopuszcza stosowanie oświadczenia żywieniowego „zawiera (nazwa składnika odżywczego lub innej substancji)". Oświadczenie, że środek spożywczy zawiera składnik odżywczy lub inną substancję, dla której niniejsze rozporządzenie nie ustala szczególnych warunków oraz każde oświadczenie, które może mieć taki sam sens dla konsumenta, może być stosowane tylko wówczas, gdy produkt spełnia wszystkie odpowiednie postanowienia niniejszego rozporządzenia.

Z perspektywy przywołanej regulacji mogłoby się wydawać, że deklaracja „zawiera probiotyk" jest oświadczeniem żywieniowym, dozwolonym do stosowania. Niemniej jednak problem ze stosowaniem takiego komunikatu wynika ze sposobu jego interpretacji przedstawionego w wytycznych Europejskiego Urzędu ds. Bezpieczeństwa Żywności (EFSA) z 2007 r.. Zgodnie z tymi wytycznymi komunikat typu „zawiera probiotyk", choć strukturą przypomina oświadczenie żywieniowe, to został zakwalifikowany jako oświadczenie zdrowotne. Według Stałego Komitetu ds. Łańcucha Żywnościowego i Zdrowia Zwierząt w takich przypadkach oświadczenia typu „zawiera" będą uznawane za oświadczenia zdrowotne i zezwolenia na ich stosowanie

powinny być wydawane tak, jak dla wszystkich oświadczeń zdrowotnych.

W omawianych wytycznych wprowadzono następujące rozróżnienie:

– oświadczenie jest oświadczeniem żywieniowym, jeśli nazwa substancji lub kategorii substancji jest podana jako stwierdzenie faktu (przykłady: „zawiera likopen", „zawiera luteinę");

– natomiast oświadczenie jest oświadczeniem zdrowotnym, jeśli w nazwie substancji lub kategorii substancji pojawia się opis lub wskazanie funkcji albo nie wyrażony wprost wpływ na zdrowie (przykłady: „zawiera przeciwutleniacze" (funkcją jest działanie przeciwutleniające); „zawiera probiotyki/prebiotyki" (wzmianka o probiotykach/prebiotykach daje do zrozumienia, że produkt ma korzystny wpływ na zdrowie).

Wyżej przedstawiona interpretacja Komitetu znajduje oparcie także w negatywnych dotychczas opiniach EFSA na temat oświadczeń zdrowotnych dla poszczególnych szczepów bakterii probiotycznych oraz licznych rozporządzeniach Komisji Europejskiej w sprawie odmowy udzielenia zezwolenia na takie oświadczenia zdrowotne.

Taki podział wydaje się być bardzo arbitralny, biorąc pod uwagę, że inne ogólne określenia rodzajowe dotyczące środków spożywczych, które również mogą implikować wpływ na zdrowie ludzi, zostały wyraźnie wyłączone ze stosowania według wyżej wymienionych wytycznych. Zdarzają się również głosy ze strony przemysłu stanowiące, że stosowanie przez Komisję do uzasadnienia swojej polityki względem probiotyków ponad 10-letniego dokumentu, który nie ma mocy prawnej (Wytyczne z 2007 r.), jest nie do zaakceptowania.

W stanowisku prezentowanym przez UE w Wytycznych dostrzegane są również sprzeczności. Z jednej strony prezentowany jest pogląd, że określenie „probiotyk" stanowi niedozwolone oświadczenie zdrowotne, które musi podlegać procedurze autoryzacji i uzyskać zezwolenie Komisji Europejskiej na stosowanie. Z drugiej jednak strony opierając się zasadach ustanowionych Rozporządzeniem nr 1924/2006 oraz Rozporządzeniem nr 353/2009, nie jest możliwe uzyskanie zezwolenia na oświadczenie zdrowotne dla probiotyków jako całej grupy różnych mikroorganizmów. Korzyści zdrowotne probiotyków wynikają z poszczególnych szczepów. W konsekwencji tego termin „probiotyk" nie może być przedmiotem zatwierdzonego oświadczenia zdrowotnego, a jedynie poszczególne szczepy bakterii probiotycznych.

## 4. Sformułowanie „zawiera probiotyk" a ochrona konsumentów i ich percepcja oświadczeń

Istotne jest spojrzenie na omawiane zagadnienie także przez pryzmat konsumenta, szczególnie z uwagi na to, że zdaniem Stałego Komitetu ds. Łańcucha Żywnościowego i Zdrowia Zwierząt wzmianka o probiotykach daje konsumentowi do zrozumienia, że produkt ma korzystny wpływ na zdrowie. Przeciwnicy tego stanowiska powołują się na motywy z preambuły do Rozporządzenia nr 1169/2011, w których wskazano, że *podstawową kwestią uwzględnianą przy określaniu wymogów dotyczących obowiązkowych informacji na temat żywności powinno być umożliwienie konsumentom identyfikacji i właściwego wykorzystywania danego środka spożywczego oraz dokonywania wyborów zaspokajających ich indywidualne potrzeby dietetyczne* (motyw 17) *oraz należy zawsze brać również pod uwagę szeroko wykazywane zainteresowanie większości konsumentów ujawnianiem pewnych informacji* (motyw 18).

W świetle powyższego można wyciągnąć wniosek, że brak możliwości posługiwania się terminem „probiotyk" lub „zawiera probiotyk" w oznakowaniu, prezentacji i reklamie środków spożywczych, stoi w opozycji do wyżej wymienionych fundamentalnych zasad prawnych kształtujących regulacje dotyczące przekazywania informacji na temat żywności.

Biorąc pod uwagę zasadniczy cel, jaki przyświecał Komitetowi w trakcie tworzenia wytycznych, jakim jest ochrona konsumenta i stworzenie mu warunków do podjęcia świadomej decyzji zakupowej, stwierdzić należy, że badania pokazują, iż efekt jest odwrotny. Brak bowiem informacji o probiotykach na żywności (w jej oznakowaniu i reklamie) jest dla konsumentów bodźcem do poszukiwania danych w Internecie. Stwarza to ryzyko uzyskania przez społeczeństwo informacji z całkowicie niekontrolowanych źródeł, które mogą nie tylko wprowadzać konsumenta w błąd, ale nawet stanowić zagrożenie dla jego życia lub zdrowia. Informacje zamieszczane w Internecie w sposób pozbawiony nadzoru i bez jakichkolwiek ograniczeń mogą także negatywnie oddziaływać na wizerunek i wiarygodność branży probiotyków, co w konsekwencji może okazać się szkodliwe nie tylko dla samego przemysłu, ale także dla społeczeństwa wobec obniżenia zaufania do probiotyków.

Jak wynika z badania przeprowadzonego przez Synadiet wśród ponad 1000 konsumentów, 63% z nich chce być poinformowanych, że produkt zawiera probiotyki, podczas gdy 38% chce, aby na opakowaniu wskazane były poszczególne nazwy szczepów.

Z kolei program naukowy „CLYMBOL" (przeprowadzony w latach 2012–2016), finansowany ze środków Komisji Europejskiej, który miał na celu uzyskanie wiedzy na temat poziomu zrozumienia i postrzegania oświadczeń zdrowotnych i symboli przez konsumentów oraz ich wpływu na decyzje zakupowe, wykazał, że konsumenci mają problem z rozumieniem oświadczeń, a przede wszystkim z rozróżnianiem poszczególnych kategorii oświadczeń (np. żywieniowych od zdrowotnych). Co więcej wyniki projektu „CLYMBOL" pokazały, że konsumenci „dopisują" sobie znaczenie danego składnika dla zdrowia, w oparciu o posiadaną wiedzę i przekonania — często nieprawidłowe. W świetle tych analiz przyjmowanie sztywnych podziałów i kwalifikacji oświadczeń budzi co najmniej wątpliwości, jeśli nie wydaje się bezcelowe.

## 5. Termin probiotyk jako określenie o charakterze rodzajowym

Lobby mleczarskie oraz pozostali przedstawiciele branży spożywczej od wielu lat wnoszą do Komisji Europejskiej o ustanowienie terminu „probiotyk" tak zwanym „general descriptor", czyli określeniem o charakterze rodzajowym tradycyjnie stosowanym w celu podkreślenia szczególnych cech danego rodzaju żywności. Działania te zapoczątkowały władze holenderskie, które pierwsze złożyły wniosek do Komisji Europejskiej. W następstwie szczegółowy wniosek został złożony przez Włochy w grudniu 2012 r.

20 czerwca 2014 r. do Komisji Europejskiej i Państw Członkowskich wpłynął wniosek włoskiego Stowarzyszenia Produktów Mlecznych oraz Suplementów Diety (ASSOLATE i AIIPA) oraz Europejskiego Stowarzyszenia Jogurtów i Fermentowanego Mleka (YLFA) o zezwolenie na stosowanie terminu „probiotyk" jako oznaczenia o charakterze rodzajowym. Wniosek został poparty argumentami prawnymi oraz naukowymi, jak również rzetelnymi danymi potwierdzającymi 20 lat stosowania określenia „probiotyk" we Włoszech przed wejściem w życie Rozporządzenia nr 1924/2006. Wobec braku uzyskania akceptacji wniosku ze strony Komisji Europejskiej, interesujący jest fakt, że Włochy to pierwszy europejski kraj, który przyjął wytyczne dotyczące probiotyków na długo przed ustanowieniem Rozporządzenia nr 1924/2006. W tym kontekście zaskakujący może wydawać się brak zatwierdzenia (do dnia przygotowania tego artykułu) przez Komisję Europejską określenia o charakterze rodzajowym — „probiotyk".

## 6. Oświadczenia dotyczące probiotyku w państwach członkowskich Unii Europejskiej na przykładzie Włoch i Polski

Wobec braku podjęcia działań przez Komisję Europejską zmierzających do uregulowania stosowania terminu „probiotyk" cztery państwa członkowskie Unii Europejskiej przyjęły lokalne przepisy prawa w tym zakresie. Włochy, Dania, Czechy i Holandia zezwoliły na używanie terminu „probiotyk".

Na przykładzie Włoch można wskazać, że państwo to poszło o krok dalej niż jedynie uregulowanie stosowania terminu „probiotyk". Ministerstwo Zdrowia Włoch stoi na stanowisku, że produkt zawierający probiotyki może zawierać deklarację: „wsparcie równowagi mikroflory jelitowej". W ocenie Włoch pojęcie „probiotyki" jest synonimiczne do bakterii mlekowych, więc nie powinno w zakresie oświadczeń być oceniane przez organy unijne w sposób odmienny niż na przykład witaminy.

Istotne spostrzeżenie przedstawia Bruno Scarpa, dyrektor Biura ds. specjalnej żywności, suplementów diety i nowej żywności włoskiego Ministerstwa Zdrowia. Zauważa on, że w każdym przypadku, gdy określona substancja jest podkreślona w oznakowaniu i poprzedzona słowem „zawiera", konsument postrzega to jako możliwą korzyść, także wtedy gdy dla substancji tej nie ma autoryzowanego oświadczenia zdrowotnego. Pogląd ten jest zbieżny z obserwacjami przeprowadzonymi w ramach programu „CYMBOL". W świetle tego należałoby zastanowić się, czy zasadne jest ograniczenie na poziomie unijnym posługiwania się sformułowaniem „zawiera probiotyk".

W Polsce Główny Inspektor Sanitarny, opierając się na wytycznych z 2007 r., stoi na stanowisku, że komunikat „zawiera probiotyk" należy traktować jako oświadczenie, które obecnie jest niedozwolone. Jednocześnie organ ocenia zapis „probiotyk" jako możliwy do wskazania w oznakowaniu suplementu diety jako doprecyzowanie nazwy użytej substancji na podstawie § 5 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie składu oraz oznakowania suplementów diety („wymóg podania nazwy kategorii substancji odżywczych lub substancji charakteryzujących produkt lub wskazanie charakteru tych substancji").

Biorąc pod uwagę wyniki badań prowadzonych w ramach program „CLYMBOL", które wskazują, że większość konsumentów nie odróżnia poszczególnych rodzajów oświadczeń, nieuzasadnione wydaje się różnicowanie podejścia do używania terminu „probiotyk" i „zawiera probiotyk". Pogląd Głównego Inspektora Sanitarnego nie stanowi wiążącej interpretacji prawnej, jednakże w braku innych wytycznych na poziomie krajowym traktowany jest przez sektor spożywczy jako dominujący.

## 7. Oświadczenia dotyczące probiotyku poza Unią Europejską na przykładzie Kanady

W Kanadzie oświadczenie zdrowotne dotyczące probiotyku może składać się z jednego z poniższych przykładów:

– terminu „probiotyki" lub podobnych;
– „z korzystnymi kulturami probiotycznymi";
– „zawiera bakterie niezbędne dla zdrowego systemu";
– łacińska nazwa gatunku mikrobiologicznego zmodyfikowanego tak, aby sugerować korzyści dla zdrowia.

Oświadczenie zdrowotne dotyczące probiotyku może być przedstawione w formie tekstu lub grafiki, na etykietach żywności lub w reklamach w sposób sugerujący, że dana żywność zapewnia korzyści zdrowotne.

W odniesieniu do żywności wyróżnione są dwa rodzaje oświadczeń: oświadczenia specyficzne dla konkretnego szczepu i oświadczenia niezwiązane z określonym szczepem bakterii. Oświadczenia specyficzne dla danego szczepu są oświadczeniami o korzyściach zdrowotnych lub działaniu określonych szczepów probiotyków. Do dnia sporządzenia tego artykułu Candian Food Inspection Agency nie zaakceptowało żadnych oświadczeń tego typu. Oświadczenia nieodnoszące się do konkretnego szczepu bakterii zostały zaakceptowane przez kanadyjski urząd. Dozwolone są następujące oświadczenia dla probiotyków:

– *Probiotyk, który naturalnie tworzy część flory jelitowej*;
– *Dostarcza żywe mikroorganizmy, które naturalnie tworzą część flory jelitowej*;

– *Probiotyk, który przyczynia się do zdrowej flory jelitowej;*

– *Dostarcza żywe mikroorganizmy, które przyczyniają się do zdrowej flory jelitowej*.

Powyższe oświadczenia mogą być stosowane w odniesieniu do podanych przez urząd szczepów bakterii, a nazwa łacińska i gatunek tych, które użyto w produkcie, muszą towarzyszyć oświadczeniu zdrowotnemu.

## 8. Podsumowanie

Dokonana analiza przepisów prawa unijnego regulujących stosowanie oświadczeń żywieniowych i zdrowotnych oraz określeń o charakterze rodzajowym, a także przedstawienie głosów sektora spożywczego i praktyki niektórych państw członkowskich Unii Europejskiej oraz Kanady prowadzi do wniosku, że regulacja unijna związana ze stosowaniem sformułowania „probiotyk" i „zawiera probiotyk" oraz polityka organów unijnych w tym zakresie nie jest pozbawiona wad i zawiera liczne sprzeczności.

Analizując funkcjonowanie oświadczeń na temat probiotyków we Włoszech i Kanadzie, warto byłoby rozważyć na poziomie ustawodawstwa unijnego przyjęcie niektórych rozwiązań. Wydaje się, że obecnie najlepszym i najszybszym do wcielenia środkiem byłoby uznanie na poziomie unijnym zarówno terminu „probiotyk", jak i deklaracji „zawiera probiotyk" za oświadczenie żywieniowe. Takie rozwiązanie pozwoliłoby na wyjście branży spożywczej ze swego rodzaju impasu w zakresie komunikacji produktowej żywności z probiotykami.

Jednocześnie pozostawiłoby to otwartą drogę na autoryzację oświadczeń zdrowotnych dla poszczególnych szczepów bakterii probiotycznych.

## Bibliografia

FAO/WHO, Report of a Joint FAO/WHO Expert Consultation on Evaluation of Health and Nutritional Properties of Probiotics in Food Including Powder Milk with Live Lactic Acid Bacteria, http://www.fao.org/3/a-a0512e.pdf; (dostęp w dniu 29.11.2018 r.).

Guarner, F., Schaafsma G. J. (1998). Probiotics. *International Journal of Food Microbiology*, (39), 237.

http://www.federsalus.it/drive/File/documenti_news/1510216739EHPM%20Press%20release%20081117.pdf; (dostęp w dniu 23.11.2018 r.).

http://www.ipaeurope.org/about.php?ID=1; (dostęp z dnia 24.11.2018 r.).

Jach, M. i in. (2013). Probiotyki — aspekty funkcjonalne i technologiczne. *Postępy mikrobiologii*, *52*(2), 161.

Rozporządzenie (WE) nr 1924/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 2006 r. w sprawie oświadczeń żywieniowych i zdrowotnych dotyczących żywności (Dz. Urz. UE. L Nr 404 z dnia 30.12.2016 r., s. 9–25).

Rozporządzenie Komisji (WE) nr 353/2008 z dnia 18 kwietnia 2008 r. ustanawiające przepisy wykonawcze w odniesieniu do wniosków o wydanie zezwolenia na stosowanie oświadczeń zdrowotnych zgodnie z art. 15 rozporządzenia (WE) nr 1924/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. U. UE. L. 2008.109.11 z dnia 19.04.2008 r., s. 44–49).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1169/2011 z dnia 25 października 2011 r. w sprawie przekazywania konsumentom informacji na temat żywności, zmiany rozporządzeń Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1924/2006 i (WE) nr 1925/2006 oraz uchylenia dyrektywy Komisji 87/250/EWG, dyrektywy Rady 90/496/EWG, dyrektywy Komisji 1999/10/WE, dyrektywy 2000/13/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, dyrektyw Komisji 2002/67/WE i 2008/5/WE oraz rozporządzenia Komisji (WE) nr 608/2004 (Dz. U. UE. L. 2011.304.18).

Rozporządzenie (WE) nr 1924/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 2006 r. w sprawie oświadczeń żywieniowych i zdrowotnych dotyczących żywności (Dz. Urz. UE. L Nr 404 z dnia 30.12.2016 r., s. 9–25).

Rozporządzenie Komisji (UE) 2018/199 z dnia 9 lutego 2018 r. w sprawie odmowy udzielenia zezwolenia na oświadczenie zdrowotne dotyczące żywności, inne niż odnoszące się do zmniejszenia ryzyka choroby oraz rozwoju i zdrowia dzieci (Dz. U. UE. L. 2018.38.9 z 10.02.2018 r., s. 9–10).

Rozporządzenie Komisji (UE) nr 1171/2011 z dnia 16 listopada 2011 r. w sprawie odmowy udzielenia zezwolenia na niektóre oświadczenia zdrowotne dotyczące żywności inne niż odnoszące się do zmniejszenia ryzyka choroby oraz rozwoju i zdrowia dzieci (Dz. U. UE. L. 2011.299.4 z dnia 17.11.2011 r., s. 4–6).

Rozporządzenie Komisji (UE) nr 379/2012 z dnia 3 maja 2012 r. w sprawie odmowy udzielenia zezwolenia na niektóre oświadczenia zdrowotne dotyczące żywności inne niż odnoszące się do zmniejszenia ryzyka choroby oraz rozwoju i zdrowia dzieci (Dz. U. UE. L. 2012.119.12 z dnia 4.05.2012, s. 12–13).

Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 9 października 2007 r. w sprawie składu oraz oznakowania suplementów diety (Dz. U. z 2018 r. poz. 1951).

Stały Komitet ds. Łańcucha Żywnościowego i Zdrowia Zwierząt (2006). Wskazówki dotyczące wdrażania Rozporządzenia nr 1924/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 2006 r. w sprawie oświadczeń.

Stały Komitet ds. Łańcucha Żywnościowego i Zdrowia Zwierząt (2007). Wskazówki dotyczące wdrażania Rozporządzenia nr 1924/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 14 grudnia 2007 r.

Wojciechowski, P. (2017). Zakres delegacji dla Komisji w zakresie informacji na temat żywności (436). W: M. Korzycka, P. Wojciechowski, *System prawa żywnościowego*. Warszawa.

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.22

# Wzmocnienie pozycji prawnej i rozwój kompetencji Międzyamerykańskiej Komisji Praw Człowieka

## Strengthening the legal position and competence development of the Inter-American Commission on Human Rights

*mgr Aldona Jolanta Łasińska*

E-mail: aldonalasinska18@gmail.com

**Streszczenie**

Międzyamerykański system ochrony praw człowieka ukształtował się w ramach Organizacji Państw Amerykańskich. Statut organizacji, zwany Kartą OPA lub Kartą z Bogoty, został przyjęty na IX Międzyamerykańskiej Konferencji w Bogocie w 1948 r., podczas której została uchwalona także Amerykańska Deklaracja Praw i Obowiązków Człowieka. Na straży przestrzegania norm, praw i wolności na terytorium obu Ameryk stoją Międzyamerykańska Komisja Praw Człowieka oraz Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka, które stanowią główne instytucje międzyamerykańskiego systemu ochrony praw człowieka. Międzyamerykańska Komisja Praw Człowieka powstała w 1959 r. na mocy rezolucji przyjętej na V Konferencji Konsultacyjnej Ministrów Spraw Zagranicznych. Pierwszy statut Komisji, nadany w 1960 r., przyznawał jej szerokie kompetencje, które zostały od tego czasu jeszcze uzupełnione, a pozycja Komisji uległa wzmocnieniu wraz z wejściem w życie Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka. Głównym zadaniem Komisji jest upowszechnianie przestrzegania i ochrony praw człowieka oraz pełnienie funkcji konsultacyjnej w tym zakresie. Jej główną kompetencją jest natomiast możliwość przyjmowania petycji składanych przez osoby indywidualne, grupy osób lub każdą organizację pozarządową uznaną chociaż w jednym państwie członkowskim OPA. Komisja posiada ponadto prawo kierowania spraw do Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka.

**Słowa kluczowe:** Komisja, OPA, prawa człowieka, petycje.

**Summary**

Inter-American system for the protection of human rights was form within the framework of the Organization of American States. The Charter of the OAS, called the OAS Charter or the Bogota Charter, was signed at the Ninth International Conference of American States of 30 April 1948 in Bogota, where the American Declaration of the Rights and Duties of Man was also adopted at the same time. The two principal and autonomous institutions within the Inter-American system are: the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court on Human Rights, whose mission is to ensure the observance of norms, rights and freedoms in the American hemisphere. The Commission was created in 1959 and her first Statute of 1960, granted her broad competences, which have been extended since then. The position of the Commission has been strengthened with the adoption of the American Convention on Human Rights. The main function of the Commission is to promote the observance and protection of human rights and to serve as a consultative organ in these matters. The Commission has the competence to consider the petitions regarding alleged violations of the human rights, lodged by any person or group of persons, or any nongovernmental entity legally recognized in any member state of the organization. The Commission has also the right to refer cases to the Inter-American Court of Human Rights.

**Key words:** Commission, OAS, human rights, petitions.

### 1. Powstanie Międzyamerykańskiej Komisji Praw Człowieka

Międzyamerykański system ochrony praw człowieka ukształtował się w ramach Organizacji Państw Amerykańskich (OPA) utworzonej na IX Międzyamerykańskiej Konferencji w Bogocie w 1948 r. Organizacja została powołana w celu osiągnięcia pokoju, porządku i sprawiedliwości, promowania solidarności oraz wzmocnienia współpracy w regionie (ang. *Charter of the Organization of American States*). W skład OPA wchodzą obecnie wszystkie państwa obu Ameryk. Podczas Konferencji w Bogocie, 30 kwietnia 1948 r. uchwalona została także Amerykańska Deklaracja Praw i Obowiązków Człowieka, która rozpoczęła kształtowanie

międzyamerykańskiego systemu ochrony praw człowieka. Warto zaznaczyć, że została ona przyjęta kilka miesięcy wcześniej niż Powszechna Deklaracja Praw Człowieka. Od czasu Konferencji w Bogocie i utworzenia OPA, przyjęto szereg międzynarodowych instrumentów w zakresie promocji i ochrony praw człowieka na terytorium obu Ameryk (Sokołowski, 2009, s. 123–124).

Artykuł 39 Karty z Bogoty, niezmienionej późniejszymi protokołami, ustanowił Konferencje Konsultacyjne Ministrów Spraw Zagranicznych, które miały odbywać się w celu rozważenia naglących problemów lub wspólnych spraw państw członkowskich oraz stanowić organ konsultacyjny organizacji (ang. *Charter of the OAS*). Podczas V Konferencji Konsultacyjnej, która odbyła się w Santiago, Chile w dniach 12–18 sierpnia 1959 r. podjęto kolejne ważne inicjatywy. Dalszy rozwój ochrony praw człowieka został uznany za warunek konieczny do osiągnięcia wolności, sprawiedliwości i pokoju w regionie. Konferencja wskazała na postępy jakie w obszarze praw człowieka osiągały Organizacja Narodów Zjednoczonych i Rada Europy. W przyjętej wówczas rezolucji postanowiono o utworzeniu Międzyamerykańskiej Komisji Praw Człowieka, złożonej z siedmiu członków wybieranych indywidualnie przez Radę OPA spośród trzech kandydatów zaproponowanych przez każde z państw członkowskich. Rada OPA miała ponadto określać jej strukturę organizacyjną i kompetencje (Final Act, 1959).

Utworzenie Międzyamaerykańskiej Komisji Praw Człowieka decyzją ministrów spraw zagranicznych wzbudziło pewne kontrowersje w zakresie jej pozycji i kompetencji. Zgodnie z art. 33 pierwotnej Karty z Bogoty, prawo do określania struktury organizacji i powoływania nowych organów przysługiwało wyłącznie Międzyamerykańskiej Konferencji, a nie Konferencji Konsultacyjnej Ministrów Spraw Zagranicznych. Z tego powodu powstała wątpliwość czy Komisja stanowiła organ OPA. Co oczywiste, nie była ona wymieniona wśród organów OPA w pierwotnym brzmieniu Karty z Bogoty (ang. *Charter of the OAS*).

## 2. Pierwsze kompetencje Międzyamerykańskiej Komisji Praw Człowieka

Rada OPA zatwierdziła pierwszy Statut Komisji 25 maja 1960 r. i wybrała jej pierwszych członków 29 czerwca 1960 r. (Final Act, 1962). W rocznym raporcie Komisji z 1976 r. wspomniano o pierwotnej strukturze organizacyjnej i niektórych kompetencjach, jakie Komisja posiadała na mocy pierwszego Statutu. Zgodnie z art. 1 Statutu, Komisja była autonomicznym organem OPA powołanym do promowania poszanowania praw człowieka, rozumianych, jak stanowił art. 2, zgodnie z postanowieniami Amerykańskiej Deklaracji Praw i Obowiązków Człowieka. Odesłanie to miało doniosłe konsekwencje, ponieważ zmieniło charakter prawny Deklaracji, która z niewiążącego dokumentu, stała się instrumentem obowiązującym wszystkie państwa członkowskie OPA. Statut zachował strukturę Komisji przyjętą w rezolucji z 1959 r. Miała się ona składać z siedmiu członków, wybieranych na czteroletnią kadencję i posiadających obywatelstwo jednego z państw członkowskich, ale reprezentujących i działających w imieniu całej organizacji. W składzie Komisji mógł zasiadać tylko jeden obywatel danego państwa. Statut przyznał Stałej Radzie OPA uprawnienie do wyboru członków spośród trzech kandydatów przedstawionych przez każdy rząd członkowski. Komisja ze swego grona dokonywała następnie wyboru bezwzględną większością głosów Przewodniczącego i Wiceprzewodniczącego na dwuletnią kadencję. Członek Komisji mógł pełnić funkcję co najwyżej dwukrotnie. Zgodnie z art. 11 Statutu, Komisja obradowała na sesjach zwyczajnych, które miały trwać najwyżej osiem tygodni i odbywać się raz lub dwa razy w ciągu roku, jak również mogła zwołać sesje specjalne. Art. 11c wyznaczył Waszyngton jako miejsce stałej siedziby Komisji, ale przewidział także możliwość jej przeniesienia na terytorium innego państwa obu Ameryk na podstawie decyzji Komisji przyjętej bezwzględną większością głosów i za zgodą zainteresowanego państwa. Na mocy art. 14 Statutu obsługą techniczną i administracyjną miał się zajmować Sekretariat Komisji, którego personel wyznaczał Sekretarz Generalny OPA (IACHR Annual Report, 1976).

Pierwotne kompetencje Komisji zostały określone w art. 9 pierwszego Statutu. Podstawowym zadaniem Komisji było rozwijanie świadomości narodów obu Ameryk w zakresie praw człowieka. Także w ramach tych zagadnień Komisja miała pełnić funkcję organu doradczego wobec OPA. Ponadto Komisja została uprawniona do wystosowywania ogólnych zaleceń do rządów państw członkowskich OPA, jeśli uznała to za uzasadnione. Mogła ona zalecać przyjęcie środków prewencyjnych zgodnych z konstytucyjnymi zasadami w ramach krajowego ustawodawstwa, które przyczyniały się do ochrony i przestrzegania praw człowieka. Komisja uzyskała kompetencje, które dawały możliwość występowania do państw członkowskich OPA o przekazanie jej informacji o podjętych przez nie działaniach na rzecz praw człowieka. Jej zadaniem było również przeprowadzanie badań i przygotowywanie raportów (IACHR Annual Report, 1976). Komisja natychmiast przystąpiła do pracy i od 1961 r. prowadzi „wizytacje na miejscu", które polegają na obserwacji ogólnej sytuacji w zakresie praw człowieka w danym państwie lub są prowadzone w celu zbadania konkretnej sprawy (Final Act, 1962).

Rewizja Statutu Komisji stała się przedmiotem obrad VIII Konferencji Konsultacyjnej Ministrów Spraw Zagranicznych, która odbyła się w Punta del Este w Urugwaju w dniach 22–31 stycznia 1962 r. Kompetencje i atrybuty Komisji zostały uznane wówczas za nieadekwatne, przez co nie była ona w stanie należycie wypełnić powierzonych jej zadań. Zwrócono jednocześnie uwagę na wyraźny związek między przypadkami naruszeń praw człowieka a napięciem w stosunkach międzynarodowych, które zagraża harmonii, pokojowi i jedności półkuli zachodniej. W związku z tym wezwano do przyspieszenia rozwoju w zakresie wspólnej ochrony praw człowieka. Zalecono zatem, aby Rada OPA poprawiła Statut Komisji, czyli poszerzyła i wzmocniła jej kompetencje w stopniu umożliwiającym dalsze skuteczne przyczynianie się do poszanowania praw człowieka (Final Act, 1962).

Pierwszy Statut Komisji obowiązywał do listopada 1965 r., kiedy Druga Specjalna Międzyamerykańska Konferencja, która odbyła się w Rio de Janeiro w Brazylii, uchwaliła Rezolucję XXII zatytułowaną: „Rozszerzone funkcje Międzyamerykańskiej Komisji Praw Człowieka". Statut i kompetencje Komisji miały ulec zmianie zgodnie z postanowieniami rezolucji, która nadała Komisji prawo rozpatrywania przedkładanych jej sprawozdań i badania wszelkich dostępnych informacji. Najistotniejszą zmianę stanowiło przyznanie jej prawa do przyjmowania skarg indywidualnych dotyczących naruszeń praw człowieka. Rezolucja wymieniła artykuły Amerykańskiej Deklaracji Praw i Obowiązków Człowieka, w zakresie których Komisja posiadała kompetencje. Były to: prawo do życia, wolności i bezpieczeństwa (art. I), zasada równości wobec prawa (art. II), wolność religii i wyznania (art. III), wolność opinii i swobodnego wyrażania poglądów (art. IV), prawo do sprawiedliwego procesu (art. XVIII), gwarancje przed arbitralnym aresztowaniem (art. XXV) oraz prawo do rzetelnego procesu prawnego (art. XXVI; Resolution XXII, 1965).

Od tej chwili Komisja została także upoważniona do występowania do rządów wszystkich państw obu Ameryk o dostarczenie niezbędnych informacji, a gdy uznała to za stosowne, mogła udzielać zaleceń, celem skuteczniejszego przestrzegania podstawowych praw człowieka. Ponadto Komisja została zobowiązana do sporządzania rocznego raportu dla Międzyamerykańskiej Konferencji lub Konferencji Konsultacyjnej Ministrów Spraw Zagranicznych. Raport ten miał dotyczyć postępów osiągniętych w zakresie realizacji celów wymienionych w Amerykańskiej Deklaracji Praw i Obowiązków Człowieka oraz określać obszary, w których konieczne były dalsze działania. W sporządzaniu raportów Komisja mogła opierać się nie tylko na kierowanych do niej sprawozdaniach, ale również na wszelkich wiadomych jej informacjach. Oznacza to, że Komisja posiadała szerokie kompetencje kontrolne, była uprawniona do monitorowania ogólnej sytuacji oraz mogła zawiadamiać o poszczególnych przypadkach naruszeń praw człowieka. Komisja mogła podjąć stosowne czynności dopiero po wyczerpaniu należycie przeprowadzonych środków krajowych (Resolution XXII, 1965).

Oprócz Statutu Komisji, zmianie uległ także jej Regulamin, do którego wprowadzono przepisy proceduralne rozpatrywania skarg indywidualnych. Warunkiem wstępnym podjęcia działań przez Komisję było stwierdzenie należytego zastosowania i wyczerpania wewnętrznych środków prawnych. Kolejnym warunkiem było ograniczenie terminu na złożenia skargi do 6 miesięcy od podjęcia w danym państwie decyzji ostatecznej lub od dnia, w którym skarżący dowiedział się o nieprawidłowościach krajowego procesu odwoławczego, albo opóźnienie w podjęciu decyzji ostatecznej było nieusprawiedliwione. Komisja została wyposażona w prawo do żądania informacji od rządu danego państwa, który był zobowiązany do wypowiedzenia się w sprawie w terminie 180 dni licząc od dnia przekazania skargi. Jeśli tego nie uczynił, przedstawione zarzuty były uznane za prawdziwe. Komisja mogła przedłużyć termin tylko w przypadkach, które uznała za uzasadnione. Jeśli naruszenie praw człowieka zostało potwierdzone, do zadań Komisji należało przygotowanie raportu w sprawie i skierowanie odpowiedniego zalecenia do właściwego rządu. Obowiązkiem państwa było zastosowanie się do zalecanych środków w rozsądnym terminie. W przeciwnym przypadku Komisja mogła umieścić swoje obserwacje w rocznym raporcie sporządzanym dla Zgromadzenia Ogólnego OPA. Raport Komisji podlegał publikacji dopiero, gdy Zgromadzenie Ogólne OPA nie zgłosiło własnych uwag, a państwo nadal nie zastosowało się do zaleceń Komisji (Resolution XXII 1965).

## 3. Międzyamerykańska Komisja Praw Człowieka jako organ Organizacji Państw Amerykańskich

Status prawny Komisji uległ ponownemu wzmocnieniu w wyniku Protokołu Zmiany Karty OPA przyjętego podczas Trzeciej Specjalnej Międzyamerykańskiej Konferencji w Buenos Aires w lutym 1967 r. Na mocy art. XII Protokołu z Buenos Aires, zmieniającego art. 51 Karty OPA, Komisja została uznana za organ statutowy OPA (Protocol of Amendment, 1967). W Karcie OPA, zmodyfikowanej czterokrotnie przez Protokoły z: Buenos Aires w 1967 r., Cartagena de Indias w 1985 r., Waszyngtonu w 1992 r. i Managua w 1993, Komisja jest wymieniana w art. 53 wśród organów organizacji. Zgodnie z art. 106 Karty OPA, jej podstawowym zadaniem jest promocja ochrony i przestrzegania praw człowieka oraz pełnienie w tych sprawach funkcji organu konsultacyjnego OPA (ang. *Charter of the OAS*). Tym samym problematyczna pozycja prawna Komisji została uregulowana. W Protokole z Buenos Aires postanowiono ponadto o umieszczeniu przepisów dotyczących struktury, procedury i kompetencji Komisji, określanych dotychczas przez Radę OPA, w Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka. Ponieważ Konwencja nie została wówczas jeszcze uchwalona, zgodnie z art. 150 Protokołu, do czasu jej wejścia w życie, Komisja miała funkcjonować według dotychczasowych zasad (Michalska, 1980, s. 77).

Amerykańska Konwencja Praw Człowieka została przyjęta 22 listopada 1969 r. podczas Specjalnej Międzyamerykańskiej Konferencji Praw Człowieka, która odbyła się w San Jose w Kostaryce. Konwencja weszła w życie 18 lipca 1978 r., określiła aktualną strukturę i kompetencje Komisji oraz raz jeszcze umocniła jej pozycję. W art. 33 Konwencji wskazano dwa organy posiadające kompetencje niezbędne do realizowania postanowień przyjętych przez Państwa–Strony, były to Międzyamerykańska Komisja Praw Człowieka i Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka (Amerykańska Konwencja Praw Człowieka).

Zgodnie z Konwencją, Komisja reprezentuje wszystkie państwa członkowskie OPA. Składa się z siedmiu członków posiadających doświadczenie w dziedzinie praw człowieka oraz będących osobami o nieskazitelnym charakterze. Prawo wyboru członków nie należy już do Stałej Rady OPA i posiada je obecnie Zgromadzenie Ogólne OPA. Jedynie w sytuacji opróżnienia miejsca z przyczyn innych niż zwykłe wygaśnięcie mandatu, Stała Rada OPA zachowała swoje uprawnienia

i jest w stanie dokonać wyboru nowego komisarza. Każde państwo członkowskie może przedstawić do trzech kandydatów, będących obywatelami któregokolwiek z nich. Zmieniono zatem liczbę osób proponowanych na komisarzy z trzech na maksymalnie trzech. Ponadto w sytuacji gdy zaproponowane są trzy osoby, przynajmniej jedna z nich powinna posiadać obywatelstwo inne niż państwa przedkładającego kandydatów. Kadencja Komisji trwa cztery lata, a jej członkami w ramach jednej kadencji nie mogą być obywatele tego samego państwa. Co więcej, Zgromadzenie Ogólne OPA bezpośrednio po wyborach wyznacza w drodze losowania trzech komisarzy, których mandaty wygasają z upływem dwóch lat. Dana osoba może zasiadać w jej składzie najwyżej dwukrotnie. Stała Rada OPA utraciła także prawo do zatwierdzania Statutu Komisji, które posiada obecnie Zgromadzenie Ogólne OPA. Statut i Regulamin Komisji są opracowywane przez nią samą (Amerykańska Konwencja Praw Człowieka).

Funkcje Komisji zostały wyliczone w części drugiej rozdziału Konwencji poświęconego omawianemu organowi. Konwencja powtórzyła uprawnienia Komisji posiadane w jej stosunkach z państwami członkowskimi OPA, czyli wydawanie zaleceń, prowadzenie badań i przygotowywanie raportów oraz występowanie do państw o informacje. Ponownie za główne zadanie Komisji uznano promowanie poszanowania i ochrony praw człowieka oraz zobowiązano ją do przedkładania rocznego raportu Zgromadzeniu Ogólnemu OPA. Nową funkcją Komisji było udzielanie odpowiedzi na zapytania państw w sprawach związanych z prawami człowieka oraz w miarę możliwości zapewnianie im usług doradczych. Sekretariat Generalny OPA został wyznaczony do pełnienia roli pośrednika. Komisja została także uprawniona do rozpatrywania petycji. Ponadto jej zadania polegały na prowadzeniu działań popierających ustanowione w Karcie OPA standardy gospodarcze, socjalne, oświatowe, naukowe i kulturalne. Zgodnie z art. 42 Konwencji, Państwa-Strony zostały zobowiązane do przekazywania Komisji każdego raportu i sprawozdania, które corocznie przedkładają do Komitetu Wykonawczego Międzyamerykańskiej Rady Gospodarczej i Społecznej oraz Międzyamerykańskiej Rady do Spraw Oświaty, Nauki i Kultury, jak również do udzielania Komisji wymaganych przez nią informacji o sposobie realizacji postanowień Konwencji (Amerykańska Konwencja Praw Człowieka).

## 4. Rozpatrywanie petycji przez Międzyamerykańską Komisję Praw Człowieka

Jedną z procedur Komisji jest rozpatrywanie petycji, czyli skarg lub zawiadomień o naruszeniu Konwencji w zakresie praw człowieka przez Państwo-Stronę, składanych przez osoby indywidualne, grupy osób lub każdą organizację pozarządową uznaną chociaż w jednym państwie członkowskim OPA. Prawo z art. 44 Konwencji jest automatyczne. Natomiast w zakresie rozpatrywania skarg między Państwami-Stronami o naruszeniu praw człowieka zawartych w Konwencji, Komisja jest właściwa tylko, gdy zarówno państwo występujące ze skargą, jak i państwo przeciwko któremu wniesiono zawiadomienie, uczyniły stosowne oświadczenia o uznaniu jej kompetencji. Istnieją trzy możliwości złożenia tej deklaracji: jednocześnie z dokumentem ratyfikacji, podczas późniejszego przystąpienia do Konwencji lub w dowolnym dalszym terminie. Państwo może przyjąć kompetencje Komisji na czas nieograniczony, na czas oznaczony lub tylko dla konkretnej sprawy. Deklaracje składane są w Sekretariacie Generalnym OPA, który przekazuje ich kopie pozostałym państwom (Amerykańska Konwencja Praw Człowieka).

Obowiązujący obecnie Regulamin Komisji z 2009 r. rozszerzył przedmiot petycji, które mogą dotyczyć nie tylko naruszenia przepisów Konwencji, ale również postanowień innych dokumentów, takich jak: Amerykańska Deklaracja Praw i Obowiązków Człowieka, Protokół dodatkowy do Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka o prawach gospodarczych, społecznych i kulturalnych „Protokół z San Salvador", Protokół do Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka o zniesieniu kary śmierci, Międzyamerykańska konwencja o zapobieganiu torturom i ich karaniu, Międzyamerykańska konwencja przeciwko wymuszonemu znikaniu osób, Międzyamerykańska konwencja o przemocy wobec kobiet „Konwencja z Belém do Pará". Pojedyncze osoby, grupy osób lub organizacje mogą wnosić petycje zarówno we własnych sprawach, jak i na rzecz osoby trzeciej. Ponadto sama Komisja może rozpocząć postępowanie, jeśli uzna istnienie stosownych przesłanek. Do niej należy także możliwość podziału sprawy z petycji, jeśli dotyczy ona kilku osób lub przedstawia różne wydarzenia. Komisja może również połączyć dwie lub więcej petycji, gdy odnoszą się do tych samych osób lub ujawniają podobne fakty (Rules of Procedure, 2009).

Wymogi dopuszczalności petycji zostały określone w art. 46 Konwencji. Pierwszym warunkiem jest wyczerpanie krajowych środków odwoławczych, przeprowadzonych zgodnie z zasadami prawa międzynarodowego. Sprawa nie może też być już rozpatrywana w ramach innej międzynarodowej procedury. Termin na złożenie petycji wynosi 6 miesięcy od dnia powiadomienia strony podnoszącej naruszenie jej praw o ostatecznym orzeczeniu, Ponadto skarga wnoszona przez osobę fizyczną, musi zawierać jej: nazwisko, obywatelstwo, zawód, miejsce zamieszkania i podpis. Jeśli jest to organ, wówczas dane mają dotyczyć jego przedstawiciela ustawowego. Szczegółowe wymogi formalne petycji zawiera Regulamin Komisji. Od czterech powyższych zasad Konwencja przewidziała pewne wyjątki. Wymóg wyczerpania krajowych środków odwoławczych i 6-miesięczny termin nie mają zastosowania w trzech przypadkach. Po pierwsze, gdy ustawodawstwo danego państwa nie zapewnia należytej ochrony praw będących przedmiotem petycji. Po drugie, kiedy dostęp do istniejących środków odwoławczy jest uniemożliwiony lub utrudniony na mocy przepisów krajowych. Po trzecie, w sytuacji nieuzasadnionej zwłoki przy wydawaniu ostatecznego orzeczenia. Niespełnienie powyższych wymogów uniemożliwia wniesienie petycji do Komisji. Petycja, aby była uznana za dopuszczalną, musi dotyczyć naruszenia praw zagwarantowanych w Konwencji oraz nie może być oczywiście bezzasadna

lub błędna. Niedopuszczalne jest wniesienie petycji rozpatrywanej wcześniej przez Komisję lub inną organizację międzynarodową (Amerykańska Konwencja Praw Człowieka). Jeśli jednak sprawa dotyczyła ogólnej analizy sytuacji praw człowieka i nie została podjęta szczegółowa decyzja, wówczas Komisja może zająć się sprawą. To samo ma miejsce gdy petycję wnosi bezpośrednio domniemana ofiara naruszenia, która poprzednim razem występowała tylko jako osoba trzecia (Rules of Procedure, 2009).

Regulamin Komisji różnicuje petycje na skierowane przeciwko Państwom-Stronom Konwencji oraz dotyczące naruszeń praw człowieka popełnione przez pozostałe państwa członkowskie OPA. W pierwszym przypadku można wyróżnić dwa rodzaje skarg i zawiadomień o naruszeniu Konwencji wnoszonych do Komisji. W zwykłych sprawach, jeśli Komisja uzna daną petycję za dopuszczalną, zwróci się wówczas do państwa podejrzanego o dokonanie naruszenia o ustosunkowanie się do przedstawionych zarzutów i udzielenia stosownych informacji. Jak stwierdza Konwencja, Komisja wyznaczy w tym celu rozsądny termin, odpowiedni dla właściwości każdej sprawy. Regulamin dokładnie określa ten termin, przyznając państwom trzy miesiące od chwili przesłania wniosku, z możliwością przedłużenia do czterech miesięcy w uzasadnionych przypadkach (Rules of Procedure, 2009). Przed wysłaniem odpowiedzi, państwo może zapoznać się z odpisem stosownych fragmentów petycji. W sytuacji braku odpowiedzi ze strony państwa, przyjmuje się domniemanie, że zarzuty podniesione w petycji są prawdziwe, o ile inne dowody temu nie przeczą. Jeśli na podstawie uzyskanych informacji lub po bezskutecznym upływie terminu lub w późniejszym terminie, Komisja stwierdzi bezpodstawność, niedopuszczalność lub błędy petycji, zarządzi zamknięcie sprawy. W innym przypadku rozpocznie badanie naruszenia wskazanego w skardze lub zawiadomieniu i może przeprowadzić stosowne śledztwo, jeżeli uzna to za konieczne i słuszne. Komisja jest wówczas uprawniona do żądania zapewnienia jej wszelkich udogodnień i dostarczenia niezbędnych informacji przez zainteresowane państwa. Strony mogą składać ustne lub pisemne oświadczenia (Amerykańska Konwencja Praw Człowieka).

Natomiast w sprawach poważnych i pilnych, wystarczającą przesłanką podjęcia sprawy przez Komisję jest samo spełnianie przez petycję wymogów formalnych. Prowadzenie działań na terytorium państwa podejrzanego o dokonanie naruszenia, wymaga jednak jego uprzedniej zgody (Amerykańska Konwencja Praw Człowieka). Katalog spraw z pierwszeństwem ich rozpatrzenia znajduje się w art. 29 Regulaminu Komisji. Sytuacje pilne zachodzą w szczególności, gdy domniemana ofiara to dziecko, osoba w podeszłym wieku, śmiertelnie chora lub pozbawiona wolności, albo gdy może zostać wykonana w stosunku do niej kara śmierci. Pod tę kategorię podlegają także petycje traktujące o stosowanych środkach zapobiegawczych lub tymczasowych. Zamiar państwa polubownego rozwiązania problemu również przyspiesza procedurę. Powyższa zasada jest ponadto stosowana jeśli szybsze przyjęcie decyzji może skutkować naprawieniem poważnych problemów i korzystnie wpłynie na prawa człowieka oraz jeśli przyczyni się ona do pozytywnych zmian prawnych i zapobiegnie powielaniu petycji (Rules of Procedure, 2009).

Komisja dąży do polubownego rozstrzygnięcia sprawy w oparciu o prawa człowieka uznane w Konwencji i w tym sensie oddaje się do dyspozycji skonfliktowanych stron na każdym etapie postępowania. Polubowne załatwienie sprawy kończy się sporządzeniem sprawozdania zawierającego krótki opis stanu faktycznego i wypracowanego rozwiązania. Do obowiązków Komisji należy sprawdzenie, czy domniemana ofiara zgodziła się dobrowolnie na postanowienia ugody. Na żądanie strony, należy dostarczyć jej możliwie najpełniejsze informacje. Komisja przekazuje sprawozdanie stronie, która wniosła petycję, Państwom-Stronom Konwencji oraz Sekretarzowi Generalnemu OPA, celem opublikowania dokumentu. Jeśli sprawa załatwiana na drodze polubownej nie zostanie rozstrzygnięta, wówczas przygotowane sprawozdanie zostanie przekazane jedynie zainteresowanym państwom, które nie będą mogły go opublikować. Sprawozdanie to zawiera fakty i wnioski oraz może przedstawiać zalecenia i rekomendacje, jak również zdania odrębne członków Komisji co do całości lub części dokumentu. Zainteresowane państwa mają 3 miesiące od daty przekazania sprawozdania na zastosowanie się do zaleceń Komisji i zakończenia sprawy. W tym samym 3-miesięcznym terminie zarówno Komisja, jak i zainteresowane państwa mogą skierować sprawę do Trybunału. Jeśli w tym czasie nie zostaną podjęte żadne działania, Komisja może bezwzględną większością głosów przyjąć opinię, w której przedstawi swoje zalecenia i wyznaczy państwu odpowiedni termin na naprawienie sytuacji. Ponowne głosowanie odbywa się po upływie przyznanego czasu, celem oceny działań państwa i konieczności publikacji sprawozdania. Jurysdykcja Trybunały dotyczy jedynie państw członkowskich, które zgodnie z art. 62 Konwencji, zaakceptowały jego zwierzchnictwo przez złożenie stosownego oświadczenia. Prawo do wniesienia sprawy do Trybunału posiadają zatem tylko te państwa oraz Komisja. Jeśli dane państwo nie zastosowało się do zaleceń Komisji i zaakceptowało jurysdykcję Trybunału, Komisja jest uprawniona do przekazania sprawy (Amerykańska Konwencja Praw Człowieka).

## 5. Statut Międzyamerykańskiej Komisji Praw Człowieka

Obecny Statut Komisji został określony w Rezolucji 447 uchwalonej podczas IX regularnej sesji Zgromadzenia Ogólnego OPA, która odbyła się w La Paz, Boliwia w dniach 22–31 października 1979 r. Statut ponownie potwierdził pozycję Komisji jako organu OPA, także o funkcji konsultacyjnej, powołanego do promowania przestrzegania i ochrony praw człowieka. Od tego momentu rozumienie praw człowieka nie ogranicza się już tylko do zakresu Amerykańskiej Deklaracji Praw i Obowiązków Człowieka, ale obejmuje także Amerykańską Konwencję Praw Człowieka, jednak jedynie odnośnie do jej Państw-Stron. Statut powtórzył i rozszerzył postanowienia Konwencji. Co najmniej na

6 miesięcy przed zakończeniem kadencji Komisji, Sekretarz Generalny wzywa na piśmie państwa członkowskie OPA do przedstawienia kandydatów w ciągu 90 dni. Sekretarz przekazuje państwom alfabetyczną listę zgłoszonych osób na co najmniej 30 dni przed kolejnym Zgromadzeniem Ogólnym OPA. Wybór członków Komisji, zgodnie z art. 5 statutu, odbywa się bezwzględną większością głosów w głosowaniu tajnym. Komisja wybiera następnie ze swego grona przewodniczącego oraz pierwszego i drugiego zastępcę na okres jednego roku z możliwością jednokrotnej reelekcji w okresie kadencji (Statute, 1979).

Statut określił ponadto obowiązki członków Komisji, takie jak konieczność udziału w zwyczajnych i specjalnych posiedzeniach, zarówno w stałej, jak i czasowej siedzibie Komisji. Komisarze są także zobowiązani do pracy w specjalnych komitetach powoływanych w celu przeprowadzania koneczych obserwacji w państwach oraz do wykonywania innych zleconych zadań. Możliwość uchylenia się od powyższych obowiązków istnieje tylko w uzasadnionych przypadkach. Konieczność zachowania absolutnej tajemnicy dotyczy spraw określonych przez Komisję. Statut zobowiązał ponadto komisarzy do przestrzegania wysokich standardów moralnych zarówno w życiu publicznym, jak i prywatnym. W sytuacji poważnego naruszenia któregokolwiek z czterech obowiązków, Komisja, po uprzednim wysłuchaniu komisarza, może zdecydować większością pięciu swoich członków o przekazaniu sprawy Zgromadzeniu Ogólnemu OPA, do którego należy decyzja o odwołaniu komisarza. Przez okres kadencji, członkowie Komisji posiadają przywileje tożsame z immunitetami, które zgodnie z prawem międzynarodowym przynależą przedstawicielom dyplomatycznym oraz korzystają z niezbędnych do wykonywania ich obowiązków immunitetów dyplomatycznych. Uprawnienia te przysługują jednak tylko w państwach członkowskich OPA będących stronami Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka. W pozostałych państwach członkowie Komisji posiadają tylko uprawnienia związane z pełnionym urzędem. Statut przewiduje jednak możliwość innego zakreślenia przywilejów komisarzy w dwustronnych lub wielostronnych umowach, które OPA może zawrzeć z państwami członkowskimi (Statute, 1979).

Statut powtórzył określone w Konwencji funkcje Komisji oraz rozszerzył je o prawo prowadzenia obserwacji bezpośrednio w danym państwie, za zgodą lub na zaproszenie jego rządu. Ponadto Komisja została zobowiązana do przedkładania programu swojego budżetu do Sekretariatu Generalnego, który przesyła go następnie Zgromadzeniu Ogólnemu OPA. Statut rozróżnił dodatkowe uprawnienia, które Komisja posiada względem Państw-Stron Konwencji oraz państw członkowskich OPA. Art. 19 Statutu rozszerzył jej funkcje w stosunku do sygnatariuszy Konwencji. Komisja może występować w określonych sprawach przed Międzyamerykańskim Trybunałem Praw Człowieka oraz konsultować się z nim w zakresie interpretacji postanowień traktatów poświęconych ochronie praw człowieka. Jeśli Komisja uzna to za konieczne, celem zapobiegnięcia nieodwracalnym szkodom, może zwrócić się do Trybunału o podjęcie tymczasowych środków w jeszcze nieprzekazanych poważnych i pilnych sprawach. Natomiast projekty protokołów o objęciu ochroną Konwencji nowych praw oraz proponowane poprawki, Komisja zgłasza do Zgromadzenia Ogólnego OPA. W stosunku do pozostałych państw członkowskich OPA, Komisja została dodatkowo uprawniona do kierowania zaleceń i późniejszej kontroli ich wykonania oraz zwracania się do rządów państw niebędących stronami Konwencji o informacje (Statute, 1979).

## 6. Inne kompetencje Międzyamerykańskiej Komisji Praw Człowieka

W systemie międzyamerykańskim funkcjonują również inne traktaty poświęcone ochronie poszczególnych kategorii osób. Na ich mocy Komisja uzyskała nowe uprawnienia. Jednym z takich dokumentów jest Międzyamerykańska konwencja o zapobieganiu torturom i ich karaniu przyjęta 12 września 1985 r. przez Zgromadzenie Ogólne OPA. Zgodnie z art. 17 Państwa-Strony zobowiązały się informować Komisję o środkach prawnych, sądowych, administracyjnych lub innych podjętych w celu realizacji postanowień traktatu. Komisja została natomiast uprawniona do zawarcia w rocznym raporcie analizy sytuacji w państwach członkowskich OPA również pod kątem zapobiegania torturom i ich wyeliminowania (Inter-American Convention, 1985). Kolejny przełomowy traktat, Międzyamerykańska konwencja o przemocy wobec kobiet, zwana Konwencją z Belém z 9 czerwca 1994 r., w art. 12 przyjął procedurę, na mocy której osoba, grupa osób lub organizacja pozarządowa uznana prawnie w chociaż jednym państwie członkowskim OPA mogą składać petycje do Komisji w sprawie nieprzestrzegania zobowiązań o zapobieganiu, karaniu i eliminowaniu przemocy wobec kobiet (Inter-American Convention A-61, 1994). W tym samym dniu, 9 czerwca 1994 r., przyjęto również Międzyamerykańską konwencję przeciwko wymuszonemu znikaniu osób, która zawierała takie same postanowienia. W art. 13 określono, że procedura petycji wnoszonych do Komisji i dotyczących zaginięcia osób, będzie się odbywać według przepisów Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka oraz Statutu i Regulaminu Komisji. Zgodnie z art. 14, w przypadku otrzymania przez Komisję petycji odnoszącej się do domniemanego przymusowego zniknięcia, jej Sekretariat w trybie pilnym i poufnym zwróci się do danego rządu o niezwłoczne dostarczenie informacji o miejscu pobytu rzekomo zaginionego (Inter-American Convention A-60, 1994). Podobne rozwiązania zawierają również Międzyamerykańska konwencja przeciwko rasizmowi, dyskryminacji rasowej i innym formom nietolerancji z 6 maja 2013 r. oraz Międzyamerykańska konwencja przeciwko wszelkim formom dyskryminacji i nietolerancji z 6 maja 2013 r.

## 7. Przyszłość Międzyamerykańskiej Komisji Praw Człowieka

Pozycja Międzyamerykańskiej Komisji Praw Człowieka ulega systematycznemu wzmocnieniu w ramach między-

amerykańskiego systemu ochrony praw człowieka. Jej kompetencje już w momencie powstania były szerokie, a kolejne traktaty dodatkowo je umocniły i rozszerzyły. Przyznane uprawnienia nie są tylko pustymi przepisami, lecz posiadają realne znaczenie. Komisja odegrała ogromną rolę w Ameryce Łacińskiej, zwłaszcza w okresie dyktatorskich rządów wojskowych reżimów. Czasy te cechowały się niezwykłą brutalnością, terrorem i brakiem poszanowania dla praw człowieka. Na całym kontynencie popełniano okropne zbrodnie. W zaistniałej sytuacji międzynarodowej zdecydowano o powołaniu Komisji celem promowania przestrzegania i ochrony praw człowieka. Rozpoczęła wizytacje państw i tworzyła pierwsze raporty, w których informowała o przypadkach naruszeń podstawowych praw i wolności. Dzięki swojej działalności, Komisja znacząco przyczyniła się do rozwoju demokracji w państwach regionu i ochrony praw człowieka. Wraz z uzyskaniem statusu organu Organizacji Państw Amerykańskich, jej sytuacja prawna została uregulowana. Na przestrzeni lat Komisja brała czynny udział w rozwiązywaniu problemów ludności i wprowadzaniu lepszych rozwiązań legislacyjnych. Liczba petycji i zakres spraw Komisji rosną z każdym rokiem. Oznacza to, że pomimo ogromnych osiągnięć i wprowadzonych zmian, w Ameryce Łacińskiej wciąż dochodzi do sytuacji łamania praw człowieka. Komisja nadal ma przed sobą wiele pracy, a jej pozycja może jeszcze się umocnić.

## Bibliografia


*Amerykańska Konwencja Praw Człowieka przyjęta w San José 22 listopada 1969 r.*, otwarta do podpisu 22.11.1969 r., weszła w życie 18.07.1978 r. Biblioteka Sejmowa, oprac. i przekł. Gronowska, B., Jasudowicz, T. i Mik, C., (1993). Toruń: Comer.

*Charter of the Organization of American States*, opened for signature 30 April 1948, entered into force 13 December 1952. Ninth International Conference of American States. Bogota: OAS, Treaty Series, NOS. 1-C AND 61.

*Final Act of the Eighth Meeting of Consultation of Ministers of Foreign Affairs. General Secretariat of the Organization of American States*, *Washington, D. C., (1962). Punta del Este: OEA/Ser. C/II. 8.*

*Final Act of the Fifth Meeting of Consultation of Ministers of Foreign Affairs. General Secretariat of the Organization of American States, Washington, D. C., (1959). Santiago: OEA/Ser. C/II. 5.*

*Inter-American Commission on Human Rights Annual Report 1976.* Inter-American Commission on Human Rights (1977). OEA/Ser. L/V/II. 40, doc. 5 corr. 1.

*Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons A-60*, opened for signature 09 June 1994, entered into force 28 March 1996. Twenty-Fourth Regular Session Of The General Assembly to the Organization Of American States, Belem do Para: General Secretariat, OAS Treaty Series.

*Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women „Convention of Belem do Para" A-61*, opened for signature 09 June 1994, entered into force 05 March 1995. Twenty-Fourth Regular Session Of The General Assembly to the Organization Of American States. Belem do Para: General Secretariat, OAS Treaty Series.

*Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture*, opened for signature 09 December 1985, entered into force 02 February 1987. Fifteenth Regular Session Of The General Assembly to the Organization Of American States. Cartagena De Indias: General Secretariat, OAS Treaty Series, No. 67.

Michalska, A. (1980). Prawa człowieka w systemie Organizacji Państw Amerykańskich. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, XLII (2), 71–87.

*Protocol of Amendment to the Charter of the Organization of American States: Protocol of Buenos Aires*. Third Special Inter-American Conference, (1967). Buenos Aires: General Secretariat, OAS Treaty Series, No. 1-A.

*Resolution XXII: Expanded functions of the Inter-American Comission on Human Rights, Inter-American Comission on Human Rights Annual Report 1976*. Inter-American Commission on Human Rights (1977). OEA/Ser. L/V/II. 40, doc. 5 corr. 1.

*Rules of Procedure of the Inter-American Commission on Human Rights*. 137th Regular Period of Sessions (2009). 147th Regular Period of Sessions, (2013).

Sokołowski, T. (2009). Prawa człowieka w innych organizacjach międzynarodowych (123–130). W: L. Koba, W. Wacławczyk (red.), *Prawa człowieka. Wybrane zagadnienia i problemy*. Warszawa: Wolters Kluwer.

*Statute of the Inter-American Commission on Human Rights*. Ninth Period of Sessions (1979). La Paz: Resolution, No. 447.

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.23

# Status pracowniczy osób niepełnosprawnych

## The employment status of people with disabilities

*mgr Daria A. Łubkowska*

E-mail: dar-san@wp.pl

**Streszczenie**

Osoby niepełnosprawne od zawsze były w społeczeństwach, jednak ich status społeczny i pracowniczy zmieniał się w zależności od okresu w dziejach. Obecnie prawa osób z niepełnosprawnościami są przedmiotem nie tylko regulacji krajowych, ale równieżÿ międzynarodowych. Przedmiotem niniejszego opracowania jest analiza regulacji prawnych dotyczących statusu pracowniczego osób niepełnosprawnych. W naszym kraju szereg uprawnień w zakresie czasu pracy, urlopów, a także wynagrodzenia za pracę przyznaje ustawa z 27 sierpnia 1997 roku o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Podkreślić należy, iż dodatkowe uprawnienia przysługują w większym zakresie osobom, które posiadają umiarkowany bądź znaczny stopień niepełnosprawności. Wątpliwości budzi jednak funkcjonowanie przyznanych przez ustawodawcę uprawnień w praktyce.

**Słowa kluczowe:** niepełnosprawny pracownik, prawo pracy, osoba niepełnosprawna, status pracowniczy, niepełnosprawność.

**Summary**

People with disabilities have always been in societies, but their social and employment status has changed depending on the period in history. Actually, the rights of people with disabilities are subject not only to national but also international regulations. The subject of this study is the analysis of legal regulations regarding the employment status of people with disabilities. In our country, a number of entitlements in the field of working time, holidays, as well as remuneration for work are granted by the Act of 27 August 1997 on Occupational and Social Rehabilitation and Employment of People with Disabilities. It should be emphasized that additional entitlements are granted to a greater extent to people who have moderate or significant disabilities. However, there are doubts about the functioning of the rights granted by the legislator in practice.

**Key words:** disabled emploee, labor law, disabled person, employment status, disability.

### 1. Pojęcie niepełnosprawności i osoby niepełnosprawnej

Pojęcie niepełnosprawności i osoby niepełnosprawnej w języku potocznym często stosuje się zamienne (Sierpowska, Kogut, 2010, s. 32). Niezbędne jest jednak ich rozróżnienie na gruncie prawa. Niepełnosprawnością zajmuje się wiele dziedzin, nie tylko prawo ale również nauki społeczne czy medycyna (Sierpowska, Kogut, 2010, s. 32). Status osoby niepełnosprawnej reguluje wiele krajowych, ale także międzynarodowych aktów prawnych. Na ten temat nie milczy również doktryna i orzecznictwo. Z punktu widzenia nauk społecznych niepełnosprawność to nazwa wyparta przez słowo „inwalidztwo", oznaczająca niemożność wykonywania rozmaitych czynności (Garbat, 2012, s. 21). Oprócz samego pojęcia „niepełnosprawność" istnieje również pojęcie „osoby niepełnosprawnej" oraz „ osoby z niepełnosprawnością", czyli osoby która posiada niepełnosprawność.

Już po II Wojnie Światowej społeczność międzynarodowa zajęła się problematyką niepełnosprawności. Jednym z pierwszych oficjalnych dokumentów była Deklaracja z 20 grudnia 1971 roku o prawach osób umysłowo opóźnionych. Osiem lat później uchwalono Deklarację praw osób głuchych i niewidomych, a w 1975 roku została przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ Deklaracja o prawach osób niepełnosprawnych. Właśnie na gruncie tego aktu pojawiła się jedna z pierwszych definicji osoby niepełnosprawnej rozumianej jako osoby (...) *niezdolnej, w rezultacie z brakiem wrodzonego lub nie wrodzonego w jej fizycznych lub umysłowych zdolności, do zapewnienia sobie całkowicie lub w części tego, co jest niezbędne do normalnego życia* (Sierpowska, Kogut, 2010, s. 32).

W 1980 roku definicję niepełnosprawności sklasyfikowała, działająca w ramach ONZ, Światowa Organizacja Zdrowia (dalej również jako: World Health Organization-WHO). W Międzynarodowej Klasyfikacji Uszkodzeń, Niepełnosprawności i Upośledzeń (ICIDH) (Barnes, Marcer,

2008, s. 22) termin ten określono biorąc pod uwagę aspekt biologiczny. Tym samym wyodrębniono:

– upośledzenie (ang. *impairment*);

– niepełnosprawność (ang. *disability*);

– inwalidztwo (ang. *handicap*; http://www.unic.un.org.pl/niepelnosprawnosc/definicja.php; (dostęp: 20.11.2018 r.).

W 2001 roku podczas 54 Światowego Zgromadzenia Zdrowia WHO uchwaliło Międzynarodową Klasyfikację Funkcjonowania, Niepełnosprawności i Zdrowia (ang. *International Classification of Functioning, Disability and Health* — ICF). Naturalnym skutkiem tego było uaktualnienie i ujednolicenie pojęcia niepełnosprawności. Tak też według ICF „niepełnosprawność jest szerokim pojęciem obejmującym upośledzenie, ograniczenie aktywności i restrykcje uczestniczenia (https://www.csioz.gov.pl/fileadmin/user_upload/Wytyczne/statystyka/icf_polish_version_56a8f7984213a.pdf; dostęp: 20.11. 2018 r.).

Określa ono negatywne aspekty interakcji pomiędzy jednostką (z określonym stanem chorobowym), a czynnikami wypływającymi z kontekstu, w którym znajduje się jednostka (czynniki środowiskowe i osobowe). Niestety definicja ta nie jest już tak precyzyjna jak ta zawarta w akcie prawnym z 1980 roku. Oprócz tego ICF wyodrębnia również upośledzenie, traktując je jako: (...) *utratę lub nieprawidłowość w zakresie struktury ciała lub funkcji fizjologicznej (włącznie z funkcjami umysłowymi). Termin nieprawidłowość stosuje się tu ściśle w odniesieniu do istotnej zmiany w porównaniu do ustalonych norm statystycznych (tzn. jako odchylenie od średniej dla populacji w zakresie mierzonych norm wzorcowych) i powinien być używany wyłącznie w tym znaczeniu* (ttps://www.csioz.gov.pl/fileadmin/user_upload/Wytyczne/statystyka/icf_polish_version_56a8f7984213a.pdf; dostęp: 20.11. 2018 r.).

Kolejną definicję na szczeblu międzynarodowym zaproponowała Międzynarodowa Organizacja Pracy w 1955 roku umieszczając ją w zaleceniu nr 99 odnoszącym się do rehabilitacji zawodowej osób niepełnosprawnych (Kuźnicki, Krupa, 1999, s. 15). Za osobę niepełnosprawną uważa się więc (...) *osobę, której perspektywy zapewnienia sobie i otrzymania odpowiedniego zatrudnienia są, w sposób istotny, zredukowane w rezultacie upośledzenia fizycznego lub umysłowego* (Kuźnicki, Krupa, 1999, s. 16–17). Ta sama organizacja w 1985 roku w art. 1 ust. 1 Konwencji nr 159 wskazała, iż (…) *określenie „osoba niepełnosprawna" oznacza osobę, której możliwości uzyskania i utrzymania odpowiedniego zatrudnienia oraz awansu zawodowego są znacznie ograniczone w wyniku właściwie orzeczonego ubytku zdolności fizycznych lub umysłowych* (ttp://www.mop.pl/doc/html/konwencje/k159.html; dostęp: 20.11.2018 r.).

W Polsce już sama ustawa zasadnicza zobowiązuje władze do stworzenia takich regulacji prawnych oraz mechanizmów, aby zrekompensować, wynikające z niepełnosprawności, ograniczenia również w zakresie zatrudnienia (Liszcz, 1999, s. 21). Realizacją tego obowiązku jest ustawa z 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, która definiuje niepełnosprawność jako (...) *trwałą lub okresową niezdolność do wypełniania ról społecznych z powodu stałego lub długotrwałego naruszenia sprawności organizmu, w szczególności powodującą niezdolność do pracy* (Dz. U. z 2018 poz. 511 ze zm.; dalej: ustawa o rehabilitacji).

Jednak sam fakt posiadania niepełnosprawności nie daje podstaw do korzystania z jakichkolwiek uprawnień, aby było to możliwe należy posiadać tzw. niepełnosprawność prawną, czyli niepełnosprawność stwierdzoną orzeczeniem o niepełnosprawności bądź o stopniu niepełnosprawności lub o całkowitej lub częściowej niezdolności do pracy (Dz. U. z 2018 poz. 511 ze zm.).

## 2. Niepełnosprawność prawna

### 2.1. Stopnie niepełnosprawności

W Polsce funkcjonuje system orzekania o niepełnosprawności i stopniu niepełnosprawności (Grzywacz, 2015, s. 13). Możemy go podzielić na ten, który ustala uprawnienia do świadczeń rentowych oraz system orzekania o niepełnosprawności (ie stosowany do celów rentowych; Dz. U. z 2018 poz. 511 ze zm.). Aby uzyskać status osoby niepełnosprawnej należy kumulatywnie spełnić dwie przesłanki:

– musi nastąpić ubytek w stanie zdrowia, który został spowodowany trwałym albo czasowym uszczerbkiem w sferze fizycznej, psychicznej lub umysłowej organizmu. Taki stan musi ponadto uniemożliwiać wykonywanie ról społecznych, w tym utrudniać bądź uniemożliwiać pracę (Cichy, 1998, s. 2);

– należy otrzymać orzeczenie stanowiące o zakwalifikowaniu do jednego z trzech stopni niepełnosprawności lub o częściowej, bądź całkowitej niezdolności do pracy albo orzeczenia stwierdzającego niepełnosprawność nabytą przed ukończeniem 16 roku życia (ustawa o rehabilitacji wymienia i określa trzy stopnie niepełnosprawności: lekki, umiarkowany i znaczny; Sierpowska, Kogut, 2010, s. 35).

Kumulatywność powyższych przesłanek stanowi warunek sine qua non uzyskania statusu osoby niepełnosprawnej w świetle polskiego ustawodawstwa (Sierpowska, Kogut, 2010, s. 35). Orzeczenie o stopniu niepełnosprawności otrzymuje osoba po ukończeniu 16 roku życia, zaś do ukończenia 16 roku życia wydawane jest orzeczenie o niepełnosprawności, w którym nie wskazuje się stopnia niepełnosprawności (Brząkowski, 2014, s. 13). Orzeczenie o częściowej bądź całkowitej niezdolności do pracy wydawane jest natomiast do celów rentowych na podstawie odrębnych przepisów (ustawa o rehabilitacji, art. 4a). Funkcjonuje również orzeczenie o wskazaniach do ulg i uprawnień, które wydawane jest osobom posiadającym orzeczenie lekarza orzecznika ZUS, albo orzeczenie o zaliczeniu do jednej z grup inwalidzkich albo orzeczenie KRUS wydane przed 1 stycznia 1998 r. Takie orzeczenie zawiera między innymi wskazania dotyczące zatrudnienia osoby, która je posiada (Brząkowski, 2014, s. 14).

### 2.2. Orzeczenie wydane przez Powiatowy Zespół do Spraw Orzekania o Niepełnosprawności a niezdolność do pracy orzekana przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych

Osoba niepełnosprawna może oprócz orzeczenia o stopniu niepełnosprawności uzyskać orzeczenie lekarza orzecznika Zakładu Ubezpieczeń Społecznych na podstawie przepisów ustawy o emeryturach i rentach z FUS (Jędrasik-Jankowska, 2002, s. 141). W tym przypadku można orzec o całkowitej bądź częściowej niezdolności do pracy i niezdolności do samodzielnej egzystencji (Jędrasik-Jankowska, 2012, s. 283–289). Orzeczenie o całkowitej niezdolności do pracy i niezdolności do samodzielnej egzystencji traktowane jest na równi z orzeczeniem o znacznym stopniu niepełnosprawności (Brząkowski, 2014, s. 14). Częściowa niezdolność do pracy kwalifikowana jest jako lekki stopień niepełnosprawności, zaś samo orzeczenie o całkowitej niezdolności do pracy jako umiarkowany stopień niepełnosprawności (ustawa o rehabilitacji, art. 5).

Ustawodawca w artykule 12 ustawy o emeryturach i rentach z FUS definiuje niezdolność do pracy jako częściową, bądź całkowitą utratę zdolności do pracy zarobkowej, wynikającą z naruszenia sprawności organizmu i brak rokowań odzyskania zdolności do pracy po przekwalifikowaniu. W przypadku całkowitej niezdolności do pracy osoba jest niezdolna do jakiejkolwiek pracy, częściowa niezdolność do pracy natomiast oznacza utratę w znacznym stopniu zdolności do pracy zgodnie z poziomem posiadanych kwalifikacji (ustawa o emeryturach i rentach z FUS, art. 12). Jeżeli lekarz orzecznik stwierdzi naruszenie sprawności organizmu w stopniu powodującym konieczność stałej lub długotrwałej opieki i pomocy innej osoby w zaspakajaniu podstawowych potrzeb życiowych orzeka o niezdolność do samodzielnej egzystencji (Ustawa o emeryturach i rentach z FUS, art. 13).

Zachowanie zdolności do pracy w określonych warunkach nie oznacza braku możliwości orzeczenia o całkowitej niezdolności do pracy przez lekarza orzecznika ZUS (ustawa o emeryturach i rentach z FUS, art. 13). Lekarz orzecznik w formie orzeczenia dokonuje oceny niezdolności do pracy, jej stopnia oraz daty powstania niezdolności, trwałości lub przewidywanego okresu niezdolności do pracy, związku przyczynowego niezdolności do pracy z określonymi okolicznościami, trwałości lub przewidywanego okresu niezdolności do samodzielnej egzystencji, a także celowości przekwalifikowania zawodowego (ustawa o emeryturach i rentach z FUS, art. 14). Od omawianego orzeczenia przysługuje sprzeciw do komisji lekarskiej w ciągu 14 dni od dnia doręczenia tego orzeczenia (ustawa o emeryturach i rentach z FUS, art. 14 ust. 2a). Orzeczenia o stopniu niepełnosprawności oraz o niezdolności do pracy i samodzielnej egzystencji nie są tożsame. Każde z nich uprawnia do innych ulg i zwolnień. Sąd Najwyższy wielokrotnie wypowiadał się w tej kwestii wskazując, że *orzeczenie stwierdzające znaczny stopień niepełnosprawności nie jest równoznaczne z orzeczeniem lekarza orzecznika organu rentowego o całkowitej niezdolności do pracy i niezdolności do samodzielnej egzystencji*. W wyroku z dnia 11 marca 2008 r. stwierdził natomiast, iż „legitymowanie się orzeczeniem o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności (art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, jednolity tekst: Dz. U. z 2008 nr 14, poz. 92 ze zm.) nie jest równoznaczne ze spełnieniem przesłanki całkowitej niezdolności do pracy, o której mowa w art. 4 ustawy z dnia 27 czerwca 2003 r. o rencie socjalnej (Dz. U. nr 135, poz. 1268 ze zm.). Ponadto same pojęcia osoby niepełnosprawnej oraz osoby niezdolnej do pracy nie są tożsame. Można bowiem być osobą niepełnosprawną (w rozumieniu przepisów ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych), a nie być osobą niezdolną do pracy i samodzielnej egzystencji (Jończyk, 2006, s. 121). Co więcej, jeżeli osoba uzyska status osoby niezdolnej do pracy automatycznie uznawana jest za osobę niepełnosprawną. Orzecznictwo sądów w tym przede wszystkim Sądu Najwyższego podkreśla, że (...) *zaliczenie do stopnia niepełnosprawności wiąże się z niezdolnością do wykonywania zatrudnienia, a nie z niezdolnością do pracy* (Postanowienie SN z dn. 16 grudnia 2005r., II UK 77/05, OSNP 2006, nr 23–24, poz. 372).

Niezdolność do prac może mieć wiele przyczyn. Z jednej strony możliwe jest jej powstanie w związku z chorobą, chorobą zawodową bądź wypadkiem przy pracy (Jędrasik-Jankowska, 2012, s. 258). Z drugiej strony może być skutkiem pierwotnej niepełnosprawności (czyli sytuacji gdy osoba jest niepełnosprawna od urodzenia), a także nabycia niepełnosprawności w okresie dzieciństwa, pobierania nauki w szkole, szkole wyższej czy też w trakcie studiów doktoranckich. Przyczyny niepełnosprawności i niezdolności do pracy mają bezpośredni wpływ na świadczenia z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Jeżeli występuje niepełnosprawność pierwotna, bądź też niepełnosprawność nabyta w okresie dzieciństwa (czy też w trakcie nauki w szkole, szkole wyższej oraz podczas studiów doktoranckich) osobie, która uzyska orzeczenie lekarza orzecznika ZUS o całkowitej niezdolności do pracy, przysługuje renta socjalna (Ustawa o rencie socjalnej, art. 4). Inaczej kształtują się uprawnienia osób, które stały się niepełnosprawne, a w konsekwencji niezdolne do pracy (lub także do samodzielnej egzystencji) wskutek wypadku przy pracy czy też choroby zawodowej. Droga do uzyskania orzeczenia o niezdolności do pracy jest bardzo długa (Szpor, 2004, s. 80–89). Co do zasady, w pierwszym etapie osoba zatrudniona otrzymuje zasiłek chorobowy na podstawie ustawy o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa (Szpor, 2004, s. 90). Trwa to przez 182 dni bądź 270 dni (w przypadku gruźlicy). Jeżeli niezdolność do pracy utrzymuje się, a są widoki na odzyskanie sprawności i powrót do pracy, przysługuje świadczenie rehabilitacyjne przez okres do 12 miesięcy. Jeżeli natomiast po 182 dniach nie ma pozytywnych rokowań osoba niezdolna do pracy składa wniosek o wydanie orzeczenia do właściwego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Do wniosku należy dołączyć dokumentację medyczną i rentową, zaświadczenie wydane przez lekarza o stanie zdrowia oraz wywiad zawodowy dotyczący charakteru i rodzaju wykonywanej pracy (Rozporządzenie Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 22 maja 2003 r.

w sprawie szczegółowych zasad udzielania zwolnień od pracy osobom o znacznym lub umiarkowanym stopniu niepełnosprawności w celu uczestniczenia w turnusie rehabilitacyjnym; Dz. U. z 2003 nr 100, poz. 927, §1). Jeżeli wnioskodawca uzyska omawiane orzeczenie ma prawo do jednej z trzech rodzajów rent z tytułu niezdolności do pracy: stałej, okresowej bądź też szkoleniowej. Rodzaj przyznawanej renty uzależniony jest od czasu trwania niezdolności do pracy (Jędrasik–Jankowska, 2012, s. 293).

## 3. Szczególne uprawnienia pracowników niepełnosprawnych

Osoby niepełnosprawne mogą pracować zarówno na otwartym rynku pracy, jak i w zakładach pracy chronionej czy też zakładach aktywności zawodowej. Wybór rynku pracy uzależniony jest od wielu czynników. Bezpośredni wpływ na wybór rynku pracy ma rodzaj niepełnosprawności, odpowiednie informacje zawiera również orzeczenie o stopniu niepełnosprawności, które wskazuje czy osoba niepełnosprawna może pracować w warunkach pracy chronionej. Nie jest to jednak obowiązek, który ma wykonać osoba z niepełnosprawnością lecz jej uprawnienie, z którego nie musi skorzystać.

### 3.1. Czas pracy

Szczególne uprawnienia osoba niepełnosprawna ma również w zakresie czasu pracy. Do 10 lipca 2014 roku czas pracy pracownika niepełnosprawnego (bez względu na stopień niepełnosprawności) wynosił maksymalnie 8 godzin na dobę i 40 godzin tygodniowo i mógł być skrócony (dla osób legitymujących się orzeczeniem o umiarkowanym bądź znacznym stopniu niepełnosprawności) tylko w przypadku, gdy osoba niepełnosprawna uzyskała zaświadczenia lekarskiego o celowości stosowania skróconej normy czasu pracy (ustawa o rehabilitacji, art. 15).

Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 13 czerwca 2013 r. orzekł natomiast, że takie rozwiązanie jest niezgodne z Konstytucją RP (Wyrok TK z dnia 13 czerwca 2013 r.; Dz. U. poz. 791). Od 10 lipca 2014 r. regulacje prawne określają czas pracy z uwzględnieniem stopnia niepełnosprawności. Osoby z lekkim stopniem niepełnosprawności mogą pracować do 8 godzin na dobę i do 40 godzin tygodniowo, osoby z umiarkowanym i znacznym stopniem niepełnosprawności mogą pracować do 7 godzin na dobę i do 35 godzin w tygodniu. Zaznaczyć tu należy, że w związku z obniżeniem czasu pracy niedozwolone jest obniżenie wynagrodzenia takiemu pracownikowi (Kuźnicki, Krupa, 1999, s. 62). Osoba niepełnosprawna nie może być również zatrudniona w porze nocnej (pora nocna to przedział czasowy między godziną 21.00 a 7.00) oraz w godzinach nadliczbowych (ustawa o rehabilitacji, art. 15). Oprócz skróconego czasu pracy osoba niepełnosprawna ma prawo również do dodatkowej 15 minutowej przerwy w pracy, która jest wliczana do czasu pracy (ustawa o rehabilitacji, art. 17). Oznacza to, że pracownik legitymujący się orzeczeniem o stopniu niepełnosprawności będzie korzystał z 30 minutowej przerwy za którą pracodawca obowiązany jest mu zapłacić.

### 3.2. Urlopy i zwolnienia od pracy

Każdy pracownik ma prawo do urlopu wypoczynkowego. Jego wymiar uzależniony jest od stażu pracy. W przypadku 10-cio letniego stażu pracy pracownikowi przysługuje 26 dni płatnego urlopu, jeżeli jego staż to mniej niż 10 lat wtedy pracownik otrzymuje 20 dni urlopu (Kodeks pracy, art. 154). Pracownik niepełnosprawny (posiadający umiarkowany, bądź znaczny stopień niepełnosprawności) oprócz urlopu pracowniczego ma prawo również do dodatkowego urlopu z tytułu swojej niepełnosprawności w wymiarze 10 dni. Prawo do takiego urlopu nabywane jest po przepracowaniu roku od zaliczenia osoby do jednego ze stopnia niepełnosprawności. Urlop ten nie przysługuje osobie uprawnionej do urlopu wypoczynkowego w wymiarze przekraczającym 26 dni roboczych, lub do urlopu dodatkowego przysługującego na podstawie odrębnych przepisów. Jeżeli wymiar urlopu dodatkowego jest niższy niż 10 dni roboczych, zamiast tego urlopu należy się urlop dodatkowy w wymiarze 10 dni roboczych (ustawa o rehabilitacji, art. 19). Uprawnienie to przysługuje *ex lege*, tak więc pracownik nie musi występować do pracodawcy o otrzymanie dodatkowego urlopu (Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 29 czerwca 2005 r., II PK 339/04, OSNP 2006, nr 9–10, poz. 150).

Oprócz dodatkowego urlopu osoba niepełnosprawna (o umiarkowanym lub znacznym stopniu niepełnosprawności) ma prawo do zwolnienia od pracy z zachowaniem prawa do wynagrodzenia w celu:

– wykonania badań specjalistycznych, zabiegów leczniczych lub usprawniających, a także w celu uzyskania zaopatrzenia ortopedycznego lub jego naprawy, jeżeli czynności te nie mogą być wykonane poza godzinami pracy;

– uczestniczenia w turnusie rehabilitacyjnym w wymiarze do 21 dni roboczych, maksymalnie raz w roku.

Wymienione powyżej zwolnienia nie mogą przekraczać 21 dni w roku kalendarzowym. Osoba niepełnosprawna zachowuje w takiej sytuacji prawo do wynagrodzenia w wysokości ekwiwalentu pieniężnego za urlop wypoczynkowy (Ustawa o rehabilitacji, art. 20). Jeżeli zainteresowany chce skorzystać z tych uprawnień musi przedstawić pracodawcy wniosek lekarza sprawującego opiekę nad nim o skierowanie na turnus rehabilitacyjny. Podstawą wypłaty wynagrodzenia za czas zwolnienia jest natomiast dokument, który potwierdza pobyt na turnusie, wystawiony przez organizatora turnusu (Rozporządzenie Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 22 maja 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad udzielania zwolnień od pracy osobom o znacznym lub umiarkowanym stopniu niepełnosprawności w celu uczestniczenia w turnusie rehabilitacyjnym; Dz. U. z 2003 nr 100, poz. 927, § 1).

### 3.3. Wynagrodzenie za pracę

Osoby niepełnosprawne będące niezdolne do pracy, mają prawo do renty z tytułu niezdolności do pracy bądź do renty socjalnej. Nie oznacza to jednak, że nie mogą one podjąć jakiejkolwiek pracy. Muszą liczyć się jednak z tym, że przyznane im świadczenie może ulec zmniejszeniu, a nawet zawieszeniu. Renta z tytułu niezdolności do pracy ulega zmniejszeniu jeżeli przychód osoby niepełnosprawnej przekroczy 70% przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia za kwartał kalendarzowy, ostatnio ogłoszonego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Jeżeli natomiast przychód osiągnie kwotę wyższą nic 130% przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia za kwartał kalendarzowy, ostatnio ogłoszonego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, to prawo do renty z tytułu niezdolności do pracy ulega zawieszeniu (ustawa o emeryturach i rentach z FUS, art. 104). W przypadku renty socjalnej ustawodawca przewidział bardziej surowe reguły. Nie jest możliwe zmniejszenie kwoty renty lecz jedynie jej zawieszenie w przypadku gdy przychód osoby uprawnionej przekroczył 70% przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia za kwartał kalendarzowy ostatnio ogłoszonego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego do celów emerytalnych (ustawa o rencie socjalnej, art. 10 ust. 6).

Osoba niepełnosprawna ma również uprawnienia w sferze prawa podatkowego. Może ona skorzystać z wielu ulg i zwolnień w zakresie podatku dochodowego od osób fizycznych. Jednak musi ona mieć swoją niepełnosprawność udokumentowaną:

– orzeczeniem o zakwalifikowaniu przez organy orzekające do jednego z trzech stopni niepełnosprawności, określonych w odrębnych przepisach, lub

– decyzją przyznającą rentę z tytułu całkowitej lub częściowej niezdolności do pracy, rentę szkoleniową albo rentę socjalną (ustawa o podatku dochodowym od osób fizycznych, art. 26 ust. 7d).

Osoba niepełnosprawna może również skorzystać z wielu ulg i zwolnień w zakresie podatku dochodowego od osób fizycznych, odliczając wydatki od przychodu poniesione w roku podatkowym m.in. na adaptację i wyposażenie mieszkań, przystosowanie pojazdów mechanicznych bądź też opłacenie tłumacza języka migowego.

## 4. Uprawnienia i obowiązki pracodawcy niebędącego zakładem pracy chronionej bądź zakładem aktywności zawodowej

Polityka aktywizacji osób z niepełnosprawnościami na otwartym rynku pracy sprowadza się głównie do tworzenia rozmaitych regulacji prawnych, które mają zachęcić pracodawcę do zatrudniania osób niepełnosprawnych. Należy jednak rozgraniczyć uprawnienia pracodawcy, który chce zatrudnić osobę niepełnosprawną od uprawnień pracodawcy zatrudniającego pracownika, który stał się niepełnosprawny w związku z wypadkiem przy pracy bądź w wyniku choroby zawodowej.

### 4.1. Wsparcie pracodawców zatrudniających osoby niepełnosprawne

Pracodawca zatrudniający osoby niepełnosprawne może otrzymać wsparcie ze środków publicznych w formie: zwrotu kosztów adaptacji pomieszczeń czy też zakupu urządzeń, dofinansowania wynagrodzenia pracownika niepełnosprawnego, refundacji kosztów wyposażenia stanowiska pracy, zwrotu kosztów zatrudnienia i szkolenia pracowników pomagających pracownikowi niepełnosprawnemu w pracy, jak i kosztów szkoleń pracowników niepełnosprawnych oraz zwolnienia z wpłat na Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych. Jeżeli pracodawca chce otrzymać zwrot dodatkowych kosztów jakie ponosi w związku z zatrudnieniem osoby niepełnosprawnej musi zatrudnić osobę, która jednocześnie jest bezrobotna lub poszukująca pracy niepozostająca w zatrudnieniu, bądź pozostająca w zatrudnieniu u pracodawcy występującego o zwrot kosztów, z wyjątkiem przypadków, gdy przyczyną powstania niepełnosprawności w okresie zatrudnienia u tego pracodawcy było zawinione przez pracodawcę lub przez pracownika naruszenie przepisów, w tym przepisów prawa pracy. Takie zatrudnienie musi trwać 36 miesięcy. Pracodawca może wnioskować o zwrot kosztów za:

– adaptacje pomieszczeń zakładu pracy do potrzeb osób niepełnosprawnych, w szczególności poniesionych w związku z przystosowaniem tworzonych lub istniejących stanowisk pracy dla tych osób, stosownie do potrzeb wynikających z ich niepełnosprawności;

– adaptacje lub nabycie urządzeń ułatwiających osobie niepełnosprawnej wykonywanie pracy lub funkcjonowanie w zakładzie pracy;

– zakup i autoryzacje oprogramowania na użytek pracowników niepełnosprawnych oraz urządzeń technologii wspomagających lub przystosowanych do potrzeb wynikających z ich niepełnosprawności;

– rozpoznania przez służby medycyny pracy potrzeb wskazanych powyżej.

Wnioskodawca (pracodawca) może otrzymać maksymalnie zwrot kosztów do wysokości dwudziestokrotnego przeciętnego wynagrodzenia za każde przystosowane stanowisko pracy. Zwrot jest możliwy wyłącznie w sytuacji, gdy koszty przystosowania stanowiska zostaną poniesione po podpisaniu umowy ze Starostą. Oprócz powyższych kryteriów pracodawca musi również uzyskać pozytywną opinię Państwowej Inspekcji Pracy (ustawa o rehabilitacji, art. 26). Kolejnym przywilejem jaki ma pracodawca zatrudniający osobę niepełnosprawną jest możliwość dofinansowania do wynagrodzenia takiego pracownika. Wysokość dofinansowania uzależniona jest od stopnia niepełnosprawności osoby zatrudnianej i wynosi od 450,00 zł do 1800,00 zł.

Miesięczne dofinansowanie nie przysługuje pracodawcy zatrudniającemu co najmniej 25 pracowników w przeliczeniu na pełny wymiar czasu pracy i nieosiągającemu wskaźnika zatrudnienia osób niepełnosprawnych w wysokości co najmniej 6%. Kwota miesięcznego dofinansowania nie może przekroczyć 90% faktycznie i terminowo poniesionych miesięcznych kosztów płacy, a w przypadku pracodawcy wy-

konującego działalność gospodarczą, w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, zwanego dalej „pracodawcą wykonującym działalność gospodarczą", 75% tych kosztów. Miesięczne dofinansowanie nie przysługuje na pracowników zaliczonych do umiarkowanego lub lekkiego stopnia niepełnosprawności, którzy mają ustalone prawo do emerytury, do wynagrodzeń wypłaconych po dniu złożenia wniosku, jeżeli wynagrodzenie pracownika niepełnosprawnego nie zostało przekazane na jego rachunek bankowy lub rachunek w spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej albo na adres zamieszkania tego pracownika, za pośrednictwem osób prawnych prowadzących działalność w zakresie doręczania kwot pieniężnych, jeżeli miesięczne koszty płacy zostały poniesione przez pracodawcę z uchybieniem terminów, wynikających z odrębnych przepisów, przekraczającym 14 dni.

Omawiane kwoty, zwiększają się o 600 zł w przypadku osób niepełnosprawnych, w odniesieniu do których orzeczono chorobę psychiczną, upośledzenie umysłowe, całościowe zaburzenia rozwojowe lub epilepsję oraz niewidomych. W przypadku, gdy osoba niepełnosprawna jest zatrudniona u więcej niż jednego pracodawcy w wymiarze czasu pracy nieprzekraczającym ogółem pełnego wymiaru czasu pracy, miesięczne dofinansowanie przyznaje się na tę osobę pracodawcom, u których jest ona zatrudniona, w wysokości proporcjonalnej do wymiaru czasu pracy tej osoby (ustawa o rehabilitacji, art. 26b). Pracodawca zatrudniający pracownika niepełnosprawnego może starać się również o zwrot miesięcznych kosztów zatrudnienia poniesionych w związku z zatrudnieniem lub szkoleniem osoby, która ma pomagać w zakresie czynności ułatwiających komunikowanie się z otoczeniem, a także czynności niemożliwych lub trudnych do samodzielnego wykonania przez pracownika niepełnosprawnego na stanowisku pracy. Wysokość zwrotu miesięcznych kosztów zatrudnienia pracowników pomagających pracownikowi niepełnosprawnemu w pracy stanowi iloczyn kwoty najniższego wynagrodzenia i ilorazu liczby godzin w miesiącu przeznaczonych wyłącznie na pomoc pracownikowi niepełnosprawnemu i miesięcznej liczby godzin pracy pracownika niepełnosprawnego w miesiącu. Zwrot kosztów szkolenia pracowników pomagających pracownikowi niepełnosprawnemu w pracy obejmuje 100% kosztów szkolenia, nie więcej jednak niż równowartość kwoty najniższego wynagrodzenia. Liczba godzin przeznaczonych wyłącznie na pomoc pracownikowi niepełnosprawnemu nie może przekraczać liczby godzin odpowiadającej 20% liczby godzin pracownika na miejscu (ustawa o rehabilitacji, art. 26d).

Pracodawca, który przez okres co najmniej 36 miesięcy zatrudni osobę niepełnosprawną zarejestrowaną w powiatowym urzędzie pracy jako bezrobotna albo poszukująca pracy niepozostającą w zatrudnieniu, może również otrzymać, na wniosek, zwrot kosztów wyposażenia stanowiska pracy do wysokości piętnastokrotnego przeciętnego wynagrodzenia (ustawa o rehabilitacji, art. 26e). Pracodawca może otrzymać wsparcie również w zakresie podnoszenia kwalifikacji zawodowych pracowników niepełnosprawnych. Koszty mogą być zrefundowane jedynie na wniosek i do wysokości 70%, nie więcej jednak niż do wysokości dwukrotnego przeciętnego wynagrodzenia na jedną osobę. Zwrotu kosztów, dokonuje starosta na warunkach i w wysokości określonych w umowie zawartej z pracodawcą. Zwrotowi nie podlegają koszty poniesione przez pracodawcę przed datą podpisania umowy.

Niektórzy pracodawcy zobligowani są do wpłat na PFRON. Istnieje jednak możliwość zwolnienia się z tego obowiązku:

– jeżeli wskaźnik zatrudnienia osób niepełnosprawnych wynosi co najmniej 6% (2% dla publicznych i niepublicznych uczelni, publicznych i niepublicznych szkół oraz placówek opiekuńczo-wychowawczych i resocjalizacyjnych);

– w przypadku domów pomocy społecznej w rozumieniu przepisów o pomocy społecznej, hospicjów w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej, zakładów opiekuńczo-leczniczych, publicznych i niepublicznych jednostki organizacyjne, których wyłącznym przedmiotem prowadzonej działalności jest rehabilitacja społeczna i lecznicza osób niepełnosprawnych, edukacja osób niepełnosprawnych lub opieka nad osobami niepełnosprawnymi, niedziałających w celu osiągnięcia zysków;

– jeżeli zakład pracy jest w likwidacji albo ogłoszono jego upadłość (ustawa o rehabilitacji, art. 21).

Oprócz zwolnienia z wpłat możliwe jest ich obniżenie z tytułu zakupu produkcji lub usługi, z wyłączeniem handlu, odpowiednio wytworzonej lub świadczonej przez pracodawcę zatrudniającego co najmniej 25 pracowników w przeliczeniu na pełny wymiar czasu pracy, który osiąga wskaźnik zatrudnienia osób niepełnosprawnych zaliczonych do: znacznego stopnia niepełnosprawności lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności, w odniesieniu do których orzeczono chorobę psychiczną, upośledzenie umysłowe, całościowe zaburzenia rozwojowe lub epilepsję oraz niewidomych. Obniżenie wynosi co najmniej 30%, jednak nie może przekraczać 50% kwoty obowiązkowej wpłaty (ustawa o rehabilitacji, art. 22).

### 4.2. Obowiązki pracodawcy w związku z zatrudnieniem pracownika niepełnosprawnego

Na pracodawcy zatrudniającym osoby niepełnosprawne ciążą następujące obowiązki:

– obowiązkowe wpłaty na PFRON jeżeli zatrudnia powyżej 25 pracowników, a wskaźnik zatrudnienia osób niepełnosprawnych jest niższy niż 6% (2% w przypadku publicznych i niepublicznych uczelni, publicznych i niepublicznych szkół oraz placówek opiekuńczo-wychowawczych);

– dokonanie niezbędnych racjonalnych usprawnień nie tylko dla pracowników niepełnosprawnych ale również kandydatów w czasie procesu rekrutacji oraz stażystów i praktykantów. Usprawnienia te jak wskazuje Sąd Najwyższy wynikają nie tylko z prawa polskiego ale również z regulacji unijnych. Ponadto nie mogą one stanowić nieproporcjonalnie dużego obciążenia dla pracodawcy (Wyrok SN z dnia 12 listopada 2014 r., sygn. I PK 74/14, OSNP z 2016, nr 8, poz. 101);

– jeżeli pracodawca korzysta z dofinansowania do wynagrodzenia pracownika niepełnosprawnego to obowiązany

jest składać miesięczne informacje o wynagrodzeniach, zatrudnieniu, stopniach i rodzaju niepełnosprawności pracowników niepełnosprawnych oraz wniosek o wypłatę miesięcznego dofinansowania za dany miesiąc.

Racjonalne usprawnienia mogą występować w trzech sferach: gdy sytuacja osoby niepełnosprawnej jest mniej korzystna z winy pracodawcy, z winy pracownika bądź uniemożliwia efektywne wykonywanie pracy (Dudek, Czech, 2014, s. 234–242). Pracodawca zobowiązany jest więc przystosować stanowisko pracy, miejsce pracy w taki sposób, aby pracownik niepełnosprawny mógł efektywnie i realnie wykonywać powierzone mu obowiązki. Usprawnienia mogą polegać również na modernizacji budynku w którym mieści się zakład pracy (tworzenie podjazdów, toalet, wind etc.). Mają to być również usprawnienia, które będą funkcjonować w razie niebezpieczeństwa (ewakuacja budynku). Oprócz usprawnień technicznych i architektonicznych pracodawca może również zobligować innego pracownika do pomocy osobie niepełnosprawnej i ustalić to w zakresie jego obowiązków służbowych. Pomoc ma być dostosowana do rodzaju niepełnosprawności i potrzeb pracownika.

### 4.3. Obowiązki pracodawcy a niepełnosprawność jako skutek wypadku przy pracy bądź choroby zawodowej

Niepełnoprawność pracownika może wynikać z różnych przyczyn. Może ona być pierwotna, ale również spowodowana wypadkiem przy pracy. Pracownik w takiej sytuacji może nie być już w stanie wykonywać dotychczasowych obowiązków mimo swoich kwalifikacji, w związku z tym to na pracodawcy ciążą dodatkowe obowiązki w postaci wydzielenia lub zorganizowania odpowiedniego stanowisko pracy z podstawowym zapleczem socjalnym, nie później niż w okresie trzech miesięcy od daty zgłoszenia przez osobę niepełnosprawną gotowości przystąpienia do pracy. Zgłoszenie gotowości przystąpienia do pracy powinno nastąpić w ciągu miesiąca od dnia uznania za osobę niepełnosprawną (ustawa o rehabilitacji, art. 14). Pokreślić należy, iż wypadek przy pracy bądź choroba zawodowa muszą uniemożliwiać, bądź też utrudniać pracę na dotychczasowym stanowisku. Jeżeli dostosowanie stanowiska pracy jest niemożliwe, bądź pracownik nie może wykonywać dotychczasowych obowiązków to pracodawca ma obowiązek przydzielić mu inne stanowisko pracy, dostosowane do jego stanu psychofizycznego (Polak-Sopińska, 2007, s. 211).

Pracodawca może jednak uchylić się od obowiązku przystosowania miejsca pracy. Ustawodawca przewidział to w sytuacji gdy wyłączną przyczyną wypadku przy pracy było naruszenie przepisów w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy przez pracownika z jego winy lub jego stanu nietrzeźwości. Musi jednak udowodnić te okoliczności (ustawa o rehabilitacji, art. 14 ust. 2).

Jeżeli pracodawca mimo ciążącego na nim obowiązku we wskazanym przez ustawodawcę trzymiesięcznym terminie nie zorganizuje bądź nie wydzieli odpowiedniego stanowiska pracy to zostaną na niego nałożone sankcje w postaci obowiązku dokonania w dniu rozwiązania stosunku pracy z tą osobą, wpłaty na PFRON w wysokości piętnastokrotnego przeciętnego wynagrodzenia za pracownika (ustawa o rehabilitacji, art. 23).

## 5. Podsumowanie

Sytuacja osób niepełnosprawnych na przestrzeni kilkudziesięciu lat uległa niewątpliwie poprawie. Stworzono międzynarodowe standardy nie tylko w sferze zatrudnienia, ale również funkcjonowania w życiu społecznym i kulturalnym.

Analiza polskiego systemu prawnego oraz orzecznictwa z zakresu praw pracowniczych osób niepełnosprawnych prowadzi do szeregu wniosków. Rozwiązania prawne niewątpliwie spełniają standardy międzynarodowe, są one przejrzyste, w większości kompleksowe. Niestety praktyka pokazuje, że w rzeczywistości nie funkcjonują one sprawnie. Rozporządzenia wykonawcze do ustawy o rehabilitacji stwarzają wiele problemów praktycznych. Osoba niepełnosprawna chcąca skorzystać ze wsparcia finansowego gwarantowanego przez państwo napotyka na wiele trudności już na samym początku. Konieczne staje się wypełnianie kilkudziecięciu stron wniosków, które są nieprzejrzyste, źle zredagowane i niezrozumiałe dla przeciętnego obywatela. Właściwe dokumenty należy dostarczyć do organu administracji publicznej wraz z załącznikami, które należy pozyskać od innych podmiotów, co kreuje kolejne niedogodności, gdyż ich siedziby często są nieprzystosowane, a jeżeli nawet występują jakiekolwiek rozwiązania architektoniczne to w większości przypadków albo nie działają, albo spełniają swoje funkcje jedynie w dokumentach zatwierdzanych przez właściwe organy kontroli i nadzoru. Pracodawcy natomiast chcący zatrudniać osoby niepełnosprawne w swoich zakładach i skorzystać ze wsparcia finansowego również muszą wypełniać kilkadziesiąt niekiedy stron wniosków, co więcej, podlegają wtedy bardziej szczegółowej kontroli Inspekcji Pracy.

Osoby niepełnosprawne pobierają rozmaite świadczenia, w tym rentę socjalną bądź rentę z tytułu niezdolności do pracy. Prawo do tych świadczeń jednak jest zawieszane bądź świadczenia są obniżane w sytuacji, gdy osoba niepełnosprawna osiągnie dochód na określonym poziomie. Można to określić jako swoistą karę za to, że pragnie ona aktywnie uczestniczyć w życiu i mimo swojej niepełnosprawności być produktywną. Nie ulega wątpliwości, że podjęcie jakiejkolwiek pracy nie spowoduje, że koszty, które osoba niepełnosprawna ponosi w związku z niepełnosprawnością nagle znikną. Wspomniane renty więc wydawać by się mogło, powinny pełnić funkcję kompensacji kosztów z tytułu niepełnosprawności, a nie jałmużny, przyznawanej w celu nie do końca przemyślanej realizacji założeń polityki państwa.

Jako postulat *de lege ferenda* w zakresie polskiego systemu prawnego można wskazać stworzenie jednego, wyspecjalizowanego organu administracji publicznej, mającego swój oddział na przykład w każdym mieście powyżej 100 ty-

sięcy mieszkańców, dostosowanego pod względem architektonicznym, który będzie kompleksowo będzie obsługiwał osoby niepełnosprawne, ich pracodawców nie tylko w zakresie zatrudnienia, ale na każdej płaszczyźnie, w tym również przejmie obowiązki władz lokalnych w zakresie wydawania dowodów osobistych.

## Bibliografia


Barnes, C., Mercer, G. (2008). *Niepełnosprawność*. Warszawa: *Sic*!

Brożyna, E., Lach, J. (2003). *Osoby niepełnosprawne i ich pracodawcy: obowiązki, uprawnienia, ulgi, przepisy* (cz. 1). Warszawa: Biblioteczka Pracownicza.

Brząkowski, M. (2014). *Zatrudnienie niepełnosprawnych*. Warszawa: C.H. Beck.

Cichy, B. (1998). Komentarz do ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Zagadnienia ogólne. *Kompedium Ekonomiczno-Prawne Zakładów Pracy Chronionej*, (1).

Ciura, G. (2011). Wyrównywanie szans osób niepełnosprawnych na polskim rynku pracy. *Studia BAS*, *2*(26).

Dudek S., Czech E. (2014). Wprowadzenie racjonalnych usprawnień dla osób niepełnosprawnych w zakładzie pracy. W: A. Giedrewicz-Niewińska, M. Szabłowska-Juckiewicz, *Zatrudnienie osób niepełnosprawnych. Regulacje prawne*. Warszawa: Difin S.A.

Garbat, M. (2013). *Aktywizacja zawodowa osób z niepełnosprawnością: bariery i koszty*. Zielona Góra: Uniwersytet Zielonogórski.

Garbat, M. (2015). *Historia niepełnosprawności: geneza i rozwój rehabilitacji, pomocy technicznych oraz wsparcia dla osób z niepełnosprawnościami*. Gdynia: Novae Res.

Garbat, M. (2012). *Zatrudnienie i rehabilitacja zawodowa osób z niepełnosprawnością w Europie*. Zielona Góra: Uniwersytet Zielonogórski.

Grzywacz, R. (2015). System orzekania o niepełnosprawności w Polsce. W: J. Borek, M. Olszewski (red.), *Aktywizacja zawodowa osób z orzeczoną niepełnosprawnością*. Radom: Wydawnictwo Naukowe Instytutu Technologii i Eksploatacji-PIB.

Jędrasik-Jankowska I. (2012). *Pojęcia i konstrukcje prawne ubezpieczenia społecznego*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Jędrasik-Jankowska, I. (2002). *Ubezpieczenie wypadkowe i chorobowe*. Warszawa: Lexis Nexis Polska.

Jończyk, J. (2006). *Prawo zabezpieczenia społecznego*. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze.

Kamiński, J. (2006). Sytuacja osób z niepełnosprawnością intelektualną w systemach prawnych wybranych państw świata. W: *Sprawni w prawie*, zeszyt nr 9. Warszawa: Polskie Stowarzyszenie na Rzecz Osób z Upośledzeniem Umysłowym.

Kirenko, J. (2007). *Indywidualna i społeczna percepcja niepełnosprawności*. Lublin: Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej.

Kirenko, J., Sarzyńska, E. (2010). *Bezrobocie, niepełnosprawność, potrzeby*. Lublin: Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej.

Klimkiewicz, J. (2011). *Wpłaty na Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Kuźnicki, W., Krupa, P. (1999). *Pracodawcy osób niepełnosprawnych: ZPChr. Prawa osób niepełnosprawnych: nowe przepisy*. Wrocław: Kruk.

Kuźnicki, W., Krupa, P. (2001). *Zakłady pracy chronionej i inni pracodawcy osób niepełnosprawnych 2001 r.: komentarz do ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych*. PFRON, teksty ustawy oraz aktów wykonawczych. Wrocław: Kruk.

Liszcz, T. (1999). *Prawa pracownicze w Konstytucji Rzeczpospolitej Polskiej*. Zamość: Centrum Badawczo-Szkoleniowe WSZiA.

Mizerski, R. (2010). Prawa pracownicze. W: B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochron*a.Toruń: TNOiK — Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierowania. „Dom Organizatora".

Piasecki, M., Śliwak, J. (red. nauk.). (2008). *Wybrane zagadnienia z aktywizacji zawodowej osób niepełnosprawnych*. Lublin: Fundacja Fuga Mundi.

Polak-Sopińska, A. (2007). *Przystosowanie stanowisk pracy do indywidualnych możliwości osób niepełnosprawnych, podstawą ich aktywizacji zawodowej. Aktywizacja Zawodowa Osób Niepełnosprawnych* (2–3). Łódź: Wydawnictwo Politechniki Łódzkiej.

Popławska, A. (red.). (2012). *Ryczałty w prawie podatkowym*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 1948 roku. (2002). W: M. Piasecki, M. Stępniak (red.), *Osoby z niepełnosprawnością w polityce Organizacji Narodów Zjednoczonych*. Lublin: Fundacja Fuga Mundi.

Poznańska, D. (2003). *System finansowania zatrudnienia osób niepełnosprawnych w Polsce: wnioski dla efektywności finansów publicznych*. Warszawa: Narodowy Bank Polski.

Sierpowska, I, Kogut, A. (2010). *Status osoby niepełnosprawnej w polskim systemie prawa*. Wrocław: Gaskor Sp. z o. o.

Szabłowska-Juckiewicz, M. (2014). Prawo osób niepełnosprawnych do pracy — zarys problematyki. W: A. Giedrewicz-Niewińska, M. Szabłowska-Juckiewicz (red.), *Zatrudnienie osób niepełnosprawnych. Regulacje prawne*. Warszawa: Difin S. A.

Szpor, G. (red.). (2004). *System ubezpieczeń społecznych: zagadnienia podstawowe*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Świątkowski, A. (2016). *Kodeks pracy. Komentarz* (wyd. 5). Warszawa: C.H. Beck.


### Źródła internetowe


https://www.csioz.gov.pl/fileadmin/user_upload/Wytyczne/statystyka/icf_polish_version_56a8f7984213a.pdf; (2018.11.20).

http://www.unic.un.org.pl/niepelnosprawnosc/definicja.php; (2018.11.20).

http://www.mop.pl/doc/html/konwencje/k159.html; (2018.11.20).

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.24

# Analiza pojęcia stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej, z uwzględnieniem praktyki organów podatkowych po wyroku TSUE ws. C-605/12 (Welmory) — zarys problemu

## The analysis of the definition of a fixed establishment in the light of practice of the tax authorities following CJEU C-605/12 Welmory case — the overview

***mgr Mateusz Machalski***

E-mail: machalski.mateusz@gmail.com

**Streszczenie**

Ustawa o VAT przewiduje opodatkowanie podatkiem wszelkich czynności wykonywanych na terytorium Polski. Do czynności tych zaliczane są m. in. dostawa towarów, jak i świadczenie usług wykonywane. O ile w przypadku towarów, miejsce opodatkowania ustalane jest relatywnie łatwo, np. istotne jest gdzie towary znajdują się w momencie rozpoczęcia transportu, o tyle dla świadczenia usług najbardziej istotne znaczenie ma to, gdzie ta usługa jest odbierana, tj. czy konsumowana jest przez samego podatnika (w swoim kraju siedziby), czy też przez jego tzw. stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej *ergo,* czy miejsce to znajduje się w Polsce.

Zgodnie z aktualną definicją legalną z rozporządzenia 282/2011, „stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej" oznacza dowolne miejsce, które charakteryzuje się wystarczającą stałością oraz odpowiednią strukturą w zakresie zaplecza personalnego i technicznego, by umożliwić mu odbiór i wykorzystywanie usług świadczonych do własnych potrzeb tego stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej.

Co do zasady, przez lata powyższa definicja nie budziła wątpliwości interpretacyjnych. Za stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej uznawano przede wszystkim oddziały. Interpretacja ta zmieniła się na skutek sprawy C-605/12 Welmory, w której wskazano, że do istnienia stałego miejsca działalności gospodarczej danego podmiotu nie jest konieczne posiadanie własnego zaplecza personalnego i technicznego.

W efekcie, wykształciła się niekorzystna praktyka polskich organów podatkowych i sądów administracyjnych, która przewiduje powstanie stałego miejsca działalności podmiotu zagranicznego w sytuacji nabywania usług, o ile w następstwie takiej usługi wykonywane są następne czynności opodatkowane np. dostawa poza terytorium Polski. Tym samym, polskie podmioty wykonujące usługi na rzecz zagranicznych podatników (stając się ich stałym miejscem prowadzenia działalności gospodarczej) narażone są m.in. na ryzyko zaległości podatkowej, w dalszym ciągu fakturując swojego kontrahenta bez polskiego VAT.

**Słowa kluczowe:** miejsce świadczenia, stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej, siedziba, Welmory.

**Summary**

The VAT Act provides for the taxation of all activities performed in the territory of Poland. Those activities are among others supply of goods and provision of services. In terms of the goods, the place of supply is determined quite simple e.g. it is important where the goods are located at the moment of initiating the transport, whereas in terms of services the most important thing is to determine the place where the service is received i.e. if it is consumed by the taxpayer himself (in the country where he's established) or by its so called a fixed establishment ergo if such a place is located in Poland.

Based on the current legal definition presented in the Regulation no 282/2011 a 'fixed establishment' shall be any establishment, characterized by a sufficient degree of permanence and a suitable structure in terms of human and technical resources to enable it to receive and use the services supplied to it for its own needs.

Generally, the above definition has not caused any doubts for many years. It was agreed, above all that branches were considered fixed establishments. This interpretation has changed since Welmory case C-605/12, in which it has been pointed out that it is not necessary to own its own technical or human resources to create a fixed establishment.
In consequence, an unfavorable practice of the Polish tax authorities and administrative courts has been developed, which enables possibility to create a fixed establishment of a foreign entity in case of purchasing the services, if following this service another taxable activities are performed e.g. supply to another country than Poland. Therefore, Polish entities who provide services for the benefit of foreign companies (and becoming theirs fixed establishment) are vulnerable to inter alia at the risk of underpayment of VAT by invoicing his contractor without Polish VAT.

**Key words:** VAT, place of supply, fixed establishment, seat, Welmory.

## 1. Wprowadzenie

Ustawa o podatku od towarów i usług[1] przewiduje opodatkowanie polskim podatkiem od wartości dodanej (w Polsce podatek funkcjonuje jako podatek od towarów i usług) w zasadzie wszystkich transakcji wykonywanych na terytorium Polski. Katalog zamknięty czynności mogących podlegać opodatkowaniu w Polsce zawiera przepis art. 5 ustawy o VAT. Do czynności tych należy dostawa towarów czy świadczenie usług na terytorium kraju, ale także transakcje wewnątrzwspólnotowe (zarówno nabycie jak i dostawa) i eksport towarów (dostawa poza terytorium Unii Europejskiej). Mimo, że katalog ten ma charakter zamknięty to sposób zdefiniowania poszczególnych czynności skutkuje opodatkowaniem praktycznie każdej czynności wykonanej przez podatnika, z wyjątkiem transakcji wskazanych w art. 6 ustawy o VAT jako niepodlegających przepisom ustawy o VAT jak i w innych, poszczególnych przepisach ustawy lub aktów wykonawczych, które zwalniają określone czynności z opodatkowania (np. transakcje z zakresu finansów i ubezpieczeń[2]), czy też nakazują opodatkowanie określonych czynności stawką 0% VAT (np. wewnątrzwspólnotowa dostawa czy eksport towarów)[3].

Jak wskazano powyżej, do czynności opodatkowanych zaliczane są m.in. dostawa towarów jak i świadczenie usług wykonywane na terytorium kraju. Przez dostawę towarów rozumiane jest przeniesienie prawa do rozporządzania towarami (czyli wszelkimi rzeczami oraz ich częściami, a także wszelkimi postaciami energii) jak właściciel[4]. Z kolei, przez świadczenie usług rozumie się każde świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, która nie stanowi dostawy towarów w rozumieniu art. 7 ustawy o VAT[5]. Konsekwencją przyjętego sposobu zdefiniowania świadczenia usług, tj. uznanie za usługę w zasadzie każdej czynności, niestanowiącej dostawy towarów, jest zasadniczo częstsze występowanie świadczenia usług aniżeli dostaw towarów. Sposób uznania danej czynności za świadczenie usług lub dostawy towarów ma swoje konsekwencje na gruncie ustawy o VAT, w szczególności uznania, czy dana czynność winna podlegać opodatkowaniu na terytorium danego kraju.

## 2. Miejsce świadczenia — siedziba i stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej

Celem ustalenia czy VAT winien zostać rozpoznany na terytorium Polski należy w pierwszej kolejności odwołać się do reguł określonych w przepisach ustawy o VAT, której treść jest wynikiem implementacji Dyrektywy VAT[6], ale także do bezpośrednio stosowanego w całej Unii Europejskiej (w tym również w Polsce) Rozporządzeniu Wykonawczym[7]. O ile w przypadku towarów, miejsce opodatkowania ustalane jest w zależności od tego gdzie zlokalizowane są towary będące przedmiotem dostawy, np. w momencie rozpoczęcia transportu (w przypadku towarów transportowanych) czy w momencie dostawy (w przypadku towarów nietransportowanych), o tyle dla świadczenia usług najbardziej istotne znaczenie ma to gdzie dane świadczenie jest konsumowane, a więc gdzie usługobiorca korzysta z danej usługi. Pierwszym punktem odniesienia jest w takim przypadku siedziba działalności gospodarczej (w zasadzie kraj tej siedziby). W tym celu, co do zasady należy ustalić gdzie znajduje się siedziba działalności gospodarczej, albo (w zależności od konkretnego przypadku) gdzie znajduje się tzw. stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej, dla którego świadczona jest usługa[8]. Zaznaczyć przy tym należy, że reguła ta dotyczy jedynie transakcji wykonywanych pomiędzy podatnikami. Inne zasady będą bowiem obowiązywały w przypadku świadczenia usług na rzecz konsumentów (wtedy co do zasady usługa byłaby opodatkowana w kraju, w którym świadczeniodawca ma siedzibę albo stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej).

Powyższa reguła wyrażona została przede wszystkim w art. 28b ustawy o VAT[9], zgodnie z którą miejscem świadczenia usług w przypadku świadczenia usług na rzecz podatnika jest miejsce, w którym podatnik będący usługobiorcą posiada siedzibę działalności gospodarcze. Z kolei, w przypadku, gdy usługi są świadczone dla stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej podatnika, które znajduje się w innym miejscu niż jego siedziba działalności gospodarczej, miejscem świadczenia tych usług jest to stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej. Przepis wskazanej treści został wprowadzony ustawą z dnia 23 października 2009 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług[10].

Ustalenie miejsca świadczenia, a więc konsumpcji danej usługi, nie ma wymiaru wyłącznie teoretycznego. Wręcz przeciwnie, powyższa reguła odnosi się bowiem do sytuacji, które na co dzień występują w praktyce rynkowej. Przykładowo, możemy sobie wyobrazić sytuację, gdy spółka polska świadczy usługę informatyczną na rzecz spółki zagranicznej, która ma w Polsce oddział. Spółka polska winna w takiej sytuacji ustalić czy usługę tę odbiera konsumuje sama spółka zagraniczna czy też jej stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej w Polsce, tj. oddział. W przypadku bowiem, gdy z usługi tej korzysta sama spółka zagraniczna, wówczas

spółka polska nie wystawia faktury z VAT należnym, bowiem miejscem świadczenia tej usługi będzie kraj siedziby spółki zagranicznej i to reguły właściwe dla tego kraju będą miały zastosowanie. W odmiennej sytuacji, tj. gdyby uznać, że jednak odbiorą, konsumentem tej usługi jest oddział spółki zagranicznej, wówczas spółka polska powinna wystawić fakturę z polskim VAT i zapłacić podatek należny.

Omówiona wyżej zasada ogólna, jak należy się spodziewać, nie ma jednak zastosowania do wszystkich rodzajów usług. Inne są bowiem reguły dla, np. usług kulturalnych czy usług związanych z nieruchomościami (gdzie co do zasady nie ma znaczenia czy usługobiorca ma w danym Państwie siedzibę lub stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej, bowiem istotne jest w tym wypadku to, gdzie odpowiednio odbywa się impreza kulturalna[11] oraz gdzie znajduje się nieruchomość[12]), czy dla usług świadczonych na rzecz osób niebędących podatnikami. Niemniej jednak, można zaryzykować tezę, że ustalenie miejsca świadczenia w oparciu o regułę ogólną występuje znacznie częściej w obrocie gospodarczym, aniżeli potrzeba ustalenia istnienia miejsca świadczenia usług w oparciu o reguły szczególne.

W oparciu o powyższe, w przypadku większości rodzajów usług, gdzie znajduje zastosowanie reguła ogólna, usługa opodatkowana jest w miejscu siedziby działalności gospodarczej, a niejako wyjątkowo usługa podlega opodatkowaniu w kraju, w którym znajduje się stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej. Reguła ta znajduje odzwierciedlenie również w projekcie[13] ww. ustawy z 23 października 2009. Autorzy projektu wskazują w uzasadnieniu, że: (…) *proponuje się wprowadzić fundamentalną zmianę jaką jest modyfikacja ogólnej zasady dotyczącej miejsca świadczenia usług w transakcjach między podatnikami (w pojęciu zdefiniowanym w art. 28a) z miejsca siedziby usługodawcy na miejsce siedziby usługobiorcy. Należy zaznaczyć, że obecnie obowiązująca generalna zasada określająca miejsce świadczenia usług w miejscu, gdzie usługodawca ma swoją siedzibę, w dużej mierze skutkuje opodatkowaniem usług tam, gdzie dochodzi do ich konsumpcji. Jednakże istnieje szereg usług, których specyfika pozwala na świadczenie ich na odległość, w wyniku czego faktyczna ich konsumpcja nie odbywa się w państwie członkowskim usługodawcy lecz usługobiorcy. Może to prowadzić ze względu na różnice w wysokości stawek VAT w poszczególnych państwach członkowskich do zakłócenia zasad konkurencji, w sytuacji gdy usługobiorca ma możliwość wyboru usługodawcy z różnych państw członkowskich, a wysokość opodatkowania w tych państwach znacząco się różni. Zmiana miejsca świadczenia usług w odniesieniu do transakcji między podatnikami VAT ma na celu zapewnienie opodatkowania wszystkich usług, również tych świadczonych na odległość, w miejscu ich konsumpcji.*

W związku z powyższym, należy odpowiedzieć sobie na pytanie: Czym jest jednak stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej? W mojej ocenie, o ile każdy jest w stanie instynktownie podjąć próbę zdefiniowania pojęcia siedziby działalności gospodarczej (choć niekoniecznie jest to miejsce, w którym zarejestrowana jest siedziba danego podmiotu), o tyle większy kłopot może pojawić się w przypadku próby ustalenia, czym jest wymienione stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej. Do czasu rozpoczęcia obowiązywania przepisów Rozporządzenia Wykonawczego, próżno było również szukać definicji legalnej tego pojęcia.

## 3. Dotychczasowa praktyka w zakresie interpretacji pojęcia stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej

Warto w tym zakresie wspomnieć, że próby zdefiniowania tego pojęcia pojawiały się w orzecznictwie TSUE[14] (d. Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości[15]), zanim ustawodawca unijny dokonał jego legalnej definicji, mimo że pojęciem tym posługiwano się zarówno w Dyrektywie VAT jak i wcześniejszych aktach ustawodawstwa europejskiego (definicja nie pojawiła się ani w wymienionej Dyrektywie VAT, ani również we wcześniejszej tzw. szóstej dyrektywie[16]).

Niewątpliwie warto w tym zakresie wskazać na wyrok w sprawie C-168/84 Gunter Berkholz v. Finanzamt Hamburg-Mitte-Alstadt z dnia 4 lipca 1985 r., w którym ETS m.in. określił, warunki, które powinny być spełnione przez jednostkę organizacyjną, aby można było uznać iż w danym miejscu posiada ona stałe miejsce prowadzenia działalności. Zdaniem Trybunału aby miejsce, w którym określony podatnik wykonuje czynności można było uznać za stałe miejsce prowadzenia działalności muszą być łącznie spełnione następujące warunki:

– posiadanie przez jednostkę minimalnego rozmiaru działalności;

– ciągła obecność ludzkich zasobów koniecznych do świadczenia usług w ramach tej jednostki;

– ciągła obecność technicznych zasobów koniecznych do świadczenia usług w ramach tej jednostki.

Zatem stałe miejsce prowadzenia działalności oznacza miejsce, które charakteryzuje się pewnym minimum stałości wynikającej zarówno ze stałej obecności osób, jak i zaplecza technicznego koniecznych do wykonywania danej usługi.

Z kolei, w orzeczeniu C-231/94 ETS wskazał, iż stałe miejsce prowadzenia działalności to „określona minimalna skala działalności", tzn. w miejscu tym znajdują się zarówno środki rzeczowe, jak i personel, który może samodzielnie świadczyć określone usługi. Podobnie w wyroku w sprawie C-190/95 ARO Lease BV v. Inspecteur de Belastingdienst Grote Ondernemingen te Amsterdam z dnia 17 lipca 1997 r., w której podatnik zajmował się udostępnianiem pojazdów w formie leasingu, ETS orzekł, iż jeżeli spółka leasingowa nie posiada w Państwie Członkowskim własnego personelu, ani trwałej struktury organizacyjnej w stopniu wystarczającym do umożliwienia sporządzania umów, bądź podejmowania decyzji w zakresie zarządzania i w ten sposób umożliwienia niezależnego świadczenia usług, nie można przyjąć, iż spółka ta posiada stałe miejsce prowadzenia działalności w tym państwie.

Analogiczne rozstrzygnięcia zapadły w sprawie C-390/06 Lease Plan Luksemburg SA przeciwko Belgische Staat z dnia 7 maja 1998r. ETS orzekł bowiem, w odniesieniu do stanu faktycznego skarżącej, która prowadziła działalność w zakresie leasingu pojazdów, iż spółka leasingowa nie posiada w danym państwie członkowskim ani swojego personelu, ani trwałej struktury organizacyjnej, która umożliwiałaby

zawieranie umów oraz podejmowanie decyzji na poziomie zarządu, w związku z czym usługi, o których mowa, mogłyby być świadczone w sposób niezależny, nie można mówić o stałej siedzibie spółki w tym państwie.

Tożsame wnioski można wyciągnąć z orzeczenia w sprawie C-73/06 z dnia 28 czerwca 2007 r. Planzer Luxemburg Sarl przeciwko Bundeszentralamt fur Steuern, gdzie Trybunał powołując się na wyroki w sprawach C-168/84 i C-190/95 wskazał, iż pojęcie stałego przedsiębiorstwa wymaga minimalnej trwałości poprzez zgromadzenie stałych zasobów ludzkich i technicznych, koniecznych dla świadczenia określonych usług. Owa minimalna trwałość oznacza, zdaniem ETS, wystarczający stopień trwałości oraz strukturę, która z punktu widzenia zasobów ludzkich i technicznych jest w stanie umożliwić świadczenia danych usług w sposób niezależny. W dalszej części orzeczenia Trybunał wskazał, iż stałym przedsiębiorstwem nie jest trwałe urządzenie używane przez danego przedsiębiorcę do działalności o charakterze przygotowawczym lub pomocniczym takiej, jak rekrutacja pracowników lub zakup środków technicznych koniecznych dla wykonywania działalności przedsiębiorcy.

Stanowisko zaprezentowane w powyższych wyrokach znalazło również aprobatę w interpretacjach poszczególnych Dyrektorów Izb Skarbowych wydających interpretacje indywidualne z upoważnienia Ministra Finansów. Przykładowo wskazać można na interpretację indywidualną Dyrektora Izba Skarbowej w Warszawie z 12 września 2009 r. nr IPPP1-443-1152/08-2/AK, interpretację indywidualną Dyrektora Izba Skarbowej w Warszawie 27 maja 2009 r. nr IPPP2/443-215/09-2/BM, interpretację indywidualną Dyrektora Izba Skarbowej w Warszawie 18 stycznia 2010 r. nr IPPP2/443-1106/09-4/KOM, interpretację indywidualną Dyrektora Izba Skarbowej w Warszawie 17 maja 2010 r. nr IPPP3/443-157/10-2/KB czy interpretację indywidualną Dyrektora Izba Skarbowej w Warszawie 18 maja 2010 r. nr IPPP3/443-132/10-7/KG.

Wskazać jednak należy, że oparciu o wypracowaną przez ETS praktykę i próbę zdefiniowania pojęcia stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej, unijny ustawodawca opracował legalną definicję stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej w Rozporządzeniu Wykonawczym.

## 4. Definicja legalna stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej

Zgodnie ze wskazaną definicją[17], stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej oznacza dowolne miejsce — inne niż miejsce siedziby działalności gospodarczej podatnika, które charakteryzuje się wystarczającą stałością oraz odpowiednią strukturą w zakresie zaplecza personalnego i technicznego, by umożliwić mu odbiór i wykorzystywanie usług świadczonych do własnych potrzeb tego stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej[18].

W świetle powyższej definicji, jedynie spełnienie określonych warunków pozwoli na uznanie określonego miejsca za stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej, tj.:

1) Miejsce inne niż miejsce siedziby — zanim podatnik ustali istnienie/powstanie stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej winien on przede wszystkim ustalić, gdzie ma on siedzibę działalności gospodarczej[19].

2) Miejsce charakteryzuje się stałością (czasowa obecność na terytorium danego kraju bez zamiaru przebywania na dłuższy okres wyklucza powstanie stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej, co ma miejsce dość często, np. w przypadku wykonywania kontraktu na świadczenie usług o umowy budowlane przez spółki zagraniczne w Polsce).

3) Miejsce to posiada określone zaplecze personalne i techniczne zdolne do odbioru, konsumpcji określonej usługi — we wskazanym miejscu określona organizacja, infrastruktura musi pozwalać na odbiór określonej usługi.

W powyższym zakresie warto przede wszystkim skupić się na ostatnim ze wskazanych warunków. O ile ustalenie spełnienia pierwszego z warunków zwykle nie sprawia większych kłopotów, o tyle nieostre sformułowania w zakresie drugiego i trzeciego warunku stanowią dla podatników nie lada wyzwanie. W przypadku tego ostatniego, polskie organy podatkowe dość długo utrzymywały, że trzeci warunek spełniony jest jedynie wówczas gdy:

– określony podatnik zatrudnia w Polsce własnych pracowników (zdarzało się także, że organy wymagały, aby były to osoby, które są uprawnione do zawierania wiążących podatnika umów);

– podatnik ma tytuł prawny do określonych aktywów, infrastruktury które umożliwiają mu odbiór określonych usług.

Wskazane stanowisko prezentował m.in. Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie w interpretacji indywidualnej z dnia 14 lipca 2011 r. nr IPPP3/443-524/11-4/SM, Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie w interpretacji indywidualnej z dnia 14 lipca 2011 r. nr IPPP3/443-524/11-4/SM, Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie w interpretacji indywidualnej z dnia 13 października 2011 r. nr IPPP3/443-984/11-2/MPe.

Moim zdaniem, powyższe doprowadza do dwóch konkluzji. Po pierwsze można pokusić się o stwierdzenie, że powyższy pogląd stał się utrwalonym, a nawet dominującym, poglądem organów podatkowych. Z kolei po drugie, w oparciu o przeprowadzaną przeze mnie analizę uważam, że w związku z wejściem w życie Rozporządzenia Wykonawczego, które wprowadziło legalną definicję zmniejszyła się liczba wniosków o wydanie interpretacji, w której pytano

## 5. Wyrok TSUE w sprawie Welmory

Sytuacja zmieniła się jednak wskutek decyzji Dyrektora Izby Skarbowej w Gdańsku z dnia 16 marca 2011, której wydanie otworzyło szeroką dyskusję w zakresie pojmowania definicji stałego miejsca działalności gospodarczej, w szczególności w zakresie posiadania odpowiednich zasobów technicznych i personalnych. Spór będący kanwą wskazanej sprawy rozstrzygnąć miał dopiero TSUE. Dlatego też na potrzeby niniejszej analizy wskazać należy na dość zawiły i specyficzny stan faktyczny będący przedmiotem sporu.

We wskazanej sprawie, spółka Welmory zawarła umowę o współpracę ze spółką cypryjską, Welmory Limited. Na podstawie tej umowy spółka cypryjska miała prowadzić stronę internetową w języku polskim, na której są organizowane aukcje.

Na tej stronie internetowej Welmory miała na własny rachunek oferować i sprzedawać produkty na aukcjach. Nabywanie tych produktów w drodze aukcji było jednak możliwe tylko wtedy, gdy klienci uprzednio nabyli od spółki cypryjskiej prawa do składania ofert (*bids*). Ten model działalności prowadził w rezultacie do tego, że sprzedaż produktu skutkowała obrotem w podwójnym aspekcie. Po pierwsze, Welmory pobierała cenę nabycia, która jednak zwykle była niższa od wartości rynkowej produktu; po drugie, spółka cypryjska uzyskiwała przychody poprzez sprzedaż praw do składania ofert. Co istotne dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, do prowadzenia strony internetowej spółka cypryjska angażowała pracowników, którzy nie byli w niej zatrudnieni, i wykorzystywała w tym celu zaplecze techniczne Welmory. W kwietniu 2010 r. spółka cypryjska nabyła ponadto wszystkie udziały w Welmory. Na podstawie umowy o współpracę Welmory otrzymywała od spółki cypryjskiej wynagrodzenie za usługę sprzedaży produktów i związane z tym usługi, takie jak reklama. Welmory nie odprowadzała w związku z tym podatku VAT, ponieważ była zdania, że usługobiorca, mianowicie spółka cypryjska, powinien odprowadzić podatek VAT w miejscu swojej siedziby na Cyprze.

Jednak, zarówno Dyrektor Urzędu Kontroli Skarbowej, jak i Dyrektor Izby Skarbowej, będący organem odwoławczym w sprawie, stały na stanowisku, że usługi Welmory podlegają opodatkowaniu w Polsce. Spółka cypryjska miała bowiem w Polsce stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej (w postaci polskiej spółki), na rzecz którego świadczone były usługi.

Sprawa trafiła najpierw do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego[20] w Gdańsku, który wyrokiem z 19 lipca 2011 r. (sygn. akt: I SA/Gd 475/1) przyznał rację organom skarbowym argumentując m.in., że korzystanie z zaplecza personalnego i technicznego spółki polskiej doprowadziło do powstania stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej spółki cypryjskiej w Polsce. Na skutek skargi kasacyjnej skarżącej spółki, Naczelny Sąd Administracyjny[21] zawiesił postępowanie i skierował pytanie prejudycjalne do TSUE. Zgodnie z postanowieniem NSA, celem było ustalenie: *Czy dla opodatkowania usług świadczonych przez spółkę A z siedzibą w Polsce na rzecz spółki B z siedzibą w innym Państwie Członkowskim UE, w sytuacji gdy spółka B prowadzi działalność gospodarczą wykorzystując infrastrukturę spółki A, stałym miejscem prowadzenia działalności gospodarczej w rozumieniu art. 44 Dyrektywy 2006/112/WE?* W efekcie, NSA próbował ustalić czy koniecznym dla powstania stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej było posiadanie własnego zaplecza technicznego i osobowego czy też można było wykorzystywać zasoby innego podmiotu aby doszło do powstania tego miejsca. Ubolewać można jedynie nad tym, że TSUE nie wypowiedział się jasno w zakresie zadanego pytania. Niestety, uzasadnienie wyroku, a także sama odpowiedź na pytanie nie pozwala na jednoznaczne ustalenie prawidłowości stanowiska polskich organów podatkowych, ani skarżącego we wskazanej sprawie.

W wyroku z 16 października 2014 r. (C-605/12) TSUE ograniczył się bowiem do stwierdzenia, że aby spółkę cypryjską, można było uważać za posiadającą stałe miejsce prowadzenia działalności, powinna ona dysponować w Polsce przynajmniej strukturą charakteryzującą się wystarczającą stałością, umożliwiającą, w zakresie zaplecza personalnego i technicznego, w Polsce odbiór i wykorzystywanie usług świadczonych przez spółkę polską do własnych potrzeb działalności gospodarczej. Konkretnie, na pytanie prejudycjalne odpowiedział w następujący sposób: *Pierwszy podatnik mający siedzibę działalności gospodarczej w jednym państwie członkowskim, który korzysta z usług świadczonych przez drugiego podatnika mającego siedzibę w innym państwie członkowskim, powinien być uważany za posiadającego w tym innym państwie członkowskim „stałe miejsce prowadzenia działalności" w rozumieniu art. 44 dyrektywy Rady 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej, zmienionej dyrektywą Rady 2008/8/WE z dnia 12 lutego 2008 r., w celu określenia miejsca opodatkowania tych usług, jeżeli to stałe miejsce charakteryzuje się wystarczającą stałością oraz odpowiednią strukturą w zakresie zaplecza personalnego i technicznego, by umożliwić mu odbiór usług i wykorzystywanie ich do celów jego działalności gospodarczej, czego zbadanie należy do sądu odsyłającego.* Wobec tego, mimo dużych oczekiwań osób postronnych w zakresie rozstrzygnięcia możliwości uznania wykorzystywania obcych zasobów personalnych i technicznych dla celów powstania stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej, TSUE nie wypowiedział się jednoznacznie i przeniósł ciężar rozstrzygnięcia istoty sporu na sąd krajowy (w tym wypadku NSA).

Bardziej jasne dla sprawy tezy wypowiedziała jednak Rzecznik Generalna Juliane Kokott w swej opinii przedstawionej w dniu 15 maja 2014 r[22]. W odróżnieniu od TSUE, wskazała ona wprost, że do przyjęcia stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej w danym państwie nie jest konieczne, aby podatnik dysponował personelem, który jest u niego zatrudniony, i zapleczem technicznym, będącym jego własnością. Wymagane jest przy tym, aby kontrola nad wskazanymi zasobami była porównywalna do kontroli, jaką podatnik sprawuje na własnymi zasobami technicznymi i personalnymi[23].

## 6. Wpływ sprawy Welmory na interpretację pojęcia przez polskie organy

Na nieszczęście podatników zagranicznych nabywających usługi od polskich podmiotów, organy podatkowe ochoczo przyjmowały tezy wysnute przez Rzecznik Generalną. Po wydaniu wskazanej opinii organy podatkowe jednoznacznie opowiadały się za powstaniem w Polsce stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej przez podmioty zagraniczne, które nawiązywały dłuższą współpracę ze swoimi kontrahentami, a tym bardziej te który współpracowały ze swoimi spółkami zależnymi czy oddziałami — jako argument za powstaniem stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej organy podatkowe wskazują (często bezrefleksyjnie) istnienie kontroli porównywalnej do aktywów czy pracowników obcej Spółki, jak w przypadku kontroli własnych pracowników czy aktywów[24].

Jako przykłady wskazać można szereg interpretacji np. interpretację indywidualną Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 16 grudnia 2016 r. nr IPPP3/4512-225/16-4/JŻ, interpretację indywidualną Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 25 lutego 2016 r. nr IPPP3/4512-1051/15-4/JŻ, interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie

z dnia 8 lutego 2017 r. nr 1462-IPPP3.4512.976.2016.1. JF czy interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 11 lipca 2017 r. nr 0114-KDIP1-2.4012.196.2017.1. MC

Mamy więc do czynienia z dość ciekawą sytuacją, tj. uznaniem, że niezależny podmiot wykonujący usługę w ramach swojej działalności może w sposób nieświadomy stać się stałym miejscem działalności gospodarczej innego niezależnego podmiotu. Jest to o tyle kłopotliwe, że wskutek takiej sytuacji, np. operator logistyczny mający kilkunastu/kilkudziesięciu kontrahentów, powinien wystawiać faktury za usługi z polskim VAT, mimo że usługobiorca pozostaje na stałe w swoim Państwie siedziby. Efektem nieprawidłowego fakturowania mogą być nie tylko konsekwencje na gruncie VAT, do których należą m.in. nałożenie dodatkowego zobowiązania podatkowego w VAT (sankcja 30% a nawet 100%) czy konieczność zapłaty odsetek, ale również konsekwencje na gruncie KKS dla osób odpowiedzialnych za prawidłowość rozliczeń VAT w spółkach. Dlatego też, aktualnie, tj. po wskazanym wyroku w sprawie Welmory, niektórzy usługodawcy wolą bezpiecznie założyć, że stanowią stałe miejsca prowadzenia działalności gospodarczej zagranicznego podmiotu, co skutkuje obowiązkiem rejestracji podmiotu zagranicznego w Polsce i koniecznością samodzielnego wnioskowania o zwrot VAT z tytułu zakupionych usług od polskiego świadczeniodawcy.

O ile jednak wydaje mi się, że do pogodzenia byłaby sytuacja, gdyby odrębny choć zależny podmiot kapitałowo (np. będący własnością w 100% innego podmiotu), którego sens istnienia wyznacza wyłącznie działalność podmiotu innego podmiotu zagranicznego, o tyle nazbyt uciążliwym i systemowo nie do pogodzenia jest uznawanie za stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej innego podmiotu, którego pracownicy nie przebywają w Polsce ani nie podejmują stąd wiążących dla danego podatnika decyzji, natomiast zadaniem polskiego usługodawcy jest realne wspomaganie prowadzenia działalności danego podatnika, który robi to w ramach swojej zwykłej działalności prowadzonej na własny rachunek. Poza nawias wskazanej dyskusji wyciągnąć należy oczywiście sytuacji nadużycia prawa, jak np. tworzenie niezasadnych biznesowo struktur (organizacyjnych ale również schematów transakcji), nastawionych wyłącznie na osiągnięcie korzyści podatkowej.

Myślę, że profiskalne podejście organów podatkowych przesłoniło właściwą ocenę powyższego wyroku ws. Welmory i dlatego w sposób bezrefleksyjny organy podatkowe oraz celno-skarbowe w większości sytuacji uznają, że polski usługodawca jest stałym miejscem prowadzenia działalności gospodarczej dla podmiotu zagranicznego. Pozostaje jednak liczyć, że orzecznictwo WSA oraz NSA przyniesie ciekawe, dotykające istoty problemu rozstrzygnięcia, w szczególności po opublikowania po wyroku TSUE w tej samej sprawie, w której stroną była spółka Welmory (mowa o wyroku z 20 marca 2017 r.; sygn.. akt: I FSK 1884/14).

NSA uznał w nim bowiem, że WSA w Gdańsku naruszył art. 28b ust. 2 w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy o VAT, poprzez jego błędną interpretację prowadzącą do stwierdzenia, iż odrębny i niezależny podmiot, wykonujący samodzielną działalność i będący w związku z tym podatnikiem VAT w rozumieniu art. 15 ust. 1 ustawy o VAT, może tworzyć „stałe miejsce wykonywania działalności" innego podatnika. Powodem tego naruszenia było również to, że sąd nie ustalił w sprawie czy spółka cypryjska korzystała z infrastruktury spółki polskiej. Pozostaje mieć nadzieję, że ww. wyrok stanowił będzie ciekawy punkt do dyskusji w zakresie możliwości uznania niezależnego i odrębnego podmiotu za stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej innego podmiotu.

---

[1] Ustawa (2004) z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. 2018 poz. 2174 z późn. zm.; dalej jako „ustawa o VAT").

[2] Mam tu przede wszystkim na myśli przepisy art. 43 ust. 1 pkt 38–41 ustawy o VAT.

[3] W odróżnieniu od transakcji zwolnionych, stosowanie stawki 0% VAT pozwala na zachowanie prawa do odliczeniu przy nabyciu towarów i usług związanych z wykonywaniem takich czynności.

[4] Art. 7 ust. 1 ustawy o VAT. Dalsze ustępy tego przepisu wskazują przykłady dostawy towarów, które podlegają opodatkowaniu (np. darowizna rzeczy, przy nabyciu której przysługiwało podatnikowi prawo do odliczenia), jak i dostawy towarów, które nie podlegają opodatkowaniu VAT (np. dostawa prezentów o małej wartości).

[5] Art. 8 ust. 1 ustawy o VAT.

[6] Dyrektywa (2006) Rady z dnia 28 listopada 2006 r. 2006/112/WE w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz. U. UE. L. 2006.347.1).

[7] Rozporządzenie (2011) Rady (UE) nr 282/2011 z dnia 15 marca 2011 r. ustanawiające środki wykonawcze do dyrektywy 2006/112/WE w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz. U. UE. L. 2011.77.1).

[8] Art. 22 ustawy o VAT.

[9] Przepis jest wynikiem implementacji przepisu art. 44 Dyrektywy VAT.

[10] Ustawa (2009) z dnia 23 października 2009 r. o zmianie ustawy o VAT (Dz. U. 2009 nr 195, poz. 1504 z późn. zm.).

[11] Art. 28g ustawy o VAT.

[12] Art. 28e ustawy o VAT.

[13] Sejm VI kadencji; Druk 2222; publ. http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruku/2222; (15.01.2019)

[14] Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

[15] Dalej jako „ETS".

[16] Szósta Dyrektywa (1977) Rady z dnia 17 maja 1977 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw Państw Członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych — wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednolicona podstawa wymiaru podatku (77/388/EWG).

[17] Art. 11 ust. 1 Rozporządzenia Wykonawczego.

[18] Definicja ta dotyczy jedynie stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej, które jest usługobiorcą dla danej usługi. W przypadku konieczności ustalenia istnienia stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej dla usługodawcy, który np. świadczy usługi dla osób, niebędących podatnikami należy odwołać się do art. 11 ust. 2 Rozporządzenia Wykonawczego, który za stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej uznaje miejsce które charakteryzuje się wystarczającą stałością oraz odpowiednią strukturą w zakresie zaplecza personalnego i technicznego, by umożliwić mu świadczenie usług.

[19] W tym zakresie należy dokonać analizy wymaganej przez przepis art. 10 Rozporządzenia Wykonawczego.

[20] Dalej jako „WSA".

[21] Dalej jako „NSA".

[22] http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A62012CC0605; (15.01.2019).

[23] Punkt 48 wskazanej opinii.

[24] Co znajduje z resztą poparcie w Sprawozdaniu (2015) z 11. spotkania VAT Expert Group z 11 września 2015 r. Podgrupa dyskutująca w temacie — Welmory sp. z o.o., sprawa 605/12 (taxud. c. 1 (2015) 3987442) — EN.

## Bibliografia

Sejm VI kadencji; Druk 2222; publ. http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruku/2222; (15.01.2019).
http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A62012CC0605; (15.01.2019).
Sprawozdanie (2015) z 11. spotkania VAT Expert Group z 11 września 2015 r. Podgrupa dyskutująca w temacie — Welmory sp. z o.o., sprawa 605/12 (taxud. c. 1 (2015) 3987442) — EN.

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.25

# Suwerenność państwa a przestrzeń kosmiczna

## Sovereignty of the state and the outer space

***mgr Michał Matusiak***

E-mail: m_matusiak@wp.pl

**Streszczenie**

Niniejszy artykuł ma na celu przybliżenie kwestii związanych z suwerennością państwa w świetle prawa międzynarodowego publicznego. Powyższe zagadnienie staje się coraz bardziej istotne w świetle rozwoju technik kosmicznych i ich użyciu w codziennym życiu. Temat został przedstawiony w trzech aspektach. Pierwszym jest problem delimitacji przestrzeni kosmicznej, drugim kwestia jurysdykcji państwa w stosunku do osób i obiektów znajdujących się w przestrzeni kosmicznej, a ostatnim zagadnienie nawigacji satelitarnej w kontekście suwerenności państwa. W opracowaniu powyższe kwestie zostają podsumowane, ponadto wskazano istniejące, a także przyszłe problemy, które mogą powstać w związku z rozwijającą się aktywnością człowieka w przestrzeni kosmicznej. Na koniec zostaje podjęta próba odpowiedzi na pytanie, w jakim kierunku powinno się rozwijać międzynarodowe prawo kosmiczne, aby uniknąć przyszłych konfliktów na tle wykorzystania kosmosu przez człowieka.

**Słowa kluczowe:** suwerenność, prawo kosmiczne, delimitacja, prawo międzynarodowe, przestrzeń kosmiczna.

**Summary**

The article concerns on subject of sovereignty of the state in the outer space. The author describes the subject, using three the most important examples of problems, connected to jurisdiction of state in the outer space.

First problem, which is highlighted, it is delimitation of the outer space. This is an important issue, because the boundary between the air space and the outer space is also the frontier of the jurisdiction of the state. The air space and the outer space are regulated by other branches of the international law and determination of this frontier indicates which rules govern activity in this kind of space.

Second issue is jurisdiction of state, connected to objects and peoples launched to the outer space. The international agreements established that the exclusive jurisdiction is reserved for the state of registration. Actually, more and more states do not fulfil their obligations and frequently jurisdiction of states is not obvious. The space activity becomes also on scope of interesting of private companies, what can be reason of next problems.

The last issue raised in this article is question of signal of global navigation satellite system, which is recognized as good rare and limited. Wavelengths are dedicated for states, but there are more requirements than possibilities. There is also problem of place in geostationary orbit for satellites and liability or responsibility for using systems of navigation.

Finally, the author indicates direction which can be taken to upgrade the international law of outer space.

**Key words:** sovereignty, space law, delimitation, international law, outer space.

## 1. Wstęp

Obecny, 2018 rok jest rokiem szczególnym, w którym przypada wiele ważnych „okrągłych" rocznic. Najważniejszą dla Polaków jest stulecie odzyskania przez nasz kraj niepodległości, a dla prawników istotnym jest 210-lecie istnienia Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. W niniejszym artykule chciałbym odnieść się do obu rocznic. Z wielu wybitnych prawników, którzy byli związani z naszym Wydziałem jednym z bardziej znanych specjalistów w zakresie prawa międzynarodowego publicznego był profesor Manfred Lachs, który jest nie tylko patronem jednego z budynków Wydziału, ale także pionierem międzynarodowego prawa kosmicznego. Jednocześnie rocznica odzyskania niepodległości skłania do refleksji nad kwestią suwerenności w kontekście prawa kosmicznego.

Wskazany wyżej temat jest wielowątkowy i wyczerpanie go przekracza ramy tego artykułu. W niniejszej pracy chciałbym więc poruszyć trzy kwestie, według mnie zasadnicze, które najbardziej wpływają na suwerenność państwa oraz problemy, które są z nimi związane. Pierwszą jest delimitacja przestrzeni kosmicznej, czyli rozdzielenie przestrzeni kosmicznej od przestrzeni powietrznej, co jest bardzo istotne w kwestii suwerenności państwa. Drugą jest kwestia władzy państwa

nad obiektami i osobami znajdującym się w przestrzeni kosmicznej oraz konsekwencjami tej władzy. Ostatnim tematem, który chciałbym poruszyć są fale elektromagnetyczne, przenoszące sygnały nawigacji satelitarnej, które przemieszczają się w przestrzeni kosmicznej, a następnie wchodzą w przestrzeń suwerenności państwa.

## 2. Suwerenność państwa

Przed rozpoczęciem rozważań o suwerenności państwa w kontekście prawa kosmicznego, należy zdefiniować czym w ogóle jest suwerenność, aby móc odnieść je do przestrzeni kosmicznej. Poczynając od źródeł nieprawniczych, można wskazać, że Encyklopedia Britannica definiuje suwerenność jako *the ultimate overseer, or authority in the decision-making process of the state and in the maintenance of order* (The New Encyclopaedia Britannica, 1994), autorzy podkreślają jednak, że jest to pojęcie z zakresu teorii polityki, kontrowersyjne w prawie międzynarodowym. Z kolei „Encyklopedia Popularna" PWN podaje, że suwerenność to *niezależność państwa (od momentu jego powstania) od wszelkiej władzy w stosunkach z innymi państwami i organizacjami międzynarodowymi (s. zewnętrzna) oraz samodzielność w regulowaniu spraw wewnętrznych (s. wewnętrzna*; Encyklopedia Popularna PWN, 2017). Warto więc podkreślić wskazywaną w obu przykładach kwestię sprawowania władzy i niezależności od innych państw.

Powracając na niwę prawną, należy stwierdzić, że prawo międzynarodowe publiczne nie stworzyło jak dotąd definicji suwerenności, którą można uznać za jednoznaczną (Polkowska, 2009). Poczynając od klasycznych Jeana Bodina, który w dziele „Sześć ksiąg o Rzeczpospolitej" stwierdza, że suwerenność to *absolutne i nieograniczone czasowo władztwo Rzeczpospolitej* (Kranz, 2015) oraz, że *Rzeczpospolita jest prawnym rządem, z władztwem suwerennym, nad wieloma rodzinami i tym, co im jest wspólne* (Kranz, 2015). Po drugiej wojnie światowej pojęcie suwerenności często jest łączone z równością, na co wskazuje Karta Narodów Zjednoczonych, która również tego pojęcia nie definiuje, podobnie jak późniejsze akty prawa międzynarodowego, powołujące się na pojęcie suwerenności. Podobnie nie powstał, jak dotychczas zwyczaj międzynarodowy, będący źródłem prawa, który zdefiniowałby pojęcie suwerenności. Ze względu na brak powyższych, należy sięgnąć do dwóch pomocniczych źródeł prawa międzynarodowego, czyli doktryny i judykatury. J. Kranz zauważa, że pojęcie suwerenności jest nieodłącznym atrybutem państwa (którego powstanie uważa za kwestię faktów) i definiuje je jako „posiadanie podmiotowości państwowej" (Kranz, 1996) i zaznacza, że w prawie międzynarodowym używa się go w następujących znaczeniach: *po pierwsze, dla określenia statusu państwa w stosunkach międzynarodowych, po drugie zaś dla podkreślenia swobody państwa w wykonywaniu jego kompetencji* (Kranz, 1996). Autor podsumowuje swój wywód, wskazując, że *istota suwerenności polega na zdolności terytorialnej organizacji politycznej do spełniania funkcji państwowych (…) jako centrum kierownicze i system decyzyjny niezależny od innych państw* (Kranz, 1996), wskazując jednak na granice suwerenności wynikające z kompetencji innych państw oraz z norm prawa międzynarodowego. Podkreśla przy tym, że suwerenność nie oznacza zamkniętego katalogu kompetencji.

Z kolei M. Shaw stawia znak równości pomiędzy niepodległością a suwerennością i wskazuje, że jest to podstawowe prawo państwa. Wskazuje on także, że w 1949 r. Komisja Prawa Międzynarodowego ONZ zdefiniowała w projekcie deklaracji praw i obowiązków państw suwerenność jako *zdolność państwa do samodzielnego i niezależnego od dominacji innych państw bytu i rozwoju, pod warunkiem, że nie ogranicza to ani nie narusza ich legalnych praw* (Shaw, 2000).

Odnosząc się do pojmowania suwerenności przez sądy międzynarodowe, należy wskazać przede wszystkim sprawę statku Lotus, w której wyrok został wydany w roku 1927 przez Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej, w którym stwierdzono, że nie można domniemywać ograniczeń władzy państwowej na jego terytorium (P.C.I.J, 1927). Z kolei Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości orzekając w sprawie Cieśniny Korfu w 1949 r. zauważa, że podstawową zasadą stosunków międzynarodowych jest poszanowanie suwerenności terytorialnej pomiędzy państwami (ICJ Reports, 1949).

Ze wszystkich powyższych przykładów wynika, że suwerenność państwa oznacza wyłączną władzę państwa nad określonym terytorium, z wyłączeniem kompetencji innych państw. Można wskazać jej wewnętrzne i zewnętrzne aspekty, jednakże wydaje się oczywiste, że dotyczy ona danego wycinka powierzchni Ziemi, który jest wyznaczony przez granicę, czyli zamkniętą linię ustaloną przez prawo międzynarodowe. Współcześnie wskazuje się czasami na to, że suwerenność może być ograniczona lub częściowa, jednak przeważa pogląd o możliwości przekazania np. organizacji międzynarodowej jedynie wykonywania określonych kompetencji. Ta możliwość wynika właśnie z suwerenności państwa i należy je określić raczej jako ograniczenie w wykonywaniu kompetencji lub przekazanie ich przez państwo innemu podmiotowi. Przykładem instytucji, której państwa przekazują wykonywanie swoich kompetencji jest obecnie Unia Europejska, jednak należy zauważyć, że po pierwsze przystąpienie do tej organizacji jest dla państwa dobrowolne, a po drugie istnieje możliwość opuszczenia Unii Europejskiej, czego jesteśmy świadkami w związku z tzw. Brexitem.

## 3. Delimitacja przestrzeni kosmicznej

### 3.1. Pojęcie delimitacji przestrzeni kosmicznej

Starożytni Rzymianie opisywali granice własności gruntu, zasadą *cuius solem eius coelum* — czyja ziemia tego powietrze. Ich sentencję podtrzymywali średniowieczni glosatorzy jak Akursjusz, który granice własności ziemi rozciągał od piekła do nieba słowami *Cuius est solum, eius est usque ad*

*coelum et ad inferos*. Jednakże w chwili pojawienia się obiektów latających, które były własnością człowieka, powstało zagadnienie praktyczne dotyczące władzy właściciela gruntu nad przestrzenią powietrzną, która znajduje się ponad nim. W 1782 r. bracia Montgolfiere zaprezentowali swój balon unoszony ciepłym powietrzem, a już w 1815 r. doszło do rozstrzygnięcia w sprawie Pickering vs. Rudd, w którym sąd uznał, że przelot nad cudzym gruntem nie jest wykroczeniem (Polkowska, 2009). Ten wstęp dotyczący prawa prywatnego można odnieść do prawa międzynarodowego w zakresie suwerenności państwa w przestrzeni powietrznej i kosmicznej.

Suwerenność państwa w przestrzeni powietrznej, jest to kwestia, która została uregulowana wkrótce po rozpowszechnieniu lotnictwa podczas I wojny światowej. Już Międzynarodowa konwencja lotnicza z dnia 13 października 1919 r., czyli pierwsza umowa międzynarodowa dotycząca prawa lotniczego ustanowiła zasadę, *że każde państwo posiada całkowite i wyłączne zwierzchnictwo nad przestrzenią powietrzną ponad swoim terytorium* (Międzynarodowa konwencja lotnicza, 1919), co zostało powtórzone w art. 1 Konwencji o międzynarodowym lotnictwie cywilnym z dnia 7 grudnia 1944 r. (konwencja chicagowska). Zasada ta jest uznawana za podstawową dla prawa lotniczego (Kołodziej, 2002) i trzeba ją rozpatrywać w kontekście art. 2 Układu o zasadach działalności państw w zakresie badań i użytkowania przestrzeni kosmicznej, łącznie z księżycem i innymi ciałami niebieskimi, który stanowi, że: *Przestrzeń kosmiczna, łącznie z Księżycem i innymi ciałami niebieskimi, nie podlega zawłaszczeniu przez państwa ani poprzez ogłoszenie suwerenności, ani w drodze użytkowania lub okupacji, ani w jakikolwiek inny sposób*[1]. Porównanie powyższych dwóch artykułów pokazuje zasadniczą różnicę pomiędzy podejściem do dwóch rodzajów przestrzeni i w kontekście suwerenności, wyznacza niejako „górną" granicę państwa, w którym sprawuje ono wyłączną władzę.

Jednak, aby można było dwie przestrzenie rozdzielić, niezbędne wydaje się określenie czym jest przestrzeń kosmiczna. Podobnie jak wiele innych pojęć w prawie międzynarodowym publicznym nie została ona zdefiniowana, pomimo kilku dziesięcioleci prac podkomitetu prawnego Komitetu ds. pokojowego wykorzystania przestrzeni kosmicznej (dalej: COPUOS; Kułaga, 2007). Brak tej definicji nie przeszkodził jednak stworzeniu całej gałęzi prawa międzynarodowego. Podobnie nie zawarto jak dotąd umowy międzynarodowej, ani nie został wypracowany zwyczaj międzynarodowy w kwestii delimitacji przestrzeni kosmicznej, czyli wyznaczenia granicy pomiędzy przestrzenią powietrzną a przestrzenią kosmiczną, a jest ona kluczowa w kontekście suwerenności, gdyż stanowi jednocześnie granicę między kompetencją prawa lotniczego a prawa kosmicznego, co ma doniosłe znaczenie dla suwerenności państwa (Bielicki, 2014).

Wyznaczenie granicy pomiędzy przestrzenią powietrzną a przestrzenią kosmiczną jest jak zostało wskazane kluczowe. Nie została jednak przyjęta umowa międzynarodowa o uniwersalnym zasięgu, która wskazywałaby koniec przestrzeni powietrznej. Nie wynika to jednoznacznie również z praw fizyki, ponieważ atmosfera rozrzedza się stopniowo i nie można wskazać jednej linii, która oddzielałaby przestrzeń powietrzną od kosmosu. Warto zauważyć, że amerykański fizyk Theodore von Kármán wytyczył umowną linię oddzielającą na wysokości 100 km n.p.m., a w nauce pojawiają się również głosy, że należy ja wytyczyć na wysokości 150–160 km n.p.m. Jest to zatem kwestia kontrowersyjna również dla fizyków (de Oliveira Bittencourt Neto, 2015)[2].

### 3.2. Delimitacja przestrzeni kosmicznej w prawie wewnętrznym oraz aktach jednostronnych państw jako wyraz zwyczaju międzynarodowego

Nie mając podstawy traktatowej, zgodnie z art. 38 ust. 1 pkt b Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, zaczynam badać *zwyczaj międzynarodowy, jako dowód istnienia powszechnej praktyki, przyjętej jako prawo* (Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości)[3]. Trzeba w tym miejscu zastanowić się jak wskazać istnienie powszechnej praktyki. Warto w tym momencie sięgnąć do prawa krajowego państw oraz aktów jednostronnych państw, szczególnie tych, których zaangażowanie w działalność kosmiczna jest największe, jako dowód na istnienie *opinio iuris*[4].

Pierwszym przykładem są Stany Zjednoczone, które wprawdzie do COPUOS zgłosiły brak zainteresowania w wyznaczaniu stałej granicy pomiędzy przestrzenią powietrzną a przestrzenią kosmiczną (de Oliveira Bittencourt Neto, 2015). Jednak można w sposób pośredni stwierdzić opinio iuris, ponieważ istnieje regulacja wewnętrzna Armii Stanów Zjednoczonych, która przyznaje Wojskową Odznaki Astronauty (Bielicki, 2014) *personelowi, który ukończył co najmniej jedną operację w przestrzeni kosmicznej (50 mil nad ziemią)*[5], innymi słowy Stany Zjednoczone w sposób pośredni uznały linię delimitacji na wysokości ok. 80 km na poziomem morza. Innym przykładem jest Australia, która zgłosiła do COPUOS oświadczenie o braku definiowania przez prawo wewnętrzne przestrzeni kosmicznej, ale podkreśla, że jest to przestrzeń powyżej 100 km nad poziomem morza w wielu definicjach dotyczących działalności w przestrzeni kosmicznej, np. wystrzelenia obiektu kosmicznego[6].

Niektóre państwa umieściły regulacje dotyczące delimitacji przestrzeni kosmicznej w aktach rangi najwyższej, co jest uzasadnione ze względu na kwestię suwerenności. Federalna Konstytucja Meksyku w artykule 27 odwołuje się do prawa międzynarodowego w kwestii wyznaczenia górnej granicy władzy państwa (Federalna Konstytucja Meksyku)[7]. Podobnie Kolumbia wskazuje w art. 101 swojej konstytucji, że jej granice, również w przestrzeni powietrznej i na orbicie geostacjonarnej wyznacza prawo międzynarodowe, a dopiero w jego braku wewnętrzne prawo Kolumbii (Konstytucja Kolumbii)[8].

Na koniec rozważań nad prawem krajowym, chciałbym wskazać praktykę Polski dotyczącą delimitacji przestrzeni kosmicznej. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej

z 2 kwietnia 1997 r. wskazuje w art. 5, że *Rzeczpospolita Polska strzeże niepodległości i nienaruszalności swojego terytorium* (Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej)[9], a w art. 9 stanowi, że Rzeczpospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego (Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej)[10], z kolei w art. 26 ust. 1 stanowi, że *Siły Zbrojne Rzeczypospolitej Polskiej służą ochronie niepodległości państwa i niepodzielności jego terytorium oraz zapewnieniu bezpieczeństwa i nienaruszalności jego granic* (Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej)[11]. Można zatem uznać, że Konstytucja nie wskazuje delimitacji przestrzeni kosmicznej i pozostawia tą kwestię prawu międzynarodowemu. Obecnie nie ma innych aktów prawa wewnętrznego, które wskazywałyby w prawie polskim granicę suwerenności w przestrzeni powietrznej, jednak trwają prace nad ustawą o działalności kosmicznej oraz Krajowym Rejestrze Obiektów Kosmicznych[12], która jednak nie wskazuje na granicę przestrzeni powietrznej ani wprost tworząc definicję przestrzeni kosmicznej, ani w sposób pośredni.

Oprócz prawa krajowego można wskazać jeden przykład prawa Unii Europejskiej, który odnosi się do przestrzeni kosmicznej. W Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 388/2012 z dnia 19 kwietnia 2012 r. zmieniającym rozporządzenie Rady (WE) nr 428/2009 ustanawiające wspólnotowy system kontroli wywozu, transferu, pośrednictwa i tranzytu w odniesieniu do produktów podwójnego zastosowania, stwierdzone zostało, że pojęcie produkt klasy kosmicznej odnosi się do *produktów projektowanych, wytwarzanych i testowanych w taki sposób, żeby spełniały specjalne wymagania elektryczne, mechaniczne lub środowiskowe, związane z ich stosowaniem podczas wystrzeliwania i wykorzystywania satelitów lub urządzeń latających na dużych wysokościach, od 100 km wzwyż*[13]. Można tym samym założyć, że zgodnie z prawem Unii Europejskiej przestrzeń kosmiczna zaczyna się na wysokości 100 km, co jest zgodne z ustawodawstwem części państw wskazanych powyżej.

### 3.3. Dwa podejścia do kwestii delimitacji przestrzeni kosmicznej

Wcześniejsze rozważania nie przyniosły odpowiedzi na pytanie o delimitację przestrzeni kosmicznej. Z. Galicki wskazuje na trzy przyczyny, dla których konieczne jest rozwiązanie tego zagadnienia w prawie międzynarodowym (Galicki, 2010). Po pierwsze jest to rozwój techniki, który pozwala na osiąganie coraz wyższego pułapu przez statki powietrzne, latające w przestrzeni powietrznej, a jednocześnie powoduje, że obiekty kosmiczne mogą być umieszczane na coraz niższych orbitach. Powoduje to, że zanika przestrzeń, która nie jest wykorzystywana przez obydwa rodzaje obiektów co prowadzi do zatarcia rozgraniczenia pomiędzy reżimami prawa lotniczego i kosmicznego. Drugą przyczyną braku delimitacji jest powstanie środków transportu, które mogą być używane zarówno w przestrzeni kosmicznej, jak i w przestrzeni powietrznej, co powoduje problemy związane, np. z rejestracją tych obiektów, różniącą się w przypadku statków powietrznych i obiektów kosmicznych. Jako trzecią przyczynę, Z. Galicki podaje zagrożenie dla bezpieczeństwa międzynarodowego, związane z różnym statusem przestrzeni kosmicznej i powietrznej w kontekście ich militaryzacji.

Obecnie w prawie międzynarodowym istnieją dwa odmienne stanowiska, dotyczące delimitacji przestrzeni kosmicznej. Pierwszym jest podejście grupy tzw. spatialistów, którzy stwierdzają potrzebę geograficznego podziału pomiędzy przestrzenią powietrzną, a przestrzenią kosmiczną i tym samym wyznaczenia granicy pomiędzy różnymi reżimami prawa międzynarodowego. Z kolej funkcjonaliści opowiadają się za rozgraniczeniem obu przestrzeni na podstawie możliwości używania statków powietrznych, mianowicie przestrzeń powietrzna miałaby się kończyć w miejscu zasięgu statku powietrznego (de Oliveira Bittencourt Neto, 2015). Obie teorie mają swoje zalety i wady, jednakże według mnie zastosowanie którejkolwiek napotyka na dwa zasadnicze problemy, wskazane już wcześniej. Po pierwsze nie ma możliwości geograficznego rozdziału obu przestrzeni ze względu na płynne przechodzenie z atmosfery do przestrzeni kosmicznej, co widać po różnicach w opiniach fizyków. Z drugiej strony użycie teorii funkcjonalnej również nie jest oczywiste, ze względu na wspomniany wcześniej rozwój techniki, powodujący używanie statków powietrznych na coraz wyższym pułapie oraz pojawienie się obiektów działających w obu przestrzeniach, przez co również teoria funkcjonalna ma swoje ograniczenia. Warto zauważyć, że podział ten istnieje również w systemach prawnych poszczególnych krajów, których część opowiedziała się za wyznaczeniem pułapu, na którym kończy się przestrzeń powietrzna, a inne zrezygnowały z takiego podziału. Różnice poglądów w teorii oraz praktyce nie zmieniają jednak potrzeby uregulowania tego zagadnienia w prawie międzynarodowym, w celu uniknięcia problemów, dotyczących właśnie kwestii suwerenności oraz traktowania poszczególnych obiektów.

## 4. Suwerenność państwa w stosunku do obiektów oraz osób w kosmosie

Jak zostało wskazane powyżej, zgodnie z art. II Układu o zasadach działalności państw w zakresie badań i użytkowania przestrzeni kosmicznej, łącznie z księżycem i innymi ciałami niebieskimi, państwa nie mogą zawłaszczać przestrzeni kosmicznej w jakikolwiek sposób. Niezależnie od wcześniejszych rozważań o problemach z delimitacją przestrzeni kosmicznej, należy zadać sobie pytanie, komu podlega obiekt oraz znajdujące się na jego pokładzie osoby, kiedy znajdzie się już w przestrzeni kosmicznej.

Odpowiedź na pytanie dotyczące jurysdykcji udziela art. VIII Układu o zasadach działalności państw w zakresie badań i użytkowania przestrzeni kosmicznej, łącznie z księżycem i innymi ciałami niebieskimi, który stanowi, że *Państwo Strona Układu, w którym zarejestrowany jest obiekt wypusz-*

*czony w przestrzeń kosmiczną, zachowuje jurysdykcję i kontrolę nad tym obiektem oraz nad znajdującą się na jego pokładzie załogą, gdy znajduje się on w przestrzeni kosmicznej lub na ciele niebieskim*[14]. Dalej przepis ten stanowi, że własność obiektów kosmicznych nie ustaje po powrocie na Ziemię i dotyczy to również ich części składowych.

O zwrocie obiektów i kosmonautów, którzy znaleźli się na terytorium państwa trzeciego, stanowi także Umowa o ratowaniu kosmonautów, powrocie kosmonautów i zwrocie obiektów wypuszczonych w przestrzeń kosmiczną z 1968 r., która nakazuje, aby państwo, na którego terytorium lub na terytorium niepodlegającym jurysdykcji żadnego państwa, znalazł się obiekt kosmiczny lub jego załoga zwróciło obiekt oraz załogę do państwa wypuszczającego, a w przypadku braku możliwości jego identyfikacji, nakazuje podanie do publicznej wiadomości tego faktu. Umowa ta nakazuje również udzielenie wszelkiej pomocy obiektowi oraz załodze, a także informowanie państwa wypuszczającego oraz Sekretarza Generalnego ONZ o podjętych środkach. Obowiązki te wynikają z Układu o zasadach działalności państw w zakresie badań i użytkowania przestrzeni kosmicznej, łącznie z księżycem i innymi ciałami niebieskimi, który nadaje astronautom status wysłanników ludzkości i również nakazuje ich zwrot w przypadku wypadku, niebezpieczeństwa lub przymusowego lądowania. Można sobie jednak zadać, pytanie, czy państwo może zawłaszczyć części składowe obiektu, do którego własność nie została ustalona pomimo podania faktu znalezienia obiektu lub jego części do publicznej wiadomości. M. Polkowska uważa, że jest to możliwe po uzyskaniu pewności, że do własności obiektu nie przyznaje się żadne państwo, czyli po uznaniu, że obiekt został porzucony na stałe (Polkowska, 2011).

Prawo międzynarodowe wyróżniło część przestrzeni kosmicznej, zawierając w 1979 r. Układ normujący działalność państw na Księżycu i innych ciałach niebieskich. Mimo niewielkiej liczby ratyfikacji, warto zwrócić uwagę na tą umowę w kontekście suwerenności na obiektach wypuszczonych w kosmos, ponieważ zawiera on dwie klauzule dotyczące tej tematyki. Po pierwsze stwierdza, że państwo zachowuje jurysdykcję i kontrolę nad obiektami i osobami, a także urządzeniami, instalacjami i stacjami się na Księżycu lub innych ciałach niebieskich. Po drugie, Układ odnosi się do podmiotów prywatnych, poprzez zapewnienie państw-stron o podejmowaniu działań przez podmioty pozarządowe, które podlegają ich jurysdykcji, jedynie z upoważnienia i pod ich stałym nadzorem.

Jak wskazano powyżej, „Układ o zasadach działalności państw w zakresie badań i użytkowania przestrzeni kosmicznej, łącznie z księżycem i innymi ciałami niebieskimi" łączy jurysdykcję z państwem, w którym został zarejestrowany dany obiekt kosmiczny. Rejestrację obiektów kosmicznych reguluje „Konwencja o rejestracji obiektów kosmicznych wypuszczonych w przestrzeń kosmiczną" z 1975 r. i wskazuje, że państwo wypuszczające, czyli państwo, które wypuszcza, powoduje wypuszczenie lub, z którego terytorium, lub urządzeń jest wypuszczany obiekt kosmiczny, rejestruje wypuszczony obiekt poprzez wpis do rejestru krajowego, a rejestracja jest zgłaszana Sekretarzowi Generalnemu ONZ. Należy zadać sobie pytanie, co dzieje się w przypadku, gdy państwo nie zarejestruje obiektu wypuszczonego w przestrzeń kosmiczną, czy traci wówczas jurysdykcję nad nim po wypuszczeniu w przestrzeń kosmiczną? Można także zadać sobie pytanie co w sytuacji, gdy nie istnieje rejestr obiektów kosmicznych, jak to ma miejsce w Polsce, ponieważ nasze państwo, mimo, że jest stroną Konwencja o rejestracji obiektów kosmicznych wypuszczonych w przestrzeń kosmiczną od 1978 r., dopiero współcześnie powołuje Krajowy Rejestr Obiektów Kosmicznych, zgodnie ze wskazanym wcześniej projektem ustawy. Umowy międzynarodowe pomijają też istotną obecnie kwestię działalności kosmicznej prowadzonej przez podmioty prywatne. Można sobie wyobrazić sytuację, kiedy nie ma państwa wypuszczającego, ponieważ obiekt kosmiczny zostaje wypuszczony przez podmiot prywatny, z miejsca niepodlegającego jurysdykcji żadnego państwa. Umowy międzynarodowe nie regulują takiej sytuacji co daje pole do nadużyć i powoduje niepewność, nie tylko co do kwestii jurysdykcji państwa nad obiektem kosmicznym oraz nad jego załogą, ale także co do kwestii odpowiedzialności za szkody wyrządzone działalnością kosmiczną. Tą sytuację próbują uregulować agencje kosmiczne, prowadząc listy aktywnych satelitów (Polkowska, 2011). Kolejny problem wynika w przypadku przejęcia obiektu kosmicznego przez inne państwo w drodze sprzedaż lub np. w wyniku inkorporacji państwa rejestracji do innego, jak miało to miejsce w przypadku satelitów Hong-Kongu, po włączeniu do Chin (Lyall, Larsen, 2009).

Podsumowując, umowy międzynarodowe, tworząc ogólne ramy jurysdykcji nad obiektami i osobami wypuszczonymi w przestrzeń kosmiczną, nie dają odpowiedzi na wiele pytań. Warto zauważyć, że coraz mniejsza liczba państw przystępowała do każdej kolejnej umowy międzynarodowej dotyczącej przestrzeni kosmicznej, a ich postanowienia nie zawsze są respektowane, co pokazałem na przykładzie Polski, która po 40 latach po przystąpieniu do Układu normującego działalność państw na Księżycu i innych ciałach niebieskich dopiero opracowuje rejestr obiektów kosmicznych. Problem ten dotyczy jednak także państwa, które są pierwszoplanowymi uczestnikami działalności w przestrzeni kosmicznej, jak pokazuje przykład Stanów Zjednoczonych, które nie rejestrują wszystkich swoich obiektów kosmicznych. M. Polkowska wskazuje, że w 2001 r. z ponad 2 tys. amerykańskich satelitów, 141 nie zostało zarejestrowanych (Polkowska, 2011). Trzeba też zwrócić uwagę, że umowy międzynarodowe, powstając w latach 60. i 70. XX wieku nie brały pod uwagę wzrostu „prywatyzacji" przemysłu kosmicznego. Ten brak zainteresowania brał się również z nacisków ZSRR oraz z faktu, że początkowo działalność kosmiczna była ściśle związana z wojskiem. Aby uniknąć problemów, które w przyszłości z pewnością się pojawią, społeczność międzynarodowa będzie zmuszona do zmiany umów lub przyjęcia nowych, uwzględniających zmiany w działalności kosmicznej, które nastąpiły na przestrzeni ostatnich 50 lat.

## 5. Nawigacja satelitarna w kontekście suwerenności państwa w przestrzeni kosmicznej

Ostatnim problemem, związanym z suwerennością państw w przestrzeni kosmicznej który chciałbym poruszyć, jest kwestia sygnału nawigacji satelitarnej. Obecnie istnieją dwa w pełni działające systemy nawigacji satelitarnej: amerykański GPS (ang. *Global Positioning System*) oraz rosyjski GLONASS (ros. *Globalnaja nawigacionnaja sputnikowaja sistiema*). Obok nich powstają inne systemy nawigacji jak chiński Compass czy Galileo, tworzony przez Europejską Agencję Kosmiczną wspólnie z Unią Europejską (Myszona-Kostrzewa, 2010). Ze względu na najszersze użycie oraz to, że obejmuje on swoim zasięgiem całą kulę ziemską, najciekawszy wydaje się system GPS. Na początku był to program wojskowy, który od lat 90. XX wieku został udostępniony do wykorzystania cywilnego. Obecnie istnieją dwa rodzaje systemu: cywilny i wojskowy. Stany Zjednoczone dysponują kluczami do rozszyfrowania sygnałów, które są przez nie udostępniane, obecnie bez pobierania opłat, różnym podmiotom, zarówno państwom, jak i podmiotom prywatnym (Lyall, Larsen, 2009). Pojawiają się w tym miejscu dwie kwestie. Po pierwsze, jak ma się przesyłanie sygnału do kwestii zawłaszczania przestrzeni kosmicznej i suwerenności, a po drugie, jakie są prawa państwa w stosunku do sygnału. Szczególnie druga kwestia może mieć doniosłe znaczenie, ponieważ nietrudno wyobrazić sobie sytuację, gdzie Stany Zjednoczone zmieniają szyfry i nie przekazują kluczy do nich bądź jakieś państwo zakłóca sygnał GPS. Niewątpliwie byłoby to wykorzystanie swojej władzy nad obiektami kosmicznymi, przekazującymi sygnał nawigacji, jednakże rodzi się pytanie o odpowiedzialność wobec innych państw oraz podmiotów prywatnych, które poniosłyby szkodę w wyniku tego działania.

Należy tu podkreślić wagę nawigacji zarówno dla szeroko pojętej komunikacji, szczególnie transportu lotniczego i morskiego, jak i do wykorzystania wojskowego, w którym coraz większą rolę grają pociski kierowane przez GPS (Myszona-Kostrzewa, 2010)[15]. Z kolei kwestia zawłaszczania przestrzeni kosmicznej jest problematyczna, ponieważ z upływem czasu okazuje się, że na orbicie geostacjonarnej brakuje miejsca i trzeba je dzielić pomiędzy państwa. Co więcej częstotliwości na orbicie zostały uznane za dobro ograniczone (Lyall, Larsen 2009) przez Międzynarodowy Związek Telekomunikacyjny i przez to muszą być dzielone pomiędzy państwa na zasadach niedyskryminacji. Warto zastanowić się, czy nie jest to pewien rodzaj zawłaszczania przestrzeni kosmicznej, a także, jak przedstawia się kwestia suwerenności państwa nad przesyłanym sygnałem, z czym związana jest m.in. odpowiedzialność za wyrządzone szkody. Trzeba bowiem zauważyć, że umowy międzynarodowe dotyczą obiektów kosmicznych, których nie definiują, a jednocześnie Konwencja o rejestracji obiektów kosmicznych wskazuje, że obiekt komiczny to również *części składowe obiektu kosmicznego oraz pojazd wynoszący i jego części (Konwencja o rejestracji obiektów kosmicznych)*[16]. Można zatem sobie zadać pytanie, czy sygnał należy uznać za część składową obiektu kosmicznego. Niestety międzynarodowe prawo kosmiczne nadal nie reguluje wielu kwestii związanych z częstotliwościami i nawigacją satelitarną, co w przyszłości może doprowadzić do wielu konfliktów.

## 6. Podsumowanie

W niniejszym artykule przedstawiłem część zagadnień związanych z kwestią suwerenności państwa w kontekście przestrzeni kosmicznej. Umowy międzynarodowe, które są uznane za *Corpus Iuris Spatialis* były przyjmowane kilkadziesiąt lat temu i częściowo się zdezaktualizowały, np. ze względu na prywatyzację przemysłu kosmicznego, a także podjęcia działalności kosmicznej przez organizacje międzynarodowe, jak Unia Europejska. Jednocześnie trzeba zauważyć, że do każdej kolejnej umowy międzynarodowej przystąpiła mniejsza liczba państw, a ich postanowienia nie zawsze są wykonywane. Na dezaktualizację umów międzynarodowych wpływ ma również rozwój techniki, czego przykładem są loty suborbitalne, loty wahadłowców czy kwestie związane z nawigacją satelitarną, które negują dotychczasowe ostre podziały pomiędzy różnymi reżimami prawnymi, co wprowadza zmieszanie w rozumieniu wcześniej oczywistych pojęć.

W związku z powyższymi, nieuniknionymi procesami prawo międzynarodowe musi rozwinąć się w celu dopasowania do zmieniających się warunków. Brak norm prawa międzynarodowego, który obecnie nie doprowadza do poważniejszych konfliktów, może je powodować w przyszłości z rozwojem działalności kosmicznej, czego dobrym przykładem jest powstanie konieczności podziału miejsca na orbicie geostacjonarnej. Można też wyobrazić sobie, jakie będą skutki wzrostu opłacalności wydobycia surowców w kosmosie na skalę masową i zastanowić się, czy nie spowoduje to woli zawłaszczenia przestrzeni kosmicznej bądź ciał niebieskich przez poszczególne państwa, przez co rozszerzyć na nie swoją suwerenność.

W swoim artykule starałem się pokazać, że kwestia suwerenności państwa w kontekście międzynarodowego prawa kosmicznego nie jest tematem abstrakcyjnym, a wręcz przeciwnie, dotyka codziennego życia każdego z nas i wpływa bezpośrednio na bezpieczeństwo. Z tego też powodu niezbędny jest rozwój międzynarodowego prawa kosmicznego dla dostosowania go do zachodzących zmian.

---

[1] Układ o zasadach działalności państw w zakresie badań i użytkowania przestrzeni kosmicznej, łącznie z księżycem i innymi ciałami niebieskimi 1967.
[2] de Oliveira Bittencourt Neto 2015.
[3] Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości.

[4] Working paper prepared by the Chair of the Working Group on the Definition and Delimitation of Outer Space of the Legal Subcommittee, A/AC.105/C.2/L.302.

[5] *Personnel who complete a minimum of one operational mission in space* (50 miles above earth) — Army Regulation 600-8-22, Military Awards, 11 December 2006/RAR 15 September 2011, art. 6-12.

[6] National legislation and practice relating to definition and delimitation of outer space A/AC.105/865/Add. 1.

[7] Federalna Konstytucja Meksyku.

[8] Konstytucja Kolumbii.

[9] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej.

[10] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej.

[11] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej.

[12] Projekt ustawy z dnia 10.07.2017r. dostęp na stronie Rządowego Centrum Legislacji https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12300856/12449058/12449059/dokument300890.pdf dostęp w dnia 21.11.2018 r.

[13] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 388/2012 z dnia 19 kwietnia 2012 r.
zmieniające rozporządzenie Rady (WE) nr 428/2009 ustanawiające wspólnotowy system kontroli wywozu, transferu, pośrednictwa i tranzytu w odniesieniu do produktów podwójnego zastosowania.

[14] Układ o zasadach działalności państw w zakresie badań i użytkowania przestrzeni kosmicznej, łącznie z księżycem i innymi ciałami niebieskimi.

[15] Myszona-Kostrzewa, 2010.

[16] Konwencja o rejestracji obiektów kosmicznych.

## Bibliografia


Army Regulation 600-8-22. Military Awards, 11 December 2006/RAR 15 September 2011, art. 6–12.

Bielicki, D. (2014). *Militaryzacja i zbrojenia kosmosu. Studium prawnomiędzynarodowe*. Katowice.

de Oliveira Bittencourt Neto, O. (2015), *Defining the Limits of Outer Space for Regulatory Purposes*. Heidelberg Nowy Jork Dordrecht Londyn: Springer.

*Encyklopedia Popularna* PWN (2017). Warszawa.

Federalna Konstytucja Meksyku (tłumaczenie na j. angielski ze strony COPUOS).

Galicki, Z. (2010). Prawna delimitacja przestrzeni kosmicznej — problem nadal nierozwiązany. W: *Wykorzystanie przestrzeni kosmicznej Świat–Europa–Polska*. Warszawa: Stowarzyszenie Absolwentów Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

ICJ Reports, 1949.

Kołodziej, M. (2002). *Pierwsza światowa konwencja lotnicza i działalność jej stałego organu Międzynarodowej Komisji Żeglugi Powietrznej (CINA)* 1919–1940. Lublin: Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska.

Konstytucja Kolumbii (tłumaczenie na j. angielski ze strony COPUOS).

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.

Konwencja o rejestracji obiektów kosmicznych z dnia 14 stycznia 1975 r.

Kranz, J. (1996). Państwo i jego suwerenność. *Państwo i Prawo*, (7).

Kranz, J. (2015). *Pojęcie suwerenności we współczesnym prawie międzynarodowym*. Warszawa: Dom Wydawniczy Elipsa.

Kułaga, Ł. (2007). Współczesne tendencje regulacyjne międzynarodowego prawa kosmicznego. *Kwartalnik Prawa Publicznego*, 7(4), 47–78.

Lyall, F., Larsen, P. B. (2009). *Space Law A Treatise*. Burlington Ashgate.

Shaw, M. (2000), *Prawo międzynarodowe*. Warszawa: Książka i Wiedza.

Międzynarodowa konwencja lotnicza z dnia 13 października 1919 r.

Myszona-Kostrzewa, K. (2010). Nawigacja satelitarna w świetle prawa międzynarodowego i prawa Unii Europejskiej. W: *Wykorzystanie przestrzeni kosmicznej Świat–Europa–Polska*. Warszawa: Stowarzyszenie Absolwentów Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

National legislation and practice relating to definition and delimitation of outer space. A/AC. 105/865/Add. 1.

P.C.I.J, 1927. seria A, nr 10.

Polkowska, M. (2009). *Suwerenność państwa w przestrzeni powietrznej*. Warszawa: Liber.

Polkowska, M. (2011). *Prawo kosmiczne w obliczu nowych problemów współczesności*. Warszawa: Liber.

Projekt ustawy o działalności kosmicznej oraz Krajowym Rejestrze Obiektów Kosmicznych z dnia 10.07.2017 r. (dostęp na stronie Rządowego Centrum Legislacji): https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12300856/12449058/12449059/dokument300890.pdf; (dostęp w dnia 21.11.2018 r.).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 388/2012 z dnia 19 kwietnia 2012 r. zmieniające rozporządzenie Rady (WE) nr 428/2009 ustanawiające wspólnotowy system kontroli wywozu, transferu, pośrednictwa i tranzytu w odniesieniu do produktów podwójnego zastosowania.

Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, Dz. U. 1947.23.90.

*The New Encyclopaedia Britannica*, 1994 (Tom 11). Chicago. Auckland/Londyn/Madryd/Manila/Paryż/Rzym/Seul/Sydney/Tokio/Toronto

Układ o zasadach działalności państw w zakresie badań i użytkowania przestrzeni kosmicznej, łącznie z księżycem i innymi ciałami niebieskimi z dnia 27 stycznia 1967 r.

Układ o zasadach działalności państw w zakresie badań i użytkowania przestrzeni kosmicznej, łącznie z księżycem i innymi ciałami niebieskimi

Working paper prepared by the Chair of the Working Group on the Definition and Delimitation of Outer Space of the Legal Subcommittee. A/AC.105/C.2/L.302.

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.26

# Legalne udostępnienie fotografii w Internecie

## Communication to the public a photography on the Internet from the legal point of view

***mgr Marta Michalczyk-Jabłońska***

E-mail: marta.m.michalczyk@gmail.com

**Streszczenie**

W niniejszym artykule zostało omówione publiczne udostępnienie fotografii w Internecie, poprzez wykładnię dyspozycji art. 3 ust 1 dyrektywy 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym w oparciu o orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zwłaszcza w sprawach Nils Svensson przeciwko Retriever Sverige AB (C-466/12) oraz Nadrenia Północna-Westfalia przeciwko Dirkowi Renckhoffowi (C-161/17). Autorka stawia tezę, zgodnie z którą kluczowym elementem, który decyduje o tym, czy dane zachowanie jest publicznym udostępnieniem w Internecie, jest konieczność stwierdzenia, czy podmiot praw traci możliwość kontroli nad swoim utworem, jakim jest zdjęcie, a także czy udostepnienie dzieła następuje dla nowej publiczności, przez którą należy rozmieć krąg odbiorców, który nie został wzięty pod uwagę podczas pierwszego publicznego udostępnienia przez podmiot uprawniony. Artykuł 3 ust 1 dyrektywy 2001/29/WE należy interpretować w ten sposób, iż nie stanowi publicznego udostepnienia w rozumieniu dyrektywy czynność udostępnienia linku do zdjęcia, pod warunkiem, że udostępnienie to nie jest kierowane do nowej publiczności, a także, że podmiot praw nie traci uprawnień kontrolnych do utworu.

**Słowa kluczowe:** utwór, publiczne udostępnienie, link, dyrektywa 2001/29/WE, nowa publiczność.

**Summary**

This article discusses the communication to the public a photography on the Internet, through the interpretation of the provisions of art. 3.1 of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society based on case law of the Court of Justice of the European Union, in particular in cases, especially in Nils Svensson's cases against Retriever Sverige AB (C-466/12) and North Rhine-Westphalia's case against Dirk Renckhoff (C-161/17). The author puts forward the thesis, according to which the key element, which determines whether the given activity is the communication to the public on the Internet is the need to determine whether the rightholder loses control over its piece of work, which is a photography, and whether the piece of work is made available to a new public through whom we understand the group of recipients that was not taken into consideration during the first public access by the subject of the right. Article 3.1 of the Directive 2001/29/EC should be interpreted as not providing communication to the public within the meaning of the directive to providing a link to the photography provided that this access is not directed to a new public, and that the rights subject does not lose control rights to its piece of work.

**Key words:** piece of work, communication to the public, link, directive 2001/29/EC, new public.

## 1. Wprowadzenie

Internet, jako powszechnie dostępna sieć o zasięgu ogólnoświatowym, stanowi nieprzebrane źródło informacji, rozrywki, jak również istotne narzędzie komunikacji międzyludzkiej. Przez komunikację międzyludzką dokonywaną za pomocą sieci Internet należy rozumieć wymianę informacji, choćby za pośrednictwem poczty elektronicznej, ich publikację na wszelkiego rodzaju stronach internetowych, w tym na forach czy Tweeterze lub upublicznianie zdjęć w takich aplikacjach jak Instagram, na stronach web typu blog oraz na portalach społecznościowych.

Specyfika zamieszczania utworu w Internecie wiąże się z prawem do jego publicznego udostępniania, które daje użytkownikom dostęp do utworów z miejsca oraz o czasie indywidualnie przez nich wybranym[1]. Komunikacja w Interne-

cie wiąże się również z możliwością korzystania z cudzych utworów zamieszczonych w sieci. Poprzez korzystanie z utworu, należy rozumieć możliwość jego obejrzenia, pobrania czy udostępniania na inną witrynę internetową. Użytkownicy Internetu często zapominają, iż każdy utwór (poza pewnymi wyjątkami), posiada swój podmiot praw, który ma prawo decydowania o każdej czynności związanej ze swoją własnością, jaką jest utwór.

Na początku rozważań chciałam wskazać kilka istotnych problemów, które będę starała się rozwiązać w niniejszym artykule. Przede wszystkim spróbuję odpowiedzieć na pytanie, w jaki sposób można legalnie opublikować cudzy utwór w Internecie. Swoje rozważania zilustruję przykładami, przy opisie których posłużę się dwiema fikcyjnymi postaciami, tj. Anną Nowak oraz Janem Kowalskim. Pierwsze zagadnienie dotyczyć będzie udostępnienia przez Jana Kowalskiego na swoim profilu na portalu społecznościowym fotografii opublikowanej wcześniej przez Annę Nowak. Następną kwestią będzie wskazanie ewentualnej różnicy pomiędzy wyżej wymienioną sytuacją, a przypadkiem, gdy Anna Nowak sama opublikowała utwór bez zgody podmiotu praw (nielegalnie). Ostatnie zagadnienie zaś, dotyczy odpowiedzi na pytanie, czy odmiennie należałoby kwalifikować sytuację, w której Jan Kowalski samodzielnie zamieściłby na swoim profilu w portalu społecznościowym fotografię opublikowaną wcześniej przez Annę Nowak, tj. pobrał ją na swój dysk, a następnie umieścił ją na swoim profilu (wskazując źródło) od przypadku, w którym Jan Kowalski umieściłby na swojej tablicy link do galerii zdjęć Anny Nowak.

## 2. Publiczne udostępnienie fotografii

Zastanówmy się najpierw, co należy rozumieć pod pojęciem publicznego udostępnienia fotografii i czym jest sama fotografia. Otóż tym ostatnim terminem określa się bardzo zróżnicowaną kategorię, obejmującą utwory od zwykłych zdjęć robionych telefonem komórkowym aż po fotografie o wysokich walorach artystycznych, prezentowane na wystawach i w galeriach. Obowiązująca ustawa z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych[2] w art. 1 ust 2 pkt 3, traktuje fotografię na równi ze wszystkimi innymi rodzajami utworów, a jej ochrona powstaje wówczas, gdy fotografia jest rezultatem pracy twórczej oraz cechuje ją inwencja i samodzielność artystyczna[3]. Podobny pogląd wyraził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w orzeczeniu z 12 kwietnia 2011 roku w sprawie *Eva Maria Painer przeciwko Axel Springer AG*, w którym orzekł, że fotografia jest objęta ochroną prawa autorskiego, gdy stanowi indywidualną twórczość intelektualną, co zakłada nadanie jej osobistego charakteru[4].

Zatem możemy stwierdzić, że fotografia opublikowana przez Annę Nowak jest utworem w rozumieniu prawa autorskiego, jeżeli posiada twórczy i indywidualny charakter. Czym w tej sytuacji będzie publiczne udostępnienie? Zgodnie z art. 3 ust 1 dyrektywy 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym[5] (zwanej również dyrektywą internetową) Państwa Członkowskie powinny zapewnić autorom wyłączne prawo do zezwalania lub zabraniania na jakiekolwiek publiczne udostępnianie ich utworów, drogą przewodową lub bezprzewodową, włączając podawanie do publicznej wiadomości ich utworów w taki sposób, że osoby postronne mają do nich dostęp w wybranym przez siebie miejscu i czasie. Oznacza to, iż każda czynność publicznego udostępnienia utworu wymaga zezwolenia podmiotu praw autorskich.

Przed przejściem do dalszych rozważań warto zaznaczyć, iż pojęcie „publicznego udostępnienia" użyte w zacytowanym wyżej przepisie nie ma definicji legalnej zarówno w prawie polskim, jak i europejskim, zaś sam zakres pojęć „udostępnienia" oraz „publicznego udostępniania" na przestrzeni ostatnich lat bardzo ewoluował. W literaturze przedmiotu zakres ww. terminów był wielokrotnie analizowany. Przykładowo przez J. Bartę, który uważa, że pod pojęciem „udostępnienia" należy rozumieć sytuację, w której osoby trzecie mają możliwość zapoznania się z utworem, przy czym to w jaki sposób dochodzi do samego zapoznania się z tym utworem nie jest już istotne[6]. Co więcej, zdaniem wspomnianego autora, przesłankę „udostępnienia publicznego", należy ujmować w granicach słowa „publiczności" w typowy i tradycyjny sposób, w nawiązaniu do takich pojęć występujących w prawie autorskich jak: „publiczne wyświetlenie", „publiczne wykonanie" czy „publiczne wystawienie". We wszystkich tych sytuacjach zdaniem J. Barty, mamy do czynienia z eksploatacją w obecności grupy odbiorców, której skład nie jest przesądzony i zamknięty[7]. Co więcej, umożliwienie dostępu do utworu na stronach web, można oceniać jako publiczne udostępnienie utworu, o tyle, o ile wspomniane strony są publicznie dostępne w tym sensie, że korzystanie z nich nie jest uzależnione od zezwolenia innej osoby[8].

Z kolei zdaniem A. Matlaka, w świetle art. 3 dyrektywy, nie ulega wątpliwości, że już samo umieszczenie utworu w sieci, które potencjalnie staje się dostępne dla nieograniczonego kręgu odbiorców, stanowi udostępnienie utworu, do oferowania którego niezbędne jest uzyskanie zgody podmiotu praw w tym zakresie[9]. Zdaniem zaś P. Podreckiego, uprawnienie do rozpowszechniania obejmuje wszelkie formy publicznego udostępnienia (ang. *making available to the public*) utworu za pośrednictwem przewodowych lub bezprzewodowych środków przekazu w sposób umożliwiający odbiorcom uzyskanie do nich dostępu w dowolnie wybranym przez nich miejscu i czasie[10].

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej również podejmował próby zdefiniowania pojęcia „publicznego udostępnienia" w swojej judykaturze na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat. Jednym z pierwszych orzeczeń, w którym TSUE podjął się wykładni pojęcia „publicznego udostępnienia" była odpowiedź na pytanie prejudycjalne w sprawie *Sociedad General de Autores y Editiores de Espania (SGAE) przeciwko Rafael Hoteles SA*[11]. TSUE w tej sprawie zajął stanowisko, zgodnie z którym, aby uznać, że doszło do publicz-

nego udostępnienia utworu wystarczy, by utwór został udostępniony publiczności w taki sposób, aby miała do niego dostęp dość znaczna liczba osób postronnych, niezależnie od tego, czy osoby te z tej możliwości zdecydują się skorzystać. Swoje stanowisko TSUE powtórzył kilka lat później w sprawie *SCF przeciwko Marcowi Del Corsowi*, gdzie również zaznaczył, iż z publicznością mamy dopiero do czynienia, gdy krąg odbiorców nie jest minimalny, lecz stanowi znaczną grupę osób[12]. W orzeczeniu tym, TSUE odniósł się zatem także do liczebności potencjalnej grupy odbiorców, a nie jedynie do jej istnienia.

W kolejnym wyroku tym razem w sprawie *ITV Broadcasting Ltd przeciwko TVCatchup Ltd.* (C-607/11) TSUE rozwinął swoją definicję pojęcia „publicznego udostępnienia" i dodał, że należy przez to rozumieć koniunkcję dwóch przesłanek tj. „czynności udostępnienia" utworu oraz „publiczności"[13]. W tym miejscu można stwierdzić, iż aby móc mówić o publiczności udostępnienia, muszą być spełnione kumulatywnie dwa warunki, tj. krąg potencjalnych odbiorców musi być nieograniczony, a także krąg ten musi stanowić znaczną grupę osób. Reasumując powyższe, pod pojęciem „udostępnienia publicznego" należy rozmieć udostępnienie utworu grupie potencjalnych odbiorców, która to grupa stanowi znaczny liczebnie krąg bliżej niedoprecyzowanych osób.

## 3. Zgoda na publiczne udostępnienie i jej zakres

Na początku rozważań wskazałam, iż w rozumieniu art. 3 ust 1 dyrektywy, udostępnienie publiczne utworu jest wtedy legalne, gdy jest dokonywane za zgodą podmiotu praw do utworu. Lecz co rozumieć poprzez pojęcie zgody podmiotu? Wracając do naszej hipotetycznej sytuacji, czy udostepnienie przez Jana Kowalskiego fotografii Anny Nowak na swoim profilu na stronie społecznościowej będzie legalne?

W przeszłości TSUE rozpatrywał już kwestie związane z zamieszczaniem linków do utworów osób trzecich na swoich stronach internetowych. W sprawie *Nils Svensson przeciwko Retriever Sverige AB* TSUE rozpatrywał kwestie udostepnienia treści za pomocą odesłania poprzez linki[14]. Przedmiotem sporu było ustalenie czy zamieszczenie linku do utworu chronionego prawem autorskim, który znajdował się na ogólnodostępnej stronie internetowej gazety, stanowi publiczne udostępnienie w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy. TSUE uznał wówczas, iż nie stanowi publicznego udostepnienia w rozumieniu dyspozycji art. 3 ust 1 dyrektywy udostępnienie przez podmiot trzeci linku do pierwotnej strony internetowej, na której znajduje się dzieło. A co za tym idzie, zezwolenie podmiotu prawa autorskiego nie jest konieczne w przypadku udostepnienia poprzez link. Co więcej, zdaniem TSUE publiczne udostępnienie utworu dokonujące się w oparciu o tę samą technologię, musi być skierowane do tzw. „nowej publiczności", tj. do takiej, która nie została uwzględniona przez podmiot praw. Zdaniem TSUE, link prowadzący do utworu już wcześniej udostępnionego w Internecie nie prowadzi do udostępnienia utworu tzw. „nowej publiczności", gdyż w Internecie potencjalnym odbiorą może być każdy użytkownik. W swoich rozważaniach TSUE nie poruszył jednak jednej — moim zdaniem zasadniczej — kwestii, nie wyjaśnił bowiem co stanie się w przypadku, gdyby link został zamieszczony na ogólnodostępnej stronie web, a dostęp do strony pierwotnej byłby ograniczony (np. do konkretnego grona zarejestrowanych i zweryfikowanych użytkowników), zaś link umożliwiałby dostęp każdemu internaucie[15]. Czy w takiej sytuacji dochodzi do udostępnienia utworu nowej publiczności? Kierując się wywodem TSUE, wydaje się, że tak, gdyż podmiot praw publikując swój utwór, nie wziął pod uwagę tych osób, które bez użycia linku nie miały dostępu do zasobów strony pierwotnej.

Istotne jest, iż ww. orzeczenie znacznie wpłynęło na sposób rozumienia czynności udostępnienia utworu za pomocą hiperlinków przez polskie sądy. Warto w tym miejscu podkreślić, że prawo wspólnotowe wymagało, aby państwa członkowskie przy transpozycji dyrektywy oparły się na takiej wykładni, która pozwoli na zapewnienie odpowiedniej równowagi między poszczególnymi prawami podstawowymi chronionymi przez wspólnotowy porządek prawny[16]. Tak też się stało. Wcześniej orzecznictwo polskie stało na stanowisku, iż umieszczenie na stronie internetowej tzw. głębokiego linku (ang. *deep link*) i tym samym rozpowszechnianie wizerunku, spełnia cechy publicznego udostępnienia, gdyż stwarza sytuację, w której nieograniczony zbiór użytkowników może zapoznać się z cudzym wizerunkiem, poprzez naciśnięcie linku[17]. Orzeczenie w sprawie *Nils Svensson* zupełnie zmieniło pogląd polskich sądów na hiperlinki, czego przykładem jest wyrok Sadu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 11 kwietnia 2014 r[18], w którym sąd wprost powołał się na ww. orzeczenie TSUE. We wspomnianym orzeczeniu Sąd Apelacyjny w Gdańsku stwierdził, że umieszczenie na swojej stronie internetowej linku odsyłającego do strony internetowej, której właścicielem jest inny podmiot, nie prowadzi do udostępnienia utworu nowej publiczności i nie stanowi czynności rozpowszechniania informacji, a tym samym nie daje podstaw do pociągnięcia do odpowiedzialności za naruszenie dóbr osobistych właściciela portalu, który zamieścił hiperlink.

Można zatem powiedzieć, że udostępnienie linku do zdjęcia Anny Nowak, bez jej zgody nie będzie naruszeniem dyspozycji art. 3 ust 1 dyrektywy, gdyż samo linkowanie nie stanowi czynności publicznego udostępnienia, chyba że Jan Kowalski udostępni dzieło Anny Nowak nowej publiczności, co mogłoby mieć miejsce w sytuacji, gdy post Anny Nowak był postem prywatnym, a post Jana Kowalskiego, postem publicznym. Co jednak w przypadku, gdy Anna Nowak sama opublikowała fotografię bezprawnie, tj. bez zgody podmiotu praw? Czy nadal umieszczenie linku do tego zdjęcia będzie mieściło się w granicach prawa?

TSUE rozważał ten problem w orzeczeniu w sprawie *GS Media BV przeciwko Sanoma Media Netherlands BV*[19]. W wyroku tym TSUE wskazał, iż aby ustalić, czy fakt umieszczenia w witrynie internetowej hiperłączy odsyłają-

cych do utworów chronionych, lecz swobodnie dostępnych w innej witrynie internetowej bez zezwolenia podmiotu praw autorskich, stanowi „publiczne udostępnianie" w rozumieniu art. 3 ust 1 dyrektywy, należy określić, czy te hiperłącza zostały udostępnione w celu zarobkowym przez osobę, która wiedziała lub mogła domniemywać o bezprawnym charakterze publikacji tych utworów na pierwotnej stronie internetowej. W takim przypadku, podmioty praw mogą występować nie tylko przeciwko osobie, która dokonała pierwotnej publikacji ich utworów na stronie internetowej, lecz również przeciwko każdej osobie umieszczającej hiperłącze odsyłające do utworów opublikowanych bezprawnie, pod warunkiem, że osoba ta robi to dla celów zarobkowych. We wspomnianym orzeczeniu TSUE uzależnił zatem legalność linkowania utworu opublikowanego nielegalnie na witrynie internetowej, od zarobkowego *modus operandi* podmiotu, który dokonał tego linkowania na kolejnej stronie internetowej. Zatem, wracając do naszej hipotetycznej sytuacji, to czy Jan Kowalski będzie odpowiadać za bezprawne działanie, uzależnione będzie od celu jaki mu przyświecał i czy cel ten miał zarobkowy charakter.

A co w ostatnim opisanym hipotetycznym stanie faktycznym? Co w sytuacji pobrania przez Jana Kowalskiego na własny komputer zdjęcia opublikowanego przez Annę Nowak i umieszczenia go następnie na swojej tablicy na portalu społecznościowym? Tym problemem, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej zajął się w niedawnym orzeczeniu w przedmiocie pytania prejudycjalnego w sprawie *Nadrenia Północna-Westfalia przeciwko Dirkowi Renckhoffowi*[20], które dotyczyło strony internetowej należącej do szkoły ponadpodstawowej i publicznego udostępnienia przez uczennicę fotografii fotografa. W orzeczeniu tym TSUE zwrócił uwagę na znaczącą różnice pomiędzy czynnością udostępnienia, jaką jest zamieszczenie na stronie internetowej linku, który odsyła do utworu opublikowanego wcześniej za zgodą podmiotu praw autorskich, a bezpośrednim opublikowaniem danego utworu, pobranego z innej strony internetowej, choćby ze wskazaniem źródła na własnej stronie internetowej. Zdaniem TSUE, udostępnienie utworu poprzez zamieszczenie go na stronie internetowej innej niż strona, na której utwór ten został już udostępniony za zgoda podmiotu praw autorskich, należy uznać za nowe publiczne udostępnienie, gdyż podmiot nie jest już w stanie wykonywać swoich uprawnień kontrolnych nad pierwotnym udostępnieniem utworu i nie może położyć kresu wykonywania przez osobę trzecią przysługujących mu do utworu praw. W przypadku hiperłącza, podmiot praw nie traci swojego uprawnienia kontrolnego, ponieważ poprzez usunięcie utworu z pierwotnej strony, odsyłające do utworu linki oraz hiperłącza przestałyby być aktywne. TSUE trafnie wskazał, iż w przeciwnym razie (tj. uznając, że zamieszczenie na stronie internetowej utworu opublikowanego wcześniej za zgodą podmiotu praw autorskich na innej stronie internetowej nie jest publicznym udostępnieniem utworu nowej publiczności) doszłoby do ustanowienia zasady wyczerpania praw do udostępnienia, co pozbawiałoby podmioty praw możliwości żądania stosownego wynagrodzenia za korzystanie z ich utworów.

Zatem wracając do naszego hipotetycznego stanu faktycznego, zachowanie Jana Kowalskiego byłoby bezprawne, nawet gdyby Jan Kowalski umieścił przypis, iż zdjęcie należy do Anny Nowak, gdyż Anna Nowak utraciłaby prawo kontroli nad upublicznianiem swojego utworu.

## 4. Zakończenie

Konstrukcja legalności publicznego udostępnienia utworu w Internecie stworzona przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej jest spójna. TSUE na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat jasno określił, jakie zachowanie należy uważać za bezprawne, a jakie w ogóle nie mieści się w dyspozycji art. 3 ust 1 dyrektywy. Kluczowymi elementami, które decydują o tym, czy dane zachowanie jest publicznym udostępnieniem w Internecie, jest to, czy podmiot praw traci możliwość kontroli nad swoim dziełem czy nie, a także czy udostepnienie dzieła następuje dla nowej publiczności, przez którą należy rozmieć krąg odbiorców, który nie został wzięty „pod uwagę przez podmioty uprawnione, gdy zezwalały na pierwotne publiczne udostępnienie"[21]. Trudno się nie zgodzić z konstrukcją prawną przedstawioną przez TSUE, zwłaszcza w dzisiejszym cyberświecie. Orzeczenie w przedmiocie pytania prejudycjalnego w sprawie *Nadrenia Północna-Westfalia przeciwko Dirkowi Renckhoffowi* jest niezmiernie aktualne w świetle dzisiejszej komunikacji elektronicznej dzieł na wszelkiego rodzaju forach internetowych oraz na stronach społecznościowych. W czasach wszechobecnych re-postów w aplikacji Instagram oraz udostępnień zdjęć na portalu społecznościowym Facebook, rozważania te mogą mieć ogromne znaczenie. Otóż, każdy użytkownik wyżej wymienionej aplikacji, tudzież strony web, przed udostępnieniem cudzego utworu, jakim jest zdjęcie, powinien zbadać, czy czynność ta będzie publicznym udostępnieniem, następnie czy dokonuje tego dla tzw. „nowej publiczności" oraz czy podmiot praw autorskich wyraził zgodę na takie wykorzystanie jego utworu.

Reasumując dotychczasowe rozważania, warto zauważyć, iż sama konstrukcja praw autorskich i praw pokrewnych podlegała i ciągle będzie podlegać transformacji, w celu nadążania za zmieniającym się światem. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w spójny sposób określa, kiedy dane zachowanie związane z komunikacją utworu w Internecie jest legalne, niemniej należy pamiętać, iż możliwości Internetu się bardzo zmieniają i zapewne w niedługim czasie TSUE stanie znów przed kolejnym problemem związanym z ochroną utworu w sieci, a także zredefiniowania samego pojęcia utworu oraz pól eksploatacji jego wykorzystania.

[1] P. Podrecki, [w:] P. Podrecki, Z. Okoń, P. Litwiński, M. Świerczyński, T. Targosz, M. Smycz, D. Kasprzycki, Prawo Internetu, Warszawa 2007, s. 369.

[2] Ustawa z 4.02.1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych t. j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1191 ze zm. — dalej pr. aut.

[3] J. Barta, [w:] System Prawa Prywatnego. T. 13, Prawo autorskie, red. J. Barta, Warszawa 2012, s. 46.

[4] Wyrok TSUE z 1.12.2011 r., C-145/10, ZOTSiS 2011/12A/I-12533-12638.

[5] Dyrektywa 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 22.05.2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym (Dz. U. UE L. z 2001 r., nr 167, poz. 10 — dalej „dyrektywa"

[6] J. Barta, [w:] System…, s. 1108.

[7] J. Barta, [w:] System…, s. 1109.

[8] J. Barta, R. Markiewicz, Internet …, s. 197.

[9] A. Matlak, Dyrektywa Unii Europejskiej dotycząca koordynacji pewnych aspektów prawa autorskiego w społeczeństwie informacyjnym, ZNUJ 2001, z. 78, s. 169.

[10] P. Podreczi, [w:] P. Podrecki …, s. 369.

[11] Wyrok TSUE z 7.12.2006 r., C-306/05, ZOTSiS 2006/12/I-11519.

[12] Wyrok TSUE z 15.03.2012 r., C-135/10, ZOTSiS 2012/3/I-140.

[13] Wyrok TSUE z 7.03.2013 r., C-607/11, ZOTSiS 2013/3/I-147.

[14] Wyrok TSUE z 13.02.2014 r., C-466/12, ZOTSiS 2014/2/I-76.

[15] W praktyce sytuacja taka możliwa jest wówczas, gdy informacje zawarte na stronie web nie są odpowiednio zabezpieczone, np. gdy dostęp do określonych treści ze strony głównej (filmu czy książki) wymaga logowania, która jednakże jest możliwy do obejrzenia po wpisaniu w okno przeglądarki bezpośredniego linku do konkretnego utworu.

[16] J. Barta, R. Markiewicz, Prawo autorskie, Warszawa 2010, s. 398.

[17] Zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 20.07.2004 r., I ACa 564/04, LEX, nr 142138.

[18] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 11.04.2014., I ACa 7/14, LEX nr 1544696.

[19] Wyrok TSUE z 8.09.2016 r., C-160/15, ZOTSiS 2016/9/I-644.

[20] Wyrok TSUE z 7.08.2018 r., C-161/17, ECLI: EU: C: 2018: 634.

[21] Wyrok TSUE z 13.02.2014 r., C-466/12, pkt 24.

## Bibliografia

Barta, J., Markiewicz, R. (1998). *Internet, a prawo*. Warszawa.

Barta, J., Markiewicz, R. (2010). *Prawo autorskie*. Warszawa.

Barta, J. (2012). W: J. Barta (red.), *System Prawa Prywatnego* (Tom 13). *Prawo autorskie*. Warszawa.

Matlak, A. (2001). *Dyrektywa Unii Europejskiej dotycząca koordynacji pewnych aspektów prawa autorskiego w społeczeństwie informacyjnym*. ZNUJ, (78).

Podrecki, P., Okoń, Z., Litwiński, P., Świerczyński, M., Targosz, T., Smycz, M., Kasprzycki, D. (2007). *Prawo Internetu*. Warszawa.

Wyrok TSUE z 1.12.2011 r., C-145/10, ZOTSiS 2011/12A/I-12533-12638.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 20.07.2004r., I ACa 564/04, LEX, nr 142138.

Wyrok TSUE z 7.12.2006 r., C-306/05, ZOTSiS 2006/12/I-11519.

Wyrok TSUE z 15.03.2012 r., C-135/10, ZOTSiS 2012/3/I-140.

Wyrok TSUE z 7.03.2013 r., C-607/11, ZOTSiS 2013/3/I-147.

Wyrok TSUE z 13.02.2014 r., C-466/12, ZOTSiS 2014/2/I-76.

Wyrok TSUE z 13.02.2014 r., C-466/12.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 11.04.2014., I ACa 7/14, LEX nr 1544696.

Wyrok TSUE z 8.09.2016 r., C-160/15, ZOTSiS 2016/9/I-644.

Wyrok TSUE z 7.08.2018 r., C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634.

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.27

# I ty możesz zostać bestią — przegląd postanowień Sądu Najwyższego wydawanych na tle tzw. ustawy o bestiach

## You can also become a beast — the review of the decisions of the Supreme Court issued against the so called beast act

***mgr Magdalena Murawska-Gutowska***

E-mail: mgdlnmurawska@gmail.com

**Streszczenie**

Uchwalona w 2013 r. ustawa o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzającymi zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób od samego początku budziła duże kontrowersje. Zarzucano jej przede wszystkim naruszanie zasady *lex retro non agit* będącej fundamentem państwa prawa. Jeszcze przed wydaniem wyroku przez Trybunał Konstytucyjny i stwierdzania o zgodności z prawem przedmiotowej ustawy, do sądów zaczęły wpływać wnioski kierowane przez dyrektorów zakładów karnych w sprawie uznania skazanych za osoby stwarzające zagrożenie i umieszczenie ich w Ośrodku w Gostyninie. Z uwagi na krótki czas obowiązywania ustawy, w doktrynie brak jest opracowań dotyczących kluczowych zagadnień, dlatego też sposób stosowania ustawy wyznaczane są przez sądy orzekające w postępowania prowadzonych na jej podstawie. W szczególności Sąd Najwyższy w wydawanych orzeczeniach stara się wyznaczyć standardy, które stanowić mają dla sądów pomoc przy stosowaniu przepisów. W omówionych przeze mnie orzeczeniach rozstrzygane są zagadnienia najistotniejsze z punktu widzenia tak regulacji, jak i sprawców, których losy rozstrzygane są podczas postępowania. Przede wszystkim Sąd Najwyższy podejmował w swoich orzeczeniach problem m. in. ustalenia rozróżnienia pojęć „wysokie" i „bardzo wysokie" prawdopodobieństwo; czynności jakie powinny zostać podjęte przez skład orzekający przed wydaniem postanowienia, w tym w celu ustalenia dotychczasowego sposobu życia uczestnika postępowania.

**Słowa kluczowe:** kryminologia, zaburzenia psychiczne, przestępca seksualny, Sąd Najwyższy, wyrok.

**Summary**

The act on the procedure with mentally disturbed people causing a threat to life, health or sexual freedom of others, passed in 2013, has given rise to controversy from the beginning. It was primarily accused of violating the rule lex retro non agit which is the foundation of a state under the rule of law. Even before issuing the decision by the Constitutional Tribunal and stating the compliance with the law of the said act, courts started to receive motions submitted by heads of penal facilities on deeming the convicted persons threats and on placing them in the facility in Gostynin. Due to the short period of the act being in effect, there are no studies pertaining to key issues in the doctrine, therefore the ways of applying the act are determined by courts adjudicating in the proceedings conducted pursuant to it. In particular, the Supreme Court has tried, in the issued decisions, to set standards which are to be helpful for courts when applying legal regulations. In the decisions discussed by me, the issues that are adjudicated are those most significant from the point of view of both legal regulations and perpetrators whose fates are decided in the course of proceedings. Primarily, in their decisions, the Supreme Court tackled the problem of i.a. differentiating between the terms "high" and "very high" likelihood; the activities that should be undertaken by the adjudicating panel before issuing the decision, including to determine what is the present way of living of the participant of the proceedings.

**Key words:** criminology, mental disorder, sex offender, Supreme Court, verdict.

### 1. Wprowadzenie — powody oraz okoliczności uchwalenia tzw. ustawy o bestiach

Uchwalenie przez Sejm RP w dniu 22 listopada 2013 r., a następnie wejście w życiu w dniu 22 stycznia 2014 r. Ustawa o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzającymi zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (Dz. U. z 2014 poz. 24) tzw. ustawy o bestiach (dalej jako: „Ustawa"), odbywało się w atmosferze pośpiechu oraz kontrowersji. Nie bez znaczenia na powstawa-

nie ustawy miał fakt, iż w dniu 11 lutego 2014 r. na skutek zakończenia odbywania kary 25 lat pozbawienia wolności, więzienie miał opuścić Mariusz Trynkiewicz. Wobec M. Trynkiewicza początkowo orzeczona została kara śmierci, jednakże na mocy amnestii ogłoszonej przez Sejm PRL z dnia 7 grudnia 1989 r., zamieniona została ona na karę 25 lat pozbawienia wolności, najsurowszą karę, jaką poza karą śmierci, przewidywał obowiązujący w tamtym czasie kodeks karny. Amnestia objęła nie tylko M. Trynkiewicza, jednak z powodu charakteru popełnionych zbrodni oraz posiadanych zaburzeń preferencji seksualnych, opuszczenie przez skazanego Zakładu Karnego, w tym możliwe popełnienie przez niego dalszych przestępstw, wzbudzało niepokoje społeczne.

Zgodnie z założeniami Ustawy, zawartymi w uzasadnieniu do projektu aktu normatywnego, jej wprowadzenie miało wywoływać bardziej dalekosiężne skutki, aniżeli jedynie izolowanie sprawców przestępstw, którzy ze względu na zaburzenia psychiki ponownie mogą dopuścić się popełnienia czynów zabronionych przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej innych osób. Ustawa ta, miała bowiem, zgodnie z założeniami ustawodawcy, spełniać w różnym stopniu również funkcję pozytywną w odniesieniu do osób skazanych, w stosunku do których znajdzie ona zastosowanie. I tak, jak wskazał autor projektu Ustawy, środki przewidziane w ustawie mają doprowadzić do readaptacji do społeczeństwa i funkcjonowania zgodnie z zasadami współżycia społecznego skazanych oraz umożliwić ich efektywne monitorowanie po zakończeniu odbywania przez nich kary pozbawiania wolności. W uzasadnieniu starano się również zwrócić uwagę na pozytywny skutek, jaki ustawa ma odnieść w stosunku do samych sprawców — dzięki zastosowaniu rozwiązań przewidzianych w opisywanym akcie prawnym, miałby ulec zmianie stosunek społeczeństwa do samych sprawców, którzy po odbyciu terapii, mieliby być postrzegani przez społeczeństwo jako osoby nie stanowiące zagrożenia. Zgodnie z treścią uzasadnienia do projektu ustawy, zmiana stosunku społeczeństwa do sprawców przestępstw, ma mieć istotne znaczenie, gdyż po opuszczenie zakładu karnego mogą być oni narażeni na działania ze strony osób trzecich, które mogą spowodować zagrożenie dla ich bezpieczeństwa, zdrowia a nawet życia.

## 2. Wątpliwości co do konstytucyjności ustawy oraz wyrok Trybunału Konstytucyjnego

Z uwagi na pośpiech we wprowadzaniu ustawy oraz wątpliwości co do jej zgodności z Konstytucją (Królikowski, Sakowicz, 2013), w szczególności naruszenie zasady *ne bis in idem* i powtórnym karaniu za te same czynu, Rzecznik Praw Obywatelskich, skierował w dniu 16 maja 2014 r. wniosek do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzeniu niezgodności niektórych unormowań zawartych w Ustawie z Konstytucją RP. W punkcie 3 swojego wystąpienia do Trybunału Konstytucyjnego Rzecznik Praw Obywatelskich wnosił o stwierdzeniu niezgodności z Konstytucją, m.in. art. 14 ust. 2 i 3 Ustawy, w których to zawarte zostały uregulowania dotyczące środków, które Sądy mogą zastosować w stosunku do skazanych w trakcie postępowań prowadzonych na postawie Ustawy. Organ zwrócił uwagę przede wszystkim, iż: *w art. 14 ust. 2 i 3 ustawy zostały użyte typowe zwroty niedookreślone w postaci „wysokiego" i „bardzo wysokiego" prawdopodobieństwa popełnienia określonego w ustawie rodzaju czynu zabronionego. Samo posłużenie się tymi zwrotami z punktu widzenia techniki legislacyjnej nie powinno budzić zastrzeżeń. Jednakże w tym przypadku nastąpiła kumulacja owej niedookreśloności norm prawnych. Po pierwsze, zwroty „wysokie" i „bardzo wysokie" zostały powiązane z prawdopodobieństwem, które nie oznacza przecież niczego innego niż uzasadnione przypuszczenie, potencjalną możliwość. Prawdopodobieństwo zawiera więc w sobie element niepewności, określoną prognozę, która może się nie spełnić. W tym przypadku tak rozumiane prawdopodobieństwo jest zaś definiowane poprzez zwroty, które z natury rzeczy są nieostre. Po drugie, co szczególnie istotne, ustawa nie daje jasnych i precyzyjnych narzędzi umożliwiających wytyczenie granicy pomiędzy wysokim prawdopodobieństwem popełnienia określonych czynów zabronionych (art. 14 ust. 2 ustawy), a bardzo wysokim prawdopodobieństwem popełnienia tych czynów (art. 14 ust. 3 ustawy).* Zastrzeżenia, co do zgodności Ustawy z Konstytucją RP oraz wiążącym Polskę prawem międzynarodowym, w tym stanowiącą integralną część prawa polskiego Europejską Konwencją Praw Człowieka, zawarła również prof. UW, dr hab. Monika Płatek w: *Opinii na temat poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy — Kodeks karny oraz ustawy — Kodeks karny wykonawczy (druk nr 1538) oraz rządowego projektu ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzającymi zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób* (druk 1577; Płatek, 2013).

Pomimo wielu krytycznych głosów odnoszących się do uregulowań zawartych w akcie prawnym i podnoszących możliwość naruszania przez nią podstawowych praw i wolności, które winny być gwarantowane każdemu człowiekowi w demokratycznym państwie prawa, Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt K 6/14 stwierdził, iż przepisy, co do których Prezydent RP i Rzecznik Praw Obywatelskich wnieśli o zbadanie ich zgodności z Konstytucją RP oraz regulacje, co do których pytania prawne zadały Sąd Okręgowy w Lublinie I Wydział Cywilny i Sąd Apelacyjny we Wrocławiu I Wydział Cywilny są zgodne z Konstytucją RP (Królikowski, Sakowicz, 2013). W punkcie 11 wyroku, stwierdził jedynie, iż sporządzanie opinii w sprawie niezbędności dalszego pobytu skazanego/uczestnika postępowania w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniem Dyssocjalnym (dalej jako: „Ośrodek") nie może być dokonywane jedynie przez jednego lekarza psychiatrę.

## 3. Orzecznictwo związane z trybem rozpoznawania spraw oraz elementami obowiązkowymi postanowienia wydanego w sprawie

Wątpliwości zarysowujące się w związku z wejściem w życie Ustawy oraz jej stosowaniem, nałożyły na sądy orzekają-

ce w postępowaniach prowadzonych na jej podstawie, brzemię takiego interpretowania jej zapisów oraz ich stosowania, by prawa i wolności człowieka oraz obywatela były ograniczane w jak najmniejszym stopniu. Jednocześnie Sądy w swoich orzeczeniach muszą urzeczywistniać cele, które wskazane zostały w uzasadnieniu projektu do Ustawy. Pierwszym z orzeczeń, w którym Sąd Najwyższy odniósł się do sposobu interpretacji zapisów omawianego aktu prawnego, był judykat wydany w związku z postępowaniem prowadzonym wobec Mariusza Trynkiewicza. W postanowieniu z dnia 26 stycznia 2017 r., wydanym w sprawie o sygn. akt I CSK 821/14 Sąd Najwyższy odniósł się do kwestii granicy związania sądu wnioskiem o uznanie osoby za stwarzającą zagrożenie w związku ze złożeniem przez dyrektora zakładu karnego wniosku wszczynającego postępowanie w tej materii. Sąd Najwyższy podkreślił, iż ustawodawca wybierając tryb nieprocesowy, jako tryb w którym mają być prowadzone postępowania, poczynił to przede wszystkim z uwagi na rodzaj spraw, jakie są rozpoznawane we wskazanym trybie, m.in. o ubezwłasnowolnienie (art. 544–560[1] k.p.c.); o udzielnie zezwolenie na zawarcie małżeństwa (art. 561 k.p.c.); o przysposobienie (art. 585–589 k.p.c.); ogłoszenie testamentu (art. 646–654 k.p.c.).

Sprawy rozpoznawane w trybie nieprocesowym dotyczą nie tylko interesu prywatnego, ale również wielokrotnie interesu publicznego, co wynika chociażby z możliwości wszczęcia niektórych spraw z urzędu przez sąd (art. 579[1] § 1 k.p.c.) oraz ograniczenie wyrażonej w art. 321 § 1 k.p.c. zasady związania sądu, żądaniem pozwu, co pozwala na zawarcie w rozstrzygnięciu również okoliczności, które nie zostały objęte żądaniem wniosku, jednak z woli ustawodawcy należą do istoty danego postępowania, a tym samym rozstrzygnięcie we wskazanym zakresie również powinno nastąpić (art. 618 k.p.c., art. 619 k.p.c.). Oddanie spraw prowadzonych na podstawie ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi, zgodnie ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Sąd Najwyższy, pod tryb nieprocesowy ma zatem nie tylko doprowadzić do rozstrzygnięcia, czy skazany jest osobą stwarzającą zagrożenie czy też nie, ale również zobligować sąd orzekający w sprawie do wypowiedzenia się w postanowieniu, jakie środki winny być wobec tej osoby zastosowane. Tym samym, uznanie skazanego za osobę niebezpieczną, wiąże się z koniecznością dobrania adekwatnych do posiadanych przez tą osobę zaburzeń środków oraz niezbędnych by został zrealizowany jeden z celów ustawy, tj. ochronienie społeczeństwa przed stwarzanym przez skazanego zagrożeniem. By oba te obowiązki nałożone przez ustawę, zostały spełnione we właściwy sposób, skład sędziowski powinien mieć na uwadze nie tylko, opinię wydaną przez biegłych, ale również innego rodzaju środki dowodowe, chociażby nie zostały one objęte wnioskami dowodowymi stron.

Zgodnie ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Sąd Najwyższy, to każdorazowo sąd orzekający staje się „gospodarzem" postępowania. Nie może więc on jedynie biernie oczekiwać na inicjatywę wykazywaną przez strony, ale w sposób aktywny uczestniczyć w zbieraniu materiału dowodowego. Podkreślone zostało również, iż sąd nie może w sposób bierny zdecydować o zastosowaniu środka wskazanego przez dyrektora zakładu karnego we wniosku. Winien on przede wszystkim badań, który ze środków (o charakterze izolacyjny lub też o charakterze nie izolacyjnym) ma być zastosowany w odniesieniu do uczestnika postępowania. Złożony wniosek, staje się więc poniekąd jedynie elementem wszczynającym postępowanie, dalsza inicjatywna należy zaś do składu orzekającego. Mając na uwadze powyższe, Sąd Najwyższy wskazał, iż rozstrzygnięciu nie mogą zatem być stawiane zarzuty o dokonaniu rozstrzygnięcia niezgodnie z wnioskiem lub też zarzuty co do inicjatywy dowodowej wykazywanej przez sąd w trakcie postępowania. Działanie takie stanowi bowiem obowiązek organu władzy sądowniczej.

## 4. Orzecznictwo określające zakres zastosowania ustawy oraz kategoria zaburzeń, objętych zastosowaniem ustawy

Sąd Najwyższy z uwagi na opisane we wstępie wątpliwości natury prawnej, co do konstytucyjności rozwiązań zawartych w Ustawie, bardzo rygorystycznie zakreśla ramy jej stosowania. W treści uzasadnienia Ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzającymi zagrożenie życie, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób podkreślone zostaje, iż: *projektowana ustawa stwarza prawne możliwości terapii szczególnej kategorii osób: sprawców przestępstw z użyciem przemocy, którzy są zwalniani z zakładów karnych po odbyciu kary, lecz zachodzi obawa, że popełnią nowe groźne przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej, ponieważ występują u nich specyficzne zaburzenia osobowości lub zaburzenia preferencji seksualnych. Tego rodzaju zaburzenia, zgodnie z Międzynarodową klasyfikacją chorób i problemów zdrowotnych ICD-10, nie stanowią choroby psychicznej, ale są sklasyfikowane w podgrupach F60-F62 (zaburzenia osobowości) i w podgrupie F65 (zaburzenia preferencji seksualnych) powołanej klasyfikacji.* Nie objęcie przez ustawodawcę zakresem tegoż aktu prawnego, osób cierpiących na chorobę psychiczną, wyklucza zatem możliwość rozszerzenia jej zastosowania na tę kategorię osób, z uwagi na konieczność ścisłego interpretowania przepisów ograniczających prawa i wolności jednostki, co stanowiło przedmiot licznych rozważań orzeczniczych Sądu Najwyższego (por. wyroki z dnia: 19 października 2005 r., sygn. akt II KK 231/05; 24 kwietnia 2000 r. sygn. akt II KKN 335/99; 24 kwietnia 2013 r., sygn. akt V KK 31/13 czy uchwały z dnia: 30 czerwca 2008 r., sygn. akt I KZP 9/08 oraz z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt I KZP 31/1). Mając na uwadze zarówno literalną treść przepisów, jak również treść uzasadnienia do Ustawy, sądy nie powinny mieć wątpliwości co do kategorii osób objętych stosowaniem przedmiotowego aktu prawnego. Pogląd ten nie może być jednak bardziej mylny, co potwierdzają stan faktycznych oraz okoliczności wydania postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2015 r. uczestnika postępowania, wobec, którego został skierowany wniosek o uznanie

go za osobę stwarzająca zagrożenie, rozpoznana została choroba psychiczna w postaci schizofrenii paranoidalnej. Pomimo pierwotnego uwzględnienia wniosku dyrektora zakładu karnego i uznanie skazanego za osobę stwarzającą zagrożenie, a co za tym idzie umieszczenie go w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dyssocjalnym, Sąd Apelacyjny uwzględnił wniesioną w sprawie apelację i oddalił wniosek. Rozstrzygniecie te zostało utrzymane w mocy przez Sąd Najwyższy. Skład orzekający podkreślił, iż zgodnie z kwalifikacją schizofrenii paranoidalnej w Międzynarodowej Statystycznej Klasyfikacji Chorób ICD — 10 jest ona uważana za zaburzenie psychiczne. Takie zakwalifikowanie powyższego schorzenia, powoduje, iż osoba cierpiąca na nie jest zgodnie z art. 3 ust. 1a ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego uważana za osobę chorą psychicznie. Zgodnie z treścią uzasadnienia, wobec osoby chorej psychicznie niedopuszczalne jest zastosowanie przepisów Ustawy, prowadzić będzie to bowiem do naruszenia prawa do wolności tej osoby bez spełnienia norm wskazanych w art. 31 ust. 1 i 3 w zw. z art. 41 ust 1 Konstytucji wymogów, a więc bez podstawy prawnej. Działanie takie uznane zostało za niedopuszczalne. W przypadku wystąpienia samoistnej choroby psychicznej oraz zaistnienia konieczności podjęcia środków zaradczych, właściwe jest zastosowanie środków przewidzianych w art. 23 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego i poddanie chorego przymusowemu leczeniu, co ma zrealizować cele leczniczo — izolacyjne względem niego.

## 5. Rozróżnienie pomiędzy „wysokim" a „bardzo wysokim" prawdopodobieństwem

Kolejnym z zagadnień, które wymagają doprecyzowania w trakcie stosowania Ustawy przez sądy, jest ustalenie zakresu pojęć „wysokie" oraz „bardzo wysokie" prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej z użyciem przemocy, lub groźbą jej użycia, przez skazanego wobec, którego zostało wszczęte postępowanie na podstawie przepisów Ustawy. Nieprecyzyjność pojęć zawartych w ustawie rodzi wątpliwości natury konstytucyjnej, w szczególności pewności prawa, jednocześnie, jak wskazano powyżej, ustawodawca przerzuca na orzekające w spawach prowadzonych na postawie ustawy, sądy obowiązek dokonania rozróżnienia i doprecyzowania tychże pojęć.

Jednym z orzeczeniem, w których Sąd Najwyższy podjął się wyznaczenia standardów, które sądy winny mieć na uwadze przy orzekaniu czy zachodzi „wysokie" lub „bardzo wysokie" prawdopodobieństwo popełnienia czynów określonych w ustawie, a co za tym idzie, który środek wskazany w ustawie, zastosować, jest postanowienie z dnia 12 stycznia 2018 r. w sprawie o sygn. akt II CSK 542/17. W przedmiotowym judykacie, Sąd Najwyższy odnosi się również do przywołanego we wstępie wyroku Trybunału Konstytucyjnego w zakresie stwierdzenia zgodności ustawy o tzw. bestiach z konstytucją. Sąd Najwyższy rozpatrując wniesioną skargę kasacyjną poczynił rozważania, co do sposobu rozróżnienia „wysokiego" i „bardzo wysokiego" prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego, zwracając przede wszystkim uwagę, iż orzekający sąd ma każdorazowo obowiązek poczynienia koniecznych ustaleń, co do wyników prowadzonego wobec uczestnika postępowania terapeutycznego i możliwości efektywnego poddania się postępowaniu terapeutycznemu na wolności. Okoliczność ta ma znaczenie również dlatego, że przebieg dotychczasowej terapii i jej dalsze rokowania mogą rzutować na stopień prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego w przyszłości, a tym samym na wybór jednego ze środków określonych w art. 3 w związku z art. 14 ust. 2 i 3 Ustawy (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2017 r., I CSK 144/16). Jednocześnie silnie podkreślona została konieczność uwzględnienia, że zastosowanie wobec osoby uznanej za stwarzającą zagrożenie środka izolacyjnego miało stanowić w intencji ustawodawcy ostateczność i być stosowane wyłącznie w przypadku, gdy nadzór prewencyjny okaże się niewystarczający. Sąd Najwyższy powtórzył zatem pogląd wyrażony przez Trybunał Konstytucyjny, iż sąd orzekający w sprawie zawsze winien mieć na uwadze konieczność gradacji środków, które mogą zostać zastosowane. Warto w tym miejscu dodać, iż w orzecznictwie Sądu Najwyższego podkreśla się, że jakkolwiek opinia biegłych, stanowi bardzo istotny dowód w tym zakresie, to ocena stopnia prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego, a w związku z tym wybór między środkiem nie izolacyjnym, a izolacyjnym, należy do sądu, a nie do biegłych (inaczej Brzozowski, 2015), co zostało wielokrotnie podkreślone w orzecznictwie Sądu Najwyższego (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia: 23 marca 2017 r., sygn. akt V CSK 477/16; 19 stycznia 2017 r., sygn. akt II CSK 459/15 oraz 11 stycznia 2017 r., sygn. akt IV CSK 792/15)

Diagnozowanie prawdopodobieństwa popełnienia w przyszłości przestępstwa związanego z zaburzeniem preferencji seksualnych należy do bardzo trudnych i brak w tej mierze zobiektywizowanych metod, pozwalających na precyzyjne stopniowanie prawdopodobieństwa powrotu do przestępstwa. Pociąga to za sobą bardzo wysoką trudność związaną z prawidłowym stosowaniem przez sąd art. 14 ust. 1 ustawy, z drugiej zaś strony implikuje konieczność uczynienia przewidzianej w tym przepisie oceny możliwie jak najbardziej wszechstronnej i wnikliwej. Wymaga to uwzględnienia w niej — obok wprost wyszczególnionych w ustawie — także innych elementów, związanych z przebiegiem dotychczasowego życia osoby objętej wnioskiem i jej aktualnej sytuacji życiowej (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2017 r., sygn. akt V CSK 483/15).

Postępowanie terapeutyczne jest wprawdzie fakultatywne, sąd musi jednak każdorazowo rozważyć i dać temu wyraz w uzasadnieniu, czy mając na uwadze charakter zaburzeń psychicznych stwierdzonych u osoby objętej wnioskiem, nadzór nie powinien łączyć się z odpowiednią terapią. Przy uwzględnieniu dostępnej wiedzy, przyjąć należy, że przynajmniej w przypadku sprawców dotkniętych zaburzeniami preferencji seksualnych, skoro warunkiem stosowania nadzoru

jest wysokie prawdopodobieństwo popełnienia w przyszłości czynu, o którym mowa w art. 14 ust. 2 i 3 ustawy środek ten powinien być powiązany z adekwatnym postępowaniem terapeutycznym zmierzającym do obniżenia tego ryzyka, chyba że występują konkretne okoliczności o charakterze stałym lub czasowym przemawiające przeciwko prowadzeniu terapii. Postępowanie to może mieć wieloaspektowy charakter, a o jego rodzaju sąd powinien rozstrzygnąć przy pomocy opinii biegłego. Założenie to koresponduje z uzasadnieniem projektu ustawy, w którym podkreślono, że nadzór policyjny powiązany z terapią realizowaną w warunkach wolnościowych pozwala na ograniczenie izolacji połączonej z terapią wyłącznie do absolutnie wyjątkowych przypadków. Odpowiada to traktowaniu środka w postaci umieszczenia w Ośrodku jako *ultima ratio*.

## 6. Opinie biegłych wydawane w postępowaniach prowadzonych na podstawie ustawy

Również opinia wydawana przez biegłych w trakcie postępowania stanowiła przedmiot wypowiedzi Sądu Najwyższego. W stanie faktycznym, którego dotyczyło postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2017 r., sygn. akt IV CSK 792/15, uczestnik postępowania, zgodnie z wynikiem przeprowadzonych przez biegłych badań, wykazywać miał zaburzenia psychiczne w postaci zaburzeń osobowości z rysem dyssocjalnym oraz parafilię pod postacią pedofilii, możliwe gwałcicielstwo, z cechami sadyzmu i somnofilii. Do wydania przedmiotowej opinii powołani zostali trzej biegli: dwóch biegłych lekarzy psychiatrów, z których jeden był również biegłym lekarzem seksuologiem oraz biegły psycholog. Biegły lekarz psychiatra, będący również biegłym lekarzem seksuologiem wydał opinię w przedmiocie zaburzeń psychicznych oraz zaburzeń preferencji seksualnych. Sąd Najwyższy w wydanym orzeczeniu wskazał na niezgodność takiej praktyki z przepisami Ustawy. Tak bowiem zgodnie z brzmieniem art. 11 ustawy o postępowaniu z osobami wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzającymi zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób, by ustalić czy skazany cierpi na zaburzenia oraz jakiego są one rodzaju, sąd orzekający w sprawie winien powołać biegłych enumeratywnie wyliczonych we wskazanym przepisie.

Rozdzielenie funkcji każdego z biegłych oraz rozróżnienie zadań przed nimi stawianych uniemożliwia zezwolenie organowi postępowania udzielania zgody, by jednej z powołanych biegłych wydawał opinię w „podwójnym" zakresie. Konieczność ta wynika z literalnego brzmienia regulacji oraz zastosowania przyimka „ponadto", który to oznacza „prócz tego", „poza tym", „niezależnie od tego". Celem dokonania przedmiotowego rozróżnienia, jest jak najszersze zabezpieczenie interesu uczestnika postępowania, poprzez poddanie go wszechstronnemu i obiektywnemu badaniu przez możliwie dużą liczbę biegłych, którzy w wydawanych opiniach będą przedstawiać wnioski podjęte samodzielnie i w oderwaniu od jakichkolwiek wpływów. Zdaniem Sądu Najwyższego powołanie czterech różnych biegłych, nie wyklucza, po przeprowadzeniu przez nich badań oraz obserwacji, wymiany poglądów oraz spostrzeżeń, a następnie wydaniu jednej wspólnej i kompleksowej opinii. Przeprowadzenie badań empirycznych przez większą liczbę biegłych ma zmniejszyć ryzyko możliwości pojawienia się błędów, co w przypadku wydawania opinii przez biegłych, gdzie jeden z nich jest powołany przez sąd jako specjalista w dwóch dziedzinach czyni ich niezależność iluzoryczną i doprowadzić może do popełnienia błędów. W judykacie podkreślone również zostało, iż przy wykładni art. 11 Ustawy, sądy winny mieć na uwadze linię orzeczniczą (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 1973 r., sygn. akt III Kz 234/72; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2009 r., sygn. akt II KK 84/09) oraz poglądy doktryny prezentowane przy wykładni art. 202 k.p.k., który ma zbliżoną do przedmiotowej regulacji treść oraz cel.

## 7. Wobec kogo może mieć zastosowanie ustawa?

Jednakże orzeczeniem, które w największym stopniu wpłynąć może zarówno na sposób interpretacji przepisów Ustawy, jak również na jej stosowanie, jest postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 2017 r., sygn. akt V CSK 477/16. Mężczyzna, wobec którego złożony został wniosek w młodym wieku rozpoczął swoją przestępczą „karierę" i na przestrzeni lat popełniał coraz poważniejsze przestępstwa, jednakże do momentu orzekania nie dokonał czynu zabronionego kwalifikowanego jako zbrodnia. Naruszanie przez niego norm prawnych, wynikało w znaczącej mierze z agresywnego charakteru mężczyzny, zażywania substancji psychoaktywnych oraz nieumiejętności przestrzegania norm społeczno — prawnych na skutek posiadanych zaburzeń. W trakcie trwania postępowania sądowego prowadzonego na podstawie przepisów Ustawy, wydana została opinia względem uczestnika postępowania, w której stwierdzone zostało, iż występuje u niego m.in.: organiczne zaburzenie zachowania i emocji o znacznym stopniu nasilenia i utrwalenia oraz upośledzenie lekkie i uzależnienie mieszane (alkohol, narkotyki), a także obniżona sprawność umysłowa skutkująca osłabioną kontrolą sfery emocjonalno-popędowej, niskim rozumieniem sytuacji społecznych, jak również bardzo słabym różnicowaniem norm etyczno-moralnych.

Z uwagi na dotychczasowe postępowanie skazanego, biegli wskazali, że jest on bezkrytyczny wobec swojego dotychczasowego postępowania; nie ma utrwalonego nawyku przestrzegania norm prawnych i zasad współżycia społecznego oraz mając na uwadze dotychczasowy brak efektów postępowania terapeutycznego, prowadzenie go w warunkach wolnościowych będzie niemożliwe. Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, spowodował orzeczenie wobec Uczestnika postępowania o umieszczeniu go w Krajo-

wym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniem Dyssocjalnym w Gostyninie.

Sąd Najwyższy rozpatrując opisany powyżej przypadek, na skutek wniesienia przez Uczestnika postępowania skargi kasacyjnej, wskazał, iż Ustawa zastosowanie winna mieć również w odniesieniu do osób, które choć popełniły przestępstwa, nie są to przestępstwa o najcięższym charakterze gatunkowym. Uczestnik postępowania, choć dopuścił się przestępstw przeciwko zdrowiu i wolności seksualnej, nie były to czynu zabronione o charakterze rażącym lub drastycznym, również ich skutki nie nosiły ww. znamion. Głównym powodem, zdaniem Sądu Najwyższego, orzeczenia wobec Uczestnika środka o charakterze izolacyjnym, są stwierdzone u niego zaburzenia psychiczne oraz upośledzenie umysłowe, nie poddawanie się terapii i akceptacja własnych zachowań agresywnych. Zatem, zdaniem składu orzekającego, jedynym środkiem pozwalającym ochronić społeczeństwo przed ewentualnymi zachowaniami skazanego oraz zastosować wobec niego terapię pozwalającą na przystosowanie go do warunków wolnościowych, jest umieszczenie go w Ośrodku.

Opisane orzeczenie oraz zaprezentowana w nim argumentacja, pozwala na przyjęcie, iż zakresem zastosowania ustawy objęte zostaną nie tylko osoby dokonujące przestępstw o charakterze drastycznym i szczególnie godzącym w moralność, ale każda z osób, która popełni przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej i orzeczono wobec niej karę pozbawienia wolności. Oczywiście w Ustawie brak jest jakiegokolwiek wskazania by środki w niej przewidziane odnosiły się jedynie do najcięższych gatunkowo przypadków, jednakże orzeczenie wydane przez Sąd Najwyższe pozwala przypuszczać, iż wbrew zapowiedziom nie będzie miała ona zastosowania jedynie do „bestii". Rodzić to może wiele wątpliwości, co do kategorii osób, które podlegać będą jej regulacjom, a w późniejszym czasie spowodować niebezpieczeństwo prowadzenia postępowania wobec wszystkich osób w celu prewencyjnego ustalenia czy zachodzi konieczność zastosowania jednego ze środków wskazanych w ustawie. W chwili obecnej podejmowanie takich działań przez organy wymiaru sprawiedliwości wydawać się mogą mało prawdopodobne, jednakże omówione powyżej orzeczenie Sądu Najwyższego może stanowić swoistego rodzaju ostrzeżenie przed wprowadzeniem takiej praktyki.

## 8. Podsumowanie — czy uregulowania zawarte w ustawie są nadużywane przez Sądy?

Kończąc przedmiotowe wystąpienie, warto również wskazać dotychczasowy zakres stosowania Ustawy oraz liczbę i rodzaj postępowań prowadzonych na jej postawie. W 2017 r. Anna Więcek-Durańska podjęła się przeanalizowania praktyki orzeczniczej w tym, m.in. częstotliwości orzekania o umieszczeniu osoby w Ośrodku, charakterystyki sprawców. Okres podlegający analizie obejmował sprawy prowadzone przez sądy okręgowe w latach 2013–2015, w którym zapadło postanowienie o uznaniu osoby za stwarzającą zagrożenie i zastosowano jeden ze środków przewidzianych w ustawie. Analizie poddano 43 sprawy, które stanowiły 78% złożonych wniosków. Najwięcej wniosków miało zostać złożonych w Rzeszowie — trzynaście, najmniej zaś w Raciborzu, Sieradzu i Wołowie bowiem jedynie po jednym. Wnioski kierowane do sądu dotyczyły w znaczącej większości mężczyzn, tylko jeden dotyczył kobiety. Dwadzieścia dziewięć osób wobec, których zostały złożone wnioski były wcześniej wielokrotnie karane, zaś dziesięć osób było wcześniej jednokrotnie karany. Wśród osób wielokrotnie karanych trzy osoby karane były sześciokrotnie, jedna ośmiokrotnie, zaś dwie osoby dziewięciokrotnie. Dwóch skazanych spędziło w zakładzie karnym ponad 20 lat–37 lata i 23 lata. Dwadzieścia pięć osób wobec których złożony został wniosek o uznanie za osobę stwarzającą zagrożenie odbywało karę pozbawienia wolności w związku z popełnieniem przestępstwa o charakterze seksualnym, dziesięciu skazanych popełniło przestępstwo zabójstwo, zaś pięć osób wobec których złożono wniosek popełniło inne przestępstwo o charakterze agresywnym. Biegli u dwudziestu trzech osób w wydawanych w sprawie opiniach rozpoznali u uczestników postępowania osobowość dyssocjalną. W stosunku do dwudziestu ośmiu skazanych biegli uznali, iż zachodzi wysokie prawdopodobieństwo popełniania czynu zabronionego przez osobę opiniowaną, w czterech przypadkach uznano, iż prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego jest niskie. W podobnej liczbie przypadków (czterech) biegli wydali sprzeczne opinie. Sądy w siedmiu przypadkach orzekły o skierowaniu skazanego do Ośrodka, w tożsamej liczbie spraw nie zastosowano względem skazanego żadnego środka. Najczęściej sądy orzekające w sprawie decydowały o zastosowaniu względem uczestnika nadzoru prewencyjnego.

Tożsame uregulowania, do tych prezentowanych w Ustawie, znaleźć można również w ustawodawstwie innych państw Unii Europejskiej w tym m.in. Niemiec. Skargi wnoszone na podstawie tychże przepisów rozpatrywane były również przez Europejski Trybunał Praw Człowieka, który wydawanych wyrokach m.in. wyrok ETPCz z 19 stycznia 2012 r. w sprawie Kron-feldner przeciwko Niemcom, skarga nr 21906/09; wyrok z 13 stycznia 2011 r. w sprawie H. przeciwko Niemcom, skarga nr 6587/04; wyrok z dnia 24 października 1979 r. w sprawie W. przeciwko Holandii, skarga nr 6301/73; wyrok z 24 października 1997 r. w sprawie J. przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 22520/93, wyrok z 5 października 2000 r. w sprawie V. przeciwko Bułgarii, skarga nr 31365/96, wyrok z 20 lutego 2003 r. w sprawie H.R. przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 50272/99, zwracał uwagę na szereg okoliczności, które winny być brane pod uwagę przy stosowaniu regulacji ingerujących w fundamentalne prawo człowieka jakim jest wolność. Trybunał zwracał uwagę na m.in., iż pozbawienie wolności musi więc podlegać cyklicznej kontroli sądu. Z uwagi na kazuistyczny charakter zaprezentowanych rozwiązań oraz krótki czas obowiązywania Ustawy, linia orzecznicza prezentowana przez Sąd Najwyższy i Europejski Trybunał praw Człowieka oraz wyzna-

czane w tychże judykatach standardy stanowić mogą wskazówki dla sądów rozpatrujących wnioski składane przez dyrektorów Zakładów Karnych, co do uznania skazanego za sprawcę niebezpiecznego. Aktualne pozostaje jednak w takim wypadku pytanie czy ustawodawca powinien przerzucać odpowiedzialność na orzekające w przedmiotowych sprawach sądy, obowiązek doprecyzowywania uchwalonej Ustawy w tak znacznym stopniu.

## Bibliografia


**Literatura**

Autor anonimowy (2013). *Uzasadnienie do projektu Ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzającymi zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób* Pobrane z: http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=1577; (12.11.2018 r.).

Brzozowski, W. (2015). Postępowanie ze sprawcami niebezpiecznymi — główne wątpliwości konstytucyjne. *Przegląd Legislacyjny*, *4*(94), 25–40.

Królikowski, M., Sakowicz, A. (2013). Granice legalności postpenalnej detencji sprawców niebezpiecznych. *Forum Prawnicze*, *5*(19), 17–34.

Lipowicz, I. (2014). *Wniosek nr II. 517.1093.2014. ED/ST Rzecznika Praw Obywatelskich z 16 maja 2014 r. do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności z Konstytucją RP (Dz. U. z 1997 r. poz. 483 ze zm.) niektórych unormowań ustawy z 22.11.2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób*. Pobrane z: https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/WG_TK_ustawa_o_postepowaniu_wobec_osob_z_zaburzeniami.pdf; (12.11.2018 r.).

Płatek, M. (2013). *Opinii na temat poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy — Kodeks karny oraz ustawy — Kodeks karny wykonawczy* (druk nr 1538) *oraz rządowego projektu ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzającymi zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób* (druk 1577). Pobrane z: http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk7.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=1577; (12.11.2018).

Więcek-Durańska, A. (2017). Praktyka orzecznicza wykonywania nadzoru prewencyjnego oraz umieszczenia w Krajowym ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dyssocjalnym osób stwarzających zagrożenie. *Prawo w działaniu. Sprawy Karne*, (30), 139–172.

**Orzecznictwo**

Postanowienie SN z 27.01.1973. III Kz 234/72. OSNKW 1973, nr 5 poz. 64.

Postanowienie SN z 16.04.2015. I CSK 825/14. LEX nr 1677120.

Postanowienie SN z 10.01.2017. V CSK 483/15. niepubl.

Postanowienie SN z 11.01.2017. IV CSK 792/15. OSNC 2017/9/100.

Postanowienie SN z 19.01.2017. II CSK 459/15. niepubl.

Postanowieniu SN z 26.01.2017. I CSK 821/14. LEX nr 2258051.

Postanowienie SN z 31.01.2017. I CSK 144/16. niepubl.

Postanowienie SN z 23.03.2017. V CSK 477/16. niepubl.

Postanowienie SN z 23.04.2017. V CSK 477/16. LEX nr 2255311.

Uchwała SN z 30.06.2008. I KZP 9/08. OSNKW 2008, Nr 8, poz. 59.

Uchwała SN z 23.03.2011. I KZP 31/11. OSNKW 2011, Nr 3, poz. 23.

Wyrok ETPCz z 24.10.1979. skarga nr 6301/73.

Wyrok ETPCz z 24.10.1997. skarga nr 22520/93.

Wyrok ETPCz z 510.2000. skarga nr 31365/96.

Wyrok ETPCz z 20.02.2003. skarga nr 50272/99.

Wyrok z ETPCz z 13.01.2011. skarga nr 6587/04.

Wyrok ETPCz z 19.01.2012. skarga nr 21906/09.

Wyrok SN z 24.04.2000. II KKN 335/99. LEX nr 50896.

Wyrok SN z 19.10.2005. II KK 231/05. OSNKW 2006, Nr 3, poz. 26.

Wyrok SN z 04.06.2009. II KK 84/09. niepubl.

Wyrok SN z 24.04.2013. V KK 31/13. LEX nr 1318218.

Wyrok TK z 23.11.2016. K 6/14.

**Akty prawne**

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Dz. U z 1997 nr 78, poz. 483 z późn. zm.

Ustawa z 19.08.1994 o ochronie zdrowia psychicznego. Dz. U. z 1994 nr 111, poz. 535 z późn. zm.

Ustawa z 22.11.2013 o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzającymi zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób. Dz. U. z 2014 poz. 24.

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.28

# Problem wierzytelności nieściągalnych w podatku od towarów i usług

## The problem of uncollectible debts in value added tax

*mgr Krzysztof Pisiak*

E-mail: kpisiak@gmail.com

**Streszczenie**

Większość podmiotów uczestniczących w obrocie gospodarczym, spotyka się z pewnymi trudnościami, które wynikają z nieterminowego regulowania należności. Sytuacja taka, rodzi wiele negatywnych następstw prawno-finansowych. W polskim ustawodawstwie wypracowano jednak sporo mechanizmów umożliwiających kompensowanie poniesionej w taki sposób straty. Niezmiernie ważna jest tutaj możliwość skorygowania przez wierzyciela-podatnika podatku od towarów i usług w odniesieniu do wierzytelności, której nieściągalność została uprawdopodobniona i właściwie udokumentowana. W badaniu autor skupia się w głównej mierze na dokonaniu rozległego przeglądu warunków umożliwiających korektę podatku na gruncie ustawy o podatku od towarów i usług. Analizą zagadnienia objęty został szereg aktów normatywnych, orzecznictwa sądów polskich i europejskich oraz dostępne stanowiska organów podatkowych. Dodatkowo badania uzupełniono o wątki prawnoporównawcze i rys historyczny, co niewątpliwie podnosi jego jakość i wartość.

**Słowa kluczowe:** wierzytelności nieściągalne, podatek, złe długi.

**Summary**

Most of the entities involved in the economic turnover encounter some difficulties which result from untimely payment of receivables. Such a situation raises many negative legal and financial consequences. In Polish legislation, however, many mechanisms have been developed to compensate for the loss suffered in this way. What is extremely important here is the possibility of the creditor-taxpayer correcting the tax on goods and services in relation to the claim, the non-collectability of which has been substantiated and properly documented. In the study, the author focuses mainly on making a broad review of the conditions enabling tax adjustment under the Value Added Tax Act. The analysis of the issue covered a number of normative acts, the jurisprudence of Polish and European courts and available positions of tax authorities. In addition, the research has been supplemented with comparative legal and historical themes, which undoubtedly increases its quality and value.

**Key words:** uncollectible debts, tax, bad debts.

## 1. Analiza przepisów unijnych

Przepisy prawne dotykające problemu wierzytelności nieściągalnych w podatku od towarów i usług, zostały wprowadzone do polskiego systemu prawnego ustawą z dnia 21 kwietnia 2005 roku o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług[1]. Bezpośrednią podstawą ustanowienia tychże regulacji, była potrzeba implementacji do prawa polskiego przepisów unijnej dyrektywy harmonizującej system podatku od wartości dodanej[2]. Szczególnie istotny dla omawianego problemu jest art. 90 ust. 1[3] wspomnianej dyrektywy 2006/112/WE. Wskazuje on na potrzebę utworzenia przez państwa członkowskie odpowiednich instrumentów, które pozwalać będą na dokonanie stosownej redukcji podstawy opodatkowania w określonych sytuacjach. Stanowią one katalog czynności, takich jak przypadek *anulowania, wypowiedzenia, rozwiązania, całkowitego lub częściowego niewywiązania się z płatności lub też w przypadku obniżenia ceny po dokonaniu dostawy*[4].

W miejscu tym należy również dodać, że art. 79 wcześniej wspomnianej dyrektywy stanowi, że podstawa opodatkowania nie dotyczy następujących składników: *obniżek cen w formie rabatu z tytułu wcześniejszej zapłaty, upustów i obniżek cen udzielonych nabywcy lub usługobiorcy i uwzględnionych w momencie transakcji kwot otrzymanych przez podatnika od nabywcy lub usługobiorcy, jako zwrot wydatków poniesionych w imieniu i na rzecz nabywcy lub usługobiorcy, a zaksięgowanych przez podatnika na koncie przejściowym*[5].

Inną bardzo ważną kwestię przedstawia art. 273 dyrektywy 2006/112/WE. Wskazuje on na możliwość nałożenia przez państwa członkowskie innych obowiązków, jeżeli uznają je za potrzebne do celów prawidłowego pozyskiwania podatku od wartości dodanej i przeciwdziałania oszustwom podatkowym. Warunkiem koniecznym jest tutaj zapewnienie jednolitego podejścia do transakcji krajowych i transakcji realizowanych przez podatników między państwami członkowskimi[6]. Ważne jest również, by nałożone obowiązki, w wymianie handlowej między członkami wspólnoty nie rodziły nowych formalności powiązanych z przekraczaniem granic.

## 2. Analiza przepisów krajowych

Przechodząc do regulacji na gruncie polskiego prawodawstwa musimy zauważyć, że wytyczne określające warunki korzystania z instytucji ulgi na złe długi, określone zostały w art. 89a ustawy o podatku od towarów i usług7. Aktualne brzmienie zostało nadane regulacji poprzez wprowadzenie tzw. ustawy deregulacyjnej (ustawy z dnia 16 listopada 2012 r. o redukcji niektórych obciążeń administracyjnych w gospodarce)[8]. W nowej formie obowiązuje ona od 1 stycznie 2019 i *nakazuje w przypadku skorzystania z ulgi na złe długi nie tylko skorygować podatek należny, ale również podstawę opodatkowania*[9]. Polski prawodawca umożliwia wykorzystanie wspomnianej instytucji na określonych przez siebie warunkach.

Pierwsze wymaganie dotyczy dostawy towarów lub świadczenia usług, które powinny być zrealizowane na rzecz podatnika będącego czynnym podatnikiem VAT, wobec którego nie jest prowadzone postępowanie restrukturyzacyjne[10], postępowanie upadłościowe, czy też likwidacyjne. Z kolejnego elementu wynika, że na dzień poprzedzający moment złożenia odpowiedniej deklaracji korygującej, zarówno wierzyciel, jak i dłużnik powinni być zarejestrowani jako podatnicy czynni VAT. Dodatkowo dłużnik nie może być w trakcie postępowania restrukturyzacyjnego, postępowania upadłościowego lub w trakcie likwidacji. Ważnym elementem wyszczególnionym przez ustawodawcę jest również wymóg czasowy. Według zapisów zawartych w ustawie o VAT, od daty wystawienia faktury, która dokumentuje wierzytelność nie mogą upłynąć dwa lata, liczone od końca roku w którym dokument został wystawiony.

Wskazane przepisy ustawy o podatku od towarów i usług mają na zamiarze stworzenie takich warunków, w których podatnicy którzy nie otrzymali umówionego wynagrodzenie, nie ponoszą dodatkowych niekorzystnych następstw takich transakcji. W szczególności obciążenia podatkiem od wartości dodanej z tytułu świadczenia usług, czy też dostawy towarów. Wskazane regulacje oddają wydźwięk fundamentalnej zasadzie dyrektywy VAT, według której podstawę opodatkowania „stanowi świadczenie wzajemne rzeczywiście otrzymane”[11]. W związku z tym organ podatkowy nie może pobrać z tytułu podatku od wartości dodanej kwoty przekraczającej tą, którą otrzymał sam podatnik[12]. Jak wskazuje jednak art. 90 ust. 2 dyrektywy VAT, państwa członkowskie nie zawsze mają obowiązek wprowadzenia instrumentów pozwalających na korektę podstawy opodatkowania. Przepis pozwala na uczynienie takiej oboczności w przypadku całkowitego lub częściowego braku zapłaty.

W miejscu tym należy dodać, że dosyć często formułowane są zarzuty, jakoby regulacje te miały charakter wyłącznie merytoryczny, w czasie gdy art. 90 ust. 1 dyrektywy 2006/112/WE wskazuje wyłącznie na formalności, które powinny sprowadzać się wyłącznie do wykazania, że nie nastąpiła stosowna zapłata wynagrodzenia. Z samej treści art. 90 ust. 1 dyrektywy VAT nie sposób wywieść, by wskazane przez państwa członkowskie warunki korzystania z ulgi na złe długi powinny być ograniczane wyłącznie do wykazania przez podatnika, że jego kontrahent nie dokonał zapłaty wynagrodzenia w całości lub części.

## 3. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-337/13

Niezwykle ciekawym może być fakt, iż pomimo tak szczegółowych regulacji istnieje skuteczna możliwość realizacji ulgi na złe długi również w przypadkach, kiedy nie są spełnione warunki określone w art. 89a ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług. Kwestia ta została potwierdzona w dość przełomowym wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-337/13[13]. Prośba o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym[14] została przekazana do TS UE w toku konfrontacji pomiędzy węgierską spółką *Almos*[15] a węgierskim organem administracji do spraw podatków i ceł[16]. Przedmiotem sporu była odmowa uznania przez wspomniany wyżej organ podatkowy dopuszczalności korekty faktur, zrealizowanej przez spółkę *Almos*. Celem tejże korekty, było obniżenie podstawy opodatkowania podatkiem od wartości dodanej, wynikającej z niezrealizowanej umowy sprzedaży nasion rzepaku.

Przybliżając okoliczności, należy wskazać, że w sierpniu i wrześniu 2008 r. doszło do transakcji pomiędzy spółką *Almos*, a innym węgierskim przedsiębiorstwem *Bio-Ma*[17]. Jej przedmiotem była sprzedaż i dostawa znacznej ilości nasion rzepaku. Pomimo prawidłowej realizacji dostaw nasion do magazynu docelowego, firma *Bio-Ma* nie uiściła wcześniej umówionej ceny sprzedaży. Wobec tego w dniu 1 października 2008 r. postanowiono zawrzeć ugodę, według której nasiona rzepaku miały ponownie stać się własnością spółki *Almos*. Strony zgodnie ustaliły, że 12 październik 2008 r. będzie ostatecznym terminem zwrotu nasion, które do tego momentu miały pozostać na przechowaniu w przedsiębiorstwie *Bio-Ma*.

W takim stanie rzeczy, spółka Almos dokonała korekty faktur sprzedażowych, wystawionych na rzecz przedsiębiorstwa *Bio-Ma*, a w deklaracji podatkowej wykazała podatek VAT podlegający zwrotowi. Wskazana wyżej czynność, została zakwestionowana przez węgierski organ podatkowy. W uzasadnieniu swojej decyzji stwierdził on, że pomimo tego, iż spółka *Almos* nie otrzymała umownej zapłaty, doszło do faktycznej dostawy towaru. W związku z tym nie było jego zdaniem, wystarczających przesłanek, aby możliwe było dokonanie korekty faktur. Z kolei ugodę pomiędzy kontrahentami organ ten postrzega jako nową transakcję gospodarczą. Według tego stanowiska nie można również przyjąć, że nastąpił powrót do sytuacji sprzed podpisania pierwotnej umowy, gdyż towar nie wrócił do pierwotnego właściciela, a określona w umowie kwota nie została zapłacona. Węgierskie przepisy ustawy o podatku od wartości dodanej nie przewidują możliwości obniżenia podstawy opodatkowania w przypadku odstąpienia od umowy przy porozumieniu obu stron.

W swoim rozstrzygnięciu TS UE wskazuje, że regulacje zawarte w art. 90 dyrektywy VAT nie kolidują z regulacjami obowiązującymi w przepisach krajowych, które nie przewidują możliwości skorygowania podstawy opodatkowania podatkiem od wartości dodanej w przypadku zaistnienia transakcji gospodarczych, wobec których doszło do niewywiązania się z zapłaty umownej ceny. W szczególności mając tutaj na względzie możliwość zastosowania przez regulatorów krajowych odstępstwa przewidzianego w art. 90 ust. 2 dyrektywy 2006/112/WE. Dodaje jednak, że regulacje takie powinny

uwzględniać wówczas wszelkie odmienne sytuacje, w których po zawarciu umowy sprzedaży podatnik nie uzyskał całości lub części zapłaty. Zaś od sądu krajowego wymagane jest przeanalizowanie, czy faktycznie tak jest.

W dalszej kolejności potwierdzone zostaje prawo podatników do bezpośredniego powoływania się na art. 90 ust. 1 dyrektywy VAT w postępowaniu przed sądami krajowymi przeciwko państwom członkowskim, mające na celu redukcję podstawy opodatkowania podatkiem od wartości dodanej. Niemniej jednak należy uwzględnić fakt, iż państwa członkowskie uprawnione są do określania zasad realizowania prawa do korygowania podstawy opodatkowania. W szczególności dopuszczalne jest uzależnienie tego od dopełnienia wymaganych formalności, które będą pozwalały udowodnić, że po zrealizowaniu transakcji gospodarczej podatnik nie uzyskał ostatecznie wynagrodzenia ani w części, ani w całości. Ważne jest również, by miał on możliwość powołania się na przynajmniej jedną z sytuacji określonych w art. 90 ust. 1 dyrektywy VAT, wówczas użyte w tym celu środki nie mogą wykroczyć poza te, które są niezbędne do wykazania tychże okoliczności. Przy czym do sądu krajowego będzie należało określenie, czy wymaganie to zostało dopełnione.

Trybunał wskazał ponadto, że co prawda art. 90 ust. 1 dyrektywy VAT daje państwom członkowskim określony zakres uznania przy kształtowaniu środków mających umożliwić ustalenie właściwej wysokości korekty. Jednakże nie powinno to wpływać na precyzyjnie określony i bezwarunkowy charakter zobowiązania do uwzględnienia korekty podstawy opodatkowania w okolicznościach o których wypowiedziano się we wskazanym wyżej artykule dyrektywy. Wypełnia on wobec tego wszelkie przesłanki wymagane do tego, aby można było uznać go za bezpośrednio skuteczny.

## 4. Orzecznictwo sądów polskich

Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu odniósł się do kwestii ograniczenia czasowego dla podmiotów chcących skorzystać z ulgi na złe długi[18]. Wskazał, że warunki, jakie mogą zostać określone w celu obniżenia podstawy opodatkowania, zgodnie z dyspozycją zawartą w art. 90 dyrektywy VAT, powinno się odczytywać w połączeniu z art. 273 tejże dyrektywy. Według takiego podejścia, państwa członkowskie mają możliwość nakładania określonych obowiązków, które to uznają za bezwzględnie potrzebne dla zapewnienia należytego poboru podatku od wartości dodanej oraz przeciwstawienia się oszustwom podatkowym. Warunkiem koniecznym jest jednakowe traktowanie transakcji krajowych oraz transakcji realizowanych między państwami członkowskimi wspólnoty przez podatników, a także pod warunkiem, że wprowadzone obostrzenia w procesie wymiany handlowej pomiędzy państwami członkowskimi, nie zrodzą dodatkowych formalności wiążących się z przekraczaniem granic.

Wynika z tego, że regulacja zawarta w art. 90 ust. 1 oraz art. 273 dyrektywy VAT daje państwom członkowskim określony zakres autonomii w odniesieniu do formalności, jakim sprostać muszą podatnicy, wobec organów podatkowych tychże państw w celu poprawnej realizacji procesu obniżenia podstawy opodatkowania. Państwa członkowskie mają również określony zakres swobody w kształtowaniu przepisów, których celem jest przeciwdziałanie oszustwom podatkowym i unikaniu opodatkowania. Państwa członkowskie mogą zatem formułować pewne odstępstwa od powszechnie przyjętego poszanowania podstawy opodatkowania podatkiem od wartości dodanej. Jednakże mogą to uczynić wyłącznie w granicach tego, co stanowić będzie bezwzględną konieczność dla osiągnięcia założonego rezultatu.

W świetle przedstawionych argumentów oraz zaprezentowanej przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wykładni przepisów dyrektywy 2006/112/WE trzeba uznać, że ograniczenie czasowe prawa do dokonania korekty podatku należnego wynikające z art. 89a ust. 2 pkt 5 ustawy o podatku od towarów i usług nie stanowi formalności koniecznej dla wykazania obniżonej podstawy podatku należnego. Nie można również przyjąć, aby ograniczenie czasowe było niezbędne w celu zwalczania oszustw podatkowych.

W związku z tym złożenie odpowiedniego zawiadomienia wraz z wymaganą przepisami deklaracją podatkową wykazującą nieściągalną wierzytelność po terminie dwóch lat podatkowych od daty wystawienie faktury, nie powinno pozbawiać podatnika prawa do korekty. Zwłaszcza jeżeli zobowiązanie zawierające korygowany podatek należny się nie przedawniło. Inne podejście stanowić będzie naruszenie art. 90 ust. 1 dyrektywy 2006/112/WE.

## 5. Problem poprawności implementacji przepisów dyrektywy do prawa krajowego

Bardzo częstym przypadkiem w postępowaniach przed polskimi sądami administracyjnymi jest formułowanie zarzutu, jakoby art. 89a ustawy o podatku od towarów i usług był wynikiem wadliwej implementacji przepisów dyrektywy 2006/112/WE do polskiego systemu VAT. W szczególności wskazuje się na możliwość naruszenia dozwolonego zakresu samodzielności w kształtowaniu warunków na jakich podstawa opodatkowania będzie obniżana w przypadku braku płatności wynagrodzenia w części lub całości. Według tejże argumentacji, podatnik musi spełnić określone we wskazanym przepisie warunki merytoryczne, aby mieć możliwość skorzystania z instrumentu ulgi na złe długi. Natomiast art. 90 ust. 1 wskazuje jedynie na formalności, które zostały ograniczone do potwierdzenia, że po prawidłowej realizacji transakcji nie doszło do zapłaty umownego wynagrodzenia. W związku z tym istnieje uzasadnione podejrzenie, że doszło do zaburzenia zasady określającej potrzebę dokonywania wykładni prawa krajowego w zgodzie z regulacjami ujętymi w prawie unijnym.

Rozwiązaniem tego problemu, może być zapis art. 90 ust. 2 dyrektywy o VAT. Wskazuje on, że *w przypadku całkowitego lub częściowego niewywiązania się z płatności państwa członkowskie mogą odstąpić od zastosowania ust. 1*[19]. Wskazana regulacja umożliwia państwom członkowskim wykreowanie takiej sytuacji, w której mogą one wcale nie zawrzeć w przepisach krajowych możliwości skorygowania podstawy opodatkowania. W związku z tym odpowiednia implementacja dyrektywy 2006/112/WE ma miejsce, zarówno w przypadku w którym

prawo dopuszcza możliwość korygowania podstawy opodatkowania, jak i w wariancie przeciwnym. Wprowadzenie tychże przepisów do systemu VAT państw członkowskich ma wiec charakter opcjonalny. Państwa członkowskie mają możliwość wyboru, czy skorzystają z tego instrumentu. Mając powyższe na uwadze, nie powinien budzić żadnych zastrzeżeń fakt, że wszelkie warunki szczegółowe umożliwiające obniżenie podstawy opodatkowania, powinny być kształtowane przez państwa członkowskie. Analizując art. 89a ustawy o podatku od towarów i usług pod względem przytoczonych zarzutów oraz uwzględniając wypowiedź TS UE w wyroku C-337/13, należy uznać, że okoliczności pozwalające na realizację ulgi na złe długi przez podatnika w brzmieniu nadanym przez art. 89a ustawy o VAT zostały zaimplementowane prawidłowo.

## 6. Podsumowanie

Zagadnienie związane z możliwością dokonania korekty podstawy opodatkowania, zostało uregulowane w art. 90 dyrektywy 2006/112/WE w sposób niezwykle enigmatyczny. Problematyczna regulacja wskazuje, że *w przypadku anulowania, wypowiedzenia, rozwiązania, całkowitego lub częściowego niewywiązania się z płatności lub też w przypadku obniżenia ceny po dokonaniu dostawy, podstawa opodatkowania jest stosownie obniżana na warunkach określonych przez państwa członkowskie*[20]. Odpowiednio zaś do zapisów ust. 2 tejże regulacji w okoliczności częściowego lub całkowitego braku płatności w takiej transakcji państwa członkowskie mają prawo do odstąpienia od stosowania reguły zawartej w ust. 1. W takim układzie dopuszczenie przez państwa członkowskie korekty podstawy opodatkowania ma charakter wyłącznie opcjonalny. Dodatkowo wskazać musimy określony poziom swobody w kształtowaniu obostrzeń dotyczących pomniejszenia podstawy opodatkowania. Wobec tego art. 89a ustawy o podatku od towarów i usług, będący elementem polskiego systemu VAT jest w całości zgodna z przepisami unijnymi.

Jeżeli w świetle art. 90 ust. 1 dyrektywy VAT zaakceptujemy stanowisko, że jest pożądane, aby państwa członkowskie ograniczały się wyłącznie do wskazywania formalności. A one z kolei prowadzić mają do potwierdzenia, że po zawarciu określonej transakcji nie doszło do zapłaty części lub całości wynagrodzenia, to w ujęciu praktycznym korzystanie z instytucji ulgi na złe długi w każdym przypadku wiążącym się z nieotrzymaniem płatności, mogłoby rodzić pewne patologie. Stanowiłoby to świetną okazję do oszustw podatkowych, czy innych nadużyć. Szczególnie w przypadkach, gdy podatnik ma możliwość zaspokojenia wierzytelności z wykorzystaniem określonych instrumentów prawnych. Należy przy tym pamiętać, że art. 89a ustawy o VAT wskazuje na sytuacje, w których wierzytelność jest rzeczywiście nieściągalna, a podatek z tejże transakcji został przez niego opłacony w wymaganej wysokości.

---

[1] Ustawa z dnia 21 kwietnia 2005 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. 2005 Nr 90, poz. 756).
[2] Dyrektywa Rady 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz. U. UE. L. 2006.347.1).
[3] Wcześniej art. 11 (C) VI Dyrektywy Rady z dnia 17 maja 1977 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw Państw Członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych — wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednolicona podstawa wymiaru podatku: ec. europa. eu/assets/near/neighbourhood-enlargement/ccvista/pl/31977l0388-pl.doc; (30.11.2018 r.).
[4] Dyrektywa Rady 2006/112/WE…, *op. cit.*
[5] *Ibidem*.
[6] Modzelewski, W. (red.), (2015). *Komentarz do dyrektywy 2006/112/WE. Kodyfikacja przepisów o VAT*. Warszawa, Instytut Studiów Podatkowych.
[7] Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2004 nr 54, poz. 525 z późn. zm.).
[8] Ustawa z dnia 16 listopada 2012 r. o redukcji niektórych obciążeń administracyjnych w gospodarce (Dz. U. 2012 poz. 1342).
[9] Jurkiewicz, R. (2013). *Wierzytelność i dług. Aspekty prawne i podatkowe*. Warszawa, Walters Kluwer Polska, s. 304.
[10] W rozumieniu ustawy z dnia 15 maja 2015 r. — Prawo restrukturyzacyjne (Dz. U. z 2017 poz. 1508 z późn. zm.).
[11] Wyrok NSA z dnia 14 lutego 2018 r. w sprawie I FSK 224/16: http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/CED9C82592; (30.11.2018 r.)
[12] Wyrok TS UE z dnia 26 stycznia 2010 r. w sprawie C-588/10: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=CELEX%3A62010CJ0588; (30.11.2018 r.).
[13] Wyrok TS UE z dnia 15 maja 2014 roku w sprawie C-337: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A62013CJ0337; (30.11.2018 r.).
[14] Pytanie prejudycjalne zadawane jest przez sąd krajowy państwa członkowskiego UE do Trybunału Sprawiedliwości UE. Dotyczy ono wykładni prawa europejskiego.
[15] *Almos Agrárkülkereskedelmi Kft*.
[16] Główna regionalna dyrekcja urzędu skarbowego centralnych Węgier — *Nemzeti Adó-és Vámhivatal Közép-magyarországi Regionális Adó Fõigazgatósága*.
[17] *Bio-Ma Magyarország Energiaszolgáltató Zrt.*
[18] Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 22 kwietnia 2015 r, w sprawie I SA/Wr 2484/14: http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/DFCF2E816D; (30.11.2018 r.).
[19] Dyrektywa Rady 2006/112/WE…, *op. cit.*
[20] *Ibidem*.

## Bibliografia

Bącal, M., Dominik-Ogińska, D., Militz, M., Siennicki, T. (2012). *Zasady prawa unijnego w VAT*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
Dyrektywa Rady 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz.U. UE.L.2006.347.1).
Jurkiewicz, R. (2011). Problemy praktyczne w stosowaniu przepisów w zakresie tzw. ulgi na złe długi. *Monitor Podatkowy*, (12), 11–16.
Jurkiewicz, R. (2013). *Wierzytelność i dług. Aspekty prawne i podatkowe*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska,
Kosikowski, C. (2010). *Prawo Unii Europejskiej w systemie polskiego prawa finansowego.* Białystok: Temida.
Modzelewski, W. (red.). (2015). Komentarz do dyrektywy 2006/112/WE. Kodyfikacja przepisów o VAT. Warszawa: Instytut Studiów Podatkowych.
Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. 2004 nr 54, poz. 525 z późn. zm.).
Ustawa z dnia 15 maja 2015 r. - Prawo restrukturyzacyjne (Dz. U. 2017 poz. 1508 z późn. zm.).
Ustawa z dnia 21 kwietnia 2005 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. 2005 nr 90, poz. 756).
Wyrok NSA z dnia 14 lutego 2018 r. w sprawie I FSK 224/16: http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/CED9C82592 (30.11.2018 r.).
Wyrok TS UE z dnia 15 maja 2014 roku w sprawie C-337: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A62013CJ0337; (30.11.2018 r.).
Wyrok TS UE z dnia 26 stycznia 2010 r. w sprawie C-588/10: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=CELEX%3A62010CJ0588; (30.11.2018 r.).
Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 22 kwietnia 2015 r, w sprawie I SA/Wr 2484/14: http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/DFCF2E816D; (30.11.2018 r.).

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.29

# Przynależność państwowa statków morskich w świetle prawa międzynarodowego

## Nationality of sea-going vessels in the light of international law

***mgr Maciej Piotrowski***

E-mail: maciej.artur.piotrowski@gmail.com

**Streszczenie**

Niniejszy artykuł opisuje genezę powstania i istotę zasady przynależności państwowej statków morskich. Autor koncentruje się na próbie odpowiedzi na pytanie, czy obecnie obowiązujące przepisy międzynarodowego prawa morza są wystarczające i w odpowiednim stopniu zapewniają efektywną kontrolę państwa przynależności nad zarejestrowanym statkiem morskim.

W pierwszej części artykułu opisano w zarysie status prawny statków morskich, omówiono m.in. podział na statki oraz okręty wojenne. Następnie analizie poddano istotę zasady przynależności państwowej statków morskich, opisując szeroko problem tzw. państw taniej bandery. W dalszej części opisano zasady prowadzenia rejestru statku oraz problematykę zbiegu kontroli państwa bandery a państwa nadbrzeżnego. Ze względu na temat artykułu ograniczony do analizy prawnomiędzynarodowej przepisy wewnętrzne państw, w tym Polski nie są przytaczane.

W zakończeniu wskazano, że stan regulacji prawnomiędzynarodowej odnośnie do przynależności państwowej statków morskich jest niezwykle niesatysfakcjonujący, co może potencjalnie prowadzić do katastrof morskich. Podkreślono, że prawo międzynarodowe jest bezsilne wobec problemu *flags of convenience*, Zauważono także, że istnienie „rzeczywistej więzi" jest przykładem typowego pustosłowia prawniczego, co jest szczególnie niekorzystne z punktu widzenia bezpieczeństwa żeglugi na morzu pełnym.

**Słowa kluczowe:** prawo morza, przynależność państwowa, statek morski, okręt, problem *flags of convenience*, rejestracja, rejestr statku.

**Summary**

The article describes the origins and essence of the principle of nationality of sea-going vessels. The author focuses on attempting to answer the question of whether the currently binding provisions of the international law of the sea are sufficient and provide an adequate degree of effective control over the registered vessel by the state whose nationality it possesses.

The article first outlines the legal status of sea-going vessels, including an analysis of the division into ships and warships. Next, it explores the principle of nationality of sea-going vessels, describing at length the issue of flags of convenience. Lastly, the author describes the rules of keeping ship registries and issues related to the overlapping control of the flag state and the coastal state. Since the article's scope is limited to an analysis of international law, it does not cite internal regulations in place in individual states, including in Poland.

The conclusion points out that the international legal status of the nationality of sea-going vessels is extremely unsatisfactory, which may potentially lead to maritime disasters. The article underlines that international law is helpless in the face of flags of convenience. The author also observes that the existence of a "genuine link" is an example of typical legalese waffling, a particularly unfavourable fact in terms of the safety of shipping on the high seas.

**Key words:** law of the sea, nationality, sea-going vessel, warship, flags of convenience, registration, ship registry.

## 1. Wstęp

Niniejszy artykuł ma na celu przedstawienie genezę i istotę zasady przynależności państwowej statków morskich w świetle prawa międzynarodowego. Problematyka ta jest częścią szerszej instytucji przynależności państwowej osób i rzeczy, która stanowi centralne zagadnienie nie tylko prawa międzynarodowego publicznego, ale także wewnętrznego porządku prawnego poszczególnych państw. Jest to materia niezwykle złożona. Zauważył to już w 1920 r. prof. Zygmunt Cybichowski, który w wykładzie wygłoszonym podczas VI Zjazdu Prawików i Ekonomistów, wskazał że: *pojęcie przynależności jest obszerniejsze od pojęcia obywatelstwa, przynależność może mieć nietylko osoba, czy to fizyczna czy prawna, lecz także rzecz, jak okręt lub statek powietrzny* (Cybichowski, 2014, s. 9).

Zasada przynależności państwowej wynika z idei władzy suwerennej i koncepcji zwierzchnictwa terytorialnego bądź osobowego. Konsekwencją tego zwierzchnictwa jest poddanie władzy państwa wszystkiego, co się na jego terytorium znajduje: wszystkich osób oraz wszystkich rzeczy (Pieńkos, 2004, s. 243). Szczegółowa analiza zasady przynależności państwowej statków morskich musi zostać poprzedzona ogólną refleksją na temat ich statusu prawnego. W artykule omówiony zostanie m.in. podział na statki oraz okręty wojenne. Następnie autor przejdzie do rozważań nad istotą przynależności państwowej, opisując także problem tzw. państw taniej bandery oraz przepisy dotyczące rejestru statku. Ze względu na temat ograniczony do analizy prawnomiędzynarodowej przepisy wewnętrzne państw, w tym Polski nie będą przytaczane.

## 2. Status prawny statku morskiego — zarys

Zagadnienia związane z statusem prawnym statków mają pierwszorzędne znaczenie w międzynarodowym prawie morza, bowiem praktycznie wszystkie sposoby korzystania z obszarów morskich wymagają ich użycia (Góralczyk, Sawicki, 2013, s. 195). Bez statku nie można sobie wyobrazić uprawiania żeglugi morskiej (Matysik, 1975, s. 54). Niestety w prawie międzynarodowym nie ma kompleksowej definicji statku morskiego. Istnieje wiele umów międzynarodowych, które zawierają rozmaite definicje statku morskiego, przy czym są one opatrzone zastrzeżeniem, iż jest to definicja „dla celów niniejszej konwencji" (Góralczyk, Sawicki, 2013, s. 196). Dla przykładu wąską definicję statku zawiera Konwencja Brukselska z 25.08.1924 r. o ujednostajnieniu niektórych zasad dotyczących konosamentów: „Statek" oznacza „wszelkie urządzenie, używane do przewozu towarów morzem"[1]. Szerszą definicję można odnaleźć w Międzynarodowej Konwencji z 29.11.1969 r. dotyczącej interwencji na morzu pełnym w razie zanieczyszczenia olejami, gdzie można przeczytać, że:

*Statek oznacza*

*a) każdy statek morski jakiegokolwiek rodzaju oraz*

*b) każde urządzenie pływające z wyjątkiem instalacji lub urządzeń używanych do badań i eksploatacji zasobów dna i podglebia mórz i oceanów*[2].

Jak łatwo zauważyć, definicje te różnią się zakresem, co jest podyktowane przedmiotem i celem danej umowy międzynarodowej. W doktrynie przyjmuje się, że drobne urządzenie pływające takie, jak szalupa, kajak, tratwa, łódź wiosłowa nie jest statkiem. Takim jednostkom przepisy o bezpieczeństwie życia na morzu nie zezwalają na stałe uprawianie żeglugi dalekomorskiej. Podobnie nie są traktowane jako statki platformy pływające doki oraz dźwigi, gdyż konstrukcje te nie są przeznaczone do żeglugi morskiej. Swoje istnienie prawne statek uzyskuje z chwilą spuszczenia go na wodę w stoczni. Wyróżnia się także, przede wszystkim ze względu na cele ubezpieczeniowe, kategorię „statku w budowie", czyli statku przed spuszczeniem go na wodę (Matysik, 1975, s. 54–55).

## 3. Podział na statki oraz okręty wojenne i inne podziały

Podział jednostek pływających na okręty wojenne i statki (wszystkie jednostki niebędące okrętami wojennymi) jest podziałem najbardziej podstawowym. Konwencja Genewska o morzu pełnym z 1958 r. definiuje okręt wojenny jako *okręt należący do marynarki wojennej Państwa i noszący znaki zewnętrzne okrętów wojennych tego Państwa. Dowódca powinien być oficerem w służbie państwowej, jego nazwisko powinno znajdować się na liście oficerów marynarki wojennej, a załoga powinna być podporządkowana regulaminom dyscypliny wojskowej* (art. 8 § 2)[3]. Bardzo podobną definicję zamieszczono w art. 29 Konwencji prawa morza z 1982 r.: (…) *okręt wojenny oznacza okręt należący do sił zbrojnych państwa, noszący zewnętrzne znaki wyróżniające okręty posiadające przynależność tego państwa, dowodzony przez oficera marynarki pozostającego w służbie tego państwa i którego nazwisko znajduje się na liście oficerów lub w równorzędnym dokumencie, z załogą podlegającą normalnej dyscyplinie wojskowej*[4]. W doktrynie przyjmuje się, że okrętem wojennym jest statek, który:

*1) należy do sił zbrojnych państwa;*

*2) nosi zewnętrzne znaki oznaczające przynależność tego państwa;*

*3) dowodzony jest przez oficera (funkcjonariusza) odpowiednio upoważnionego przez państwo bandery i którego nazwisko znajduje się we właściwym wykazie służbowym lub równorzędnym dokumencie;*

*4) obsadzony jest przez załogę podlegającą dyscyplinie regularnych sił zbrojnych* (Bugajski, 2009, s. 33).

Okręty wojenne stanowią część składową sił zbrojnych państwa, przez co posiadają szczególny status prawny i korzystają z pełnego immunitetu[5]. Immunitet oznacza wyłączenie okrętu spod jurysdykcji (administracyjnej, sądowej i egzekucyjnej) innego państwa (okręt jest w istocie nietykalny) i ma swe źródło w zasadzie suwerennej równości państw. Okręt nabywa immunitet bądź też go traci wraz z nabyciem albo utratą cech okrętu. Zatem wrak okrętu, który nie jest już okrętem teoretycznie nie powinien korzystać z immunitetu. Niemniej jednak nadal stanowi on własność państwa bandery i przysługuje mu nietykalność gwarantowana przez immunitet jurysdykcyjny państwa, który — według doktryny — *obejmuje organy państwa i wszystkie jego agendy państwowe, siły zbrojne oraz własność* (Góralczyk, Sawicki, 2013, s. 132).

Początkowo instytucja immunitetu okrętu kształtowała się jako norma prawa zwyczajowego, która została potwierdzona w Konwencji międzynarodowej o ujednostajnieniu niektórych zasad, dotyczących immunitetów statków państwowych, podpisanej w Brukseli dnia 10.04.1926 r.[6] (zmieniona protokołem z 1934 r.) i w konwencjach genewskich z 1958 r. (art. I i II), a następnie w Konwencji o prawie morza z 1982 r. (art. 32, 42 ust. 5 oraz art. 95). Konwencje te przyznają pełny immunitet okrętowi na wszelkich obszarach morskich bez wyłącznych stref ekonomicznych, czyli także na morskim terytorium obcego państwa, przy czym na morzu terytorialnym obcego państwa immunitet okrętu jest ograniczony poprzez art. 17–26 i art. 30–31 Konwencji o prawie morza z 1982 r.

(prawo nieszkodliwego przepływu). Szczególnie istotny jest tu art. 19, który wymaga, aby okręty i inne urządzenia podwodne w trakcie przepływania przez morze terytorialne miały podniesioną banderę i czyniły to na powierzchni. Ponadto powinny przestrzegać przepisów państwa nadbrzeżnego odnoszących się do prawa nieszkodliwego przepływu przez morze terytorialne (np. zakazujących działań zagrażających pokojowi, porządkowi publicznemu albo bezpieczeństwu państwa nadbrzeżnego).

W art. 30 Konwencji przewidziano natomiast możliwość żądania przez państwo nadbrzeżne opuszczenia jego morza terytorialnego przez okręt, który nie przestrzega przepisów tego państwa. Zgodnie z art. 31 odpowiedzialność międzynarodową za wszelką stratę albo szkodę wyrządzoną państwu nadbrzeżnemu przez okręt nieprzestrzegający ww. przepisów, postanowień Konwencji o prawie morza i zasad prawa międzynarodowego ponosi państwo bandery. Oznacza to, że państwo bandery nie może być sądzone przed organami państwa nadbrzeżnego (korzysta z immunitetu), niemniej jednak ponosi odpowiedzialność międzynarodową, czyli może być sądzone w ramach arbitrażu czy ogólnie sądownictwa międzynarodowego (Sutor, 2011, s. 209). Państwo przynależności okrętu — korzystając z immunitetu — ma prawo do wyłącznego podejmowania czynności wobec tego okrętu nawet w obcym porcie, gdzie działania władz miejscowych państwa na okręcie są uzależnione od zgody dowódcy okrętu. Okręty nie muszą nawet podnosić flagi państwa portu w czasie postoju, czego często wymaga się od innych statków (Bugajski, 2009, s. 40). Gdy okręt przebywa na wodach terytorialnych, a także w porcie obcego państwa dochodzi do kolizji jurysdykcji terytorialnej państwa nadbrzeżnego, a immunitetem państwa przynależności jednostki pływającej.

Na tle tego problemu wydano wiele orzeczeń zarówno przez sądy międzynarodowe, jak i krajowe. Analizując orzeczenie w sprawie *The Schooner Exchange v. McFaddon* z 1812 r.[7] dochodzimy do wniosku, że immunitet nie zwalnia okrętu z obowiązku przestrzegania prawa państwa nadbrzeżnego. Wręcz przeciwnie, okręt powinien przestrzegać lokalnych przepisów żeglugowych, np. dotyczących systemów rozgraniczania ruchu, ochrony środowiska, sanitarnych, celnych i innych. Poza środkami dyplomatycznymi w postaci protestu kierowanego do państwa bandery i wezwania do opuszczenia wód terytorialnych, państwo nadbrzeżne nie ma żadnych możliwości represjonowania okrętu w sytuacji, gdy ten naruszy jego przepisy. Okręty nie uiszczają opłat i podatków, z wyjątkiem opłat za usługi portowe czy też żeglugowe (np. usługa pilotażu). Na morzu pełnym nie można dokonywać prawa wizyty i rewizji względem okrętu, ani prawa pościgu. W żadnym wypadku okręt nie może być zajęty czy aresztowany (Bugajski, 2009, s. 42). Jeszcze raz należy podkreślić, że poza terytorium własnego państwa, okręty wojenne (a także wszystko to, co się na nich znajduje) podlega wyłącznie zwierzchnictwu okrętowemu państwa bandery (Sutor, 2011, s. 208).

Okręty zostały w międzynarodowym prawie morza na mocy art. 110 Konwencji o prawie morza obarczone są zadaniami w postaci m.in. zwalczania piractwa, niewolnictwa, braku przynależności państwowej statku czy nielegalnego nadawania transmisji radiowych. Część autorów wprost pisze o okrętach jako „organach społeczności międzynarodowej" (Bierzanek, Symonides, 1992, s. 163). Ze względu na ogromny rozwój międzynarodowej żeglugi zadania te jest okrętom coraz trudniej wykonywać. Obecnie po wodach mórz i oceanów pływa ok. 100 000 statków handlowych, a okrętów jedynie 6 000 (Bugajski, 2009, s. 42).

Immunitet okrętu rozciąga się także na osoby wykonujące na nim określone czynności. Osoby te są wyposażone w przywileje i immunitety osobowe, na mocy których zostają wyłączeni spod jurysdykcji obcego państwa (Bugajski, 2009, s. 47). Regulacje dotyczące immunitetu okrętu są podstawą do budowania w doktrynie analogicznych rozwiązań w stosunku do statków powietrznych.

Statki morskie niebędące okrętami wojennymi dzieli się według takich kryteriów, jak funkcja, własność, przeznaczanie czy budowa (Góralczyk, Sawicki, 2013, s. 199). Ze względu na funkcję wyróżnia się statki używane wyłącznie do służby państwowej niehandlowej i statki handlowe do prowadzenia działalności gospodarczej. Jeżeli chodzi o własność, można wyróżnić statki stanowiące własność państwa (Kun-Buczko, 2011, s. 133). W zakresie tego podziału doszło onegdaj do ciekawej polemiki między państwami bloku socjalistycznego a Stanami Zjednoczonymi Ameryki. ZSRR ze wsparciem państw satelickich dążył do przyjęcia rozwiązania, według którego wszystkie statki państwowe (niezależnie od ich funkcji, czyli również te używane do celów handlowych) powinny korzystać z immunitetu państwa jako jego własność. W wyniku długich negocjacji zwyciężyło stanowisko Stanów Zjednoczonych, bowiem Konwencja o prawie morza z 1982 r. wiąże immunitet statków państwowych z ich funkcją. Zatem tylko statki używane wyłącznie w służbie państwowej niehandlowej korzystają z immunitetu państwa, co zostało szczegółowo omówione powyżej.

Obecnie problematyczne jest ustalenie statusu prawnego statków o specjalnej charakterystyce takich, jak: statki o napędzie jądrowym, zbiornikowce i chemikaliowce załadowane szkodliwymi substancjami płynnymi czy statki przewożące szkodliwe substancje radioaktywne, które potencjalnie stanowią duże niebezpieczeństwo dla państw nadbrzeżnych (Góralczyk, Sawicki, 2013, s. 208). Trudno jest wyodrębnić jedną kategorię takich statków ze względu na fakt, iż brak tu jednolitego kryterium podziału. Państwo nadbrzeżne może wprowadzić szczególne przepisy odnoszące się do przepływu takich statków przez morze terytorialne czy zawijania do portów. Wydaje się jednak, że ze względu na duży wzrost przewozu takich niebezpiecznych substancji drogą morską — a co za tym idzie — rosnące niebezpieczeństwo potencjalnych katastrof i degradacji środowiska, społeczność międzynarodowa winna wypracować odpowiednie regulacje prawnomiędzynarodowe w tym zakresie.

W czasie konfliktu zbrojnego — na potrzeby międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych — wyróżnia się obok okrętów także: statki szpitalne, statki pomocnicze, statki handlowe. Należy pamiętać, że tylko okręty mogą brać bezpośredni udział w działaniach wojennych i być atakowane (Bugajski, 2009, s. 44).

## 4. Przynależność państwowa statków morskich — istota i znaczne

W przepisach krajowych, jak i umowach międzynarodowych często spotkać można zwroty, takie jak np. „statkowi należy się wynagrodzenie", „statek odpowiada za szkodę", wskazujące na osobowe traktowanie statku (Łopuski, 1996, s. 160). Jest to niewłaściwe uproszczenie, oczywistym jest, że to nie statek, a jakiś inny podmiot prawa może odpowiadać za szkodę czy żądać wynagrodzenia, bowiem statek nie jest wyposażony w osobowość prawną. Stąd też wszelkie koncepcje przyrównujące statek do osoby (personifikujące go) należy zarzucić jako obarczone błędem.

Statek ma jednak nazwę pełniącą funkcje identyfikacyjne, posiada port macierzysty, a przede wszystkim ma przynależność państwową (ang. *Nationality*; fr. *Nationalité*; Łopuski, 1996, s. 161). Jest to szczególnego rodzaju węzeł prawny łączący statek z państwem, do którego statek przynależy, z czego wynikają określone konsekwencje prawne. Przede wszystkim statek podlega prawu obowiązującemu w tym państwie. Zewnętrznym przejawem przynależności statku jest podnoszona tradycyjnie na jego rufie bandera (flaga) statku. Statek może mieć przynależność tylko jednego państwa. Nabywa ją z chwilą rejestracji we właściwym rejestrze publicznym prowadzonym w państwie przynależności. Poprzez ten fakt staje się quasi nieruchomością, gdyż w rejestrze są ujawniane prawa rzeczowe na statku (podobnie jak ujawniane są prawa rzeczowe w księdze wieczystej nieruchomości).

Państwo sprawuje wyłączną władzę i jurysdykcję na morzu pełnym nad statkami podnoszącymi jego banderę (tzw. zwierzchnictwo okrętowe; Barcik, Srogosz, 2014, s. 245). To, co dzieje się na statku traktuje się tak, jakby miało miejsce na terytorium konkretnego państwa. Co ciekawe, dawniej przynależność państwową mogły nadawać swoim statkom tylko państwa nadbrzeżne. Sytuacja ta zmieniła się w 1921 r., kiedy to przyjęto Deklarację w sprawie uznania prawa do bandery państw pozbawionych wybrzeża morskiego z 20.04.1921 r.[8], która nadała prawo podnoszenia swojej bandery także państwom śródlądowym. Obecnie taka możliwość nie budzi zastrzeżeń i jest zgodnie uznawana przez społeczność prawnomiędzynarodową. W doktrynie przyjmuje się, że instytucja przynależności państwowej statku jest jedną z powszechnie uznawanych zasad międzynarodowego prawa morza. Początków jej istnienia należy upatrywać już w czasach feudalnych, kiedy to kupcy otrzymywali ze swojego miasta portowego tzw. „listy morskie" poświadczające, że statek jest własnością obywatela danego miasta. Pojęcie bandery pojawiło się natomiast w rewolucyjnej Francji, wraz z wykształceniem się kolorów flagi państwowej. Po raz pierwszy warunki, jakie musiał spełniać statek, aby mógł podnosić banderę danego państwa zostały sprecyzowane w brytyjskim Akcie Nawigacyjnym z 1651 r. Aby uzyskać brytyjską przynależność państwową statek musiał spełniać następujące wymogi:

1) budowa w Anglii przez angielskich budowniczych;
2) własność Anglików;
3) załoga złożona z Anglików.

Następnie podobne wymogi zostały ustanowione przez np. Francję, choć z czasem stopniowo je osłabiano. W szczególności szybko zrezygnowano z pierwszego, potem zaś z kolejnych (Matysik, 1975, s. 60 in.). Współcześnie wszystkie kryteria straciły na znaczeniu w obliczu problemu *flags of convenience*.

Istotą przynależności jest uznanie, że statek — w zakresie pewnych spraw, jak np. porządek wewnętrzny na statku — podlega prawu państwa przynależności i nadzorowi organów tego państwa. Ponadto statek ma prawo do opieki (marynarki wojennej na morzu pełnym oraz konsulów w obcych portach) ze strony państwa swojej przynależności, kiedy znajduje się poza jego granicami. Gdy statek przebywa na morzu pełnym, podlega wyłącznemu zwierzchnictwu państwa przynależności, z drobnymi wyjątkami. Na państwie przynależności spoczywa niejako domniemany obowiązek egzekwowania respektowania przez zarejestrowane w nim statki norm prawa międzynarodowego. Przynależność państwowa ma zatem niezwykle istotne znaczenie w relacjach międzynarodowych: decyduje czy daną umowę, np. dotyczącą żeglugi czy rybołówstwa można stosować do danego statku. Ma niebagatelne znaczenie w międzynarodowym prawie prywatnym, gdy idzie o normy kolizyjne wskazujące na właściwość prawa w sprawach dotyczących statku (Łopuski, 1996, s. 161).

W interesie całej społeczności międzynarodowej leży, aby na wodach morza pełnego, gdzie uprawiana jest żegluga międzynarodowa, istniał określony i powszechnie stosowany porządek prawny. Temu właśnie służy instytucja przynależności państwowej statków morskich, bo to przede wszystkim państwa czuwają nad bezpieczeństwem żeglugi poprzez efektywne sprawowanie kontroli nad swoimi statkami oraz egzekwowanie prawa, co umożliwia zasada przynależności państwowej. Podleganie prawu danego państwa nakłada na armatora obowiązki administracyjne i socjalne, daniny finansowe, czasem także ograniczenia w prowadzeniu działalności (Łopuski, 1996, s. 162).

Niestety prawo międzynarodowe nie precyzuje warunków, jakie winny być spełnione przy rejestrowaniu statków morskich, pozostawiając to newralgiczne zagadnienie prawu wewnętrznemu państw. Wymaga jedynie, aby każdy statek posiadał przynależność państwową tylko jednego państwa. Wprawdzie w Konwencji Genewskiej o morzu pełnym sprecyzowano w art. 5 § 2, że *pomiędzy Państwem a statkiem powinien istnieć rzeczywisty związek; w szczególności Państwo powinno skutecznie wykonywać swoją jurysdykcję i swą kontrolę w zakresie technicznym, administracyjnym i socjalnym nad statkami podnoszącymi jego banderę*[9], jednak regulacja ta okazała się niewystarczająca. Dlatego w Konwencji o prawie morza z 1982 r. ponownie zamieszczono odpowiednie regulacje w art. 91:

*1. Każde państwo określa warunki przyznawania statkom swojej przynależności państwowej, rejestrowania statków na swoim terytorium oraz przyznawania prawa podnoszenia swojej bandery. Statki posiadają przynależność tego państwa, którego banderę mają prawo podnosić. Pomiędzy państwem a statkiem powinna istnieć rzeczywista więź.*

*2. Każde państwo wydaje statkom, którym przyznało prawo podnoszenia swojej bandery, dokumenty potwierdzające takie prawo*[10] (art. 94; obowiązki państwa bandery).

Niedosyt takiego rozwiązania pokazuje powszechna (szczególnie w historii powojennej) praktyka przeważnie wyspiarskich państw tzw. wygodnych, tanich bander (ang. *flags of convenience*), takich, jak: Liberia, Panama, Wyspy Bahama, Cypr, Malta, Bermudy, Honduras, Mauritius, Liban, Jamajka.

## 5. Problem *flags of convenience*

Podnoszenie flagi państwa przez statek, który nie jest związany rzeczywistą więzią z państwem bandery (tradycyjnie miejsce zamieszkania, albo siedziba w danym państwie właściciela statku), jest dziś bodaj jednym z centralnych problematycznych zagadnień współczesnego prawa morza. Nie jest to jednak nowe zjawisko. Już greccy armatorzy w okresie okupacji tureckiej byli upoważnieni do używania bandery rosyjskiej, natomiast irlandzcy armatorzy z siedzibą w Wielkiej Brytanii używali bandery francuskiej. Amerykanie używali bandery Panamy do omijania przepisów prohibicyjnych Stanów Zjednoczonych (Łopuski, 1996, s. 163).

Przytoczone przypadki powodowane były zawsze szczególną sytuacją. Dzisiaj przedsiębiorcy żeglugowi poszukują taniej bandery przede wszystkim ze względów ekonomicznych. Koszty eksploatacji statku generowane przez odpowiednie przepisy (głównie bezpieczeństwa) państwa przynależności mogą się drastycznie różnić. Stąd też armatorzy za wszelką cenę poszukują państw, które mają najbardziej liberalne (czy też raczej iluzoryczne) przepisy związane z eksploatacją statku. Dogodność taniej bandery może przejawiać się w oszczędnościach w daninach publicznych takich, jak podatki (słynne tzw. „raje podatkowe"), oszczędnościach na kosztach załogowych (morskie prawo pracy) czy też oszczędnościach na kosztach w zakresie bezpieczeństwa morskiego (stan techniczny statku i urządzeń, kwalifikacje załogi), ochrony środowiska (Łopuski, 1996, s. 164). Państwa tanich bander zachęcają armatorów brakiem ograniczeń biurokratycznych, uproszczoną procedurą zakładania spółek i przepisów dotyczących przerejestrowywania statków. Za niskie opłaty rejestracyjne, ściągają armatorów z innych państw, w których polityka w tym zakresie jest dużo bardziej restrykcyjna, a co za tym idzie, kosztowna w skutkach dla przedsiębiorstw żeglugowych.

Państwa tanich baner nie są w stanie sprawować efektywnego nadzoru nad zarejestrowanymi u siebie statkami. Przedsiębiorstwa żeglugowe używające statków dogodnych bander mogą pozwolić sobie na obniżenie cen świadczonych usług, co niestety często przekłada się na obniżenie jakości tych usług — a co za tym idzie — na większą awaryjność używanych do przewozu statków.

Przytoczone powyżej fakty ukazują niezwykle niebezpieczny proceder, który szerzy się pomimo — jak mogłoby się *prima facie* wydawać — zabraniających tego postanowień Konwencji Genewskiej o morzu pełnym i Konwencji o prawie morza. Problemem jest tu interpretacja terminu „więź rzeczywista". Zgodnie z art. 91 Konwencji o prawie morza każde państwo suwerenne samo określa warunki przewidziane dla przyznania jego przynależności statkowi. Prawo międzynarodowe żąda jednak, aby między państwem a statkiem istniała rzeczywista więź (*genuine link*) ze względu na fakt, że z przynależności wynikają określone obowiązki państwa względem statku. W art. 5 § 1 Konwencji genewskiej o morzu pełnym z 1958 r. określono ogólnie obowiązki państwa jako sprawowanie nadzoru nad statkiem w sprawach administracyjnych, technicznych i socjalnych, co zostało następnie doprecyzowane w Konwencji o morzu pełnym z 1982 r. poprzez enumeratywne wyliczenie w art. 94 wielu szczegółowych obowiązków państwa bandery. Państwo jest obowiązane do przestrzegania powszechnie przyjętych międzynarodowych przepisów, procedur oraz praktyki, a także podjęcia wszelkich działań koniecznych dla zapewnienia ich przestrzegania (art. 94 ust. 5). Ponadto państwo, które ma oczywiste podstawy, by podejrzewać, że jurysdykcja i kontrola nie są wykonywane właściwie w stosunku do statku, może zawiadomić o tych faktach państwo bandery. Zawiadomione państwo powinno zbadać sprawę i podjąć ewentualnie wszelkie działania konieczne dla poprawy sytuacji (art. 94 ust. 6).

Niestety państwo samodzielnie ocenia czy więź rzeczywista istnieje oraz czy obowiązki wynikające z przynależności państwowej są spełnione. A zatem nie można kwestionować legalności bandery przyznanej w oparciu o regulacje wewnętrzne państwa. Naruszeniem prawa międzynarodowego będzie jedynie złamanie określonych w konwencji obowiązków. W związku ze zwiększającą się liczbą tzw. „papierowych spółek" mających siedzibę w państwach dogodnej bandery, mimo braku jakiegokolwiek organizacyjnego powiązania z danym państwem, w doktrynie prawa międzynarodowego zaczęto odchodzić od traktowania własności jako głównego wyznacznika istnienia bądź nieistnienia więzi rzeczywistej. Praktyka państw poszła w kierunku rejestracji statków i przyznawania przynależności państwowej, jeżeli na terytorium danego państwa mieści się siedziba lub domicyl zarządcy statku, którym może być osoba fizyczna albo prawna. Jest to nieskuteczna walka z „papierowymi spółkami", gdyż zarządca również może być „kontrolowany z zewnątrz" tak, jak właściciel w postaci „spółki papierowej", której udziałowcy czy akcjonariusze przebywają w innym państwie niż państwo bandery (Łopuski, 1996, s. 170). Omawiany problem został podjęty na Konferencji Narodów Zjednoczonych do Spraw Handlu i Rozwoju (UNCTAD). W wyniku jej prac, 7.02.1986 r. została przyjęta Konwencja w sprawie warunków rejestracji statków16[11]. Ma ona przede wszystkim na celu umocnienie więzi między statkiem a państwem bandery (art. 1). Według postanowień Konwencji, statek powinien być powiązany z państwem bandery przez własność albo obsadę załogi (art. 7). Niestety nie wydaje się, aby były szanse na jej szybkie wejście w życie, bowiem do tego potrzeba zgody minimum 40 państw, których łączny tonaż wynosi nie mniej niż 25 % tonażu światowego. Oczywistym jest, że potrzebna byłaby zgoda państw taniej bandery, co jest dla nich skrajnie niekorzystnym rozwiązaniem.

Walkę z praktyką rejestrowania statków w państwach dogodnych bander podjęto także na forum pierwszej sesji zgromadzenia Międzyrządowej Morskiej Organizacji Doradczej

(IMCO). Powołano Komitet Bezpieczeństwa Morskiego IMCO, składający się z 8 państw — które według statutu — posiadają największe floty. Nie znalazły się w nim jednak Liberia i Panama, które spełniały te kryteria. W sprawie tej wypowiedział się w opinii doradczej z 8.06.1960 r. Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości[12] stwierdzając, że Komitet Bezpieczeństwa Morskiego powołano niezgodnie z Konwencją ustanawiającą IMCO. Wydaje się to niejako pośrednio sanować sytuację nadawania przynależności statkom zarejestrowanym zgodnie z przepisami danego państwa, mimo nieistnienia między statkiem a państwem bandery żadnej rzeczywistej więzi.

Praktyka *flags of convenience* rozdziela niejako centrum decyzyjne w stosunku do statku od centrum kontrolującego, które co do zasady powinny znajdować się w tym samym państwie. Ciężko mówić dziś o „statku polskim", czy „statku angielskim" skoro jego centrum decyzyjne (podmiot kontrolujący właściciela) może znajdować się poza terytorium państwa przynależności (jest to nawet wielce prawdopodobne ze względu na fakt odchodzenia od powiązania statku z państwem przez element własności). Należy raczej mówić o „statku podnoszącym banderę cypryjską" czy „statku podnoszącym banderę panamską" itd. (Łopuski, 1996, s. 171).

Resumując, postanowienia Konwencji o prawie morza w zakresie przynależności państwowej statku należy uznać za dalece niewystarczające. Przede wszystkim trzeba zdefiniować pojęcie „więzi rzeczywistej" poprzez określenie istotnych elementów owej więzi. Konwencja UNCTAD nie spełni tego postulatu ze względu na problemy z jej wejściem w życie.

W przypadku państw taniej bandery nie jest spełniony ani postulat istnienia rzeczywistej więzi między państwem przynależności a statkiem, ani postulat efektywnej jurysdykcji i kontroli (Symonides, 2009, s. 29 i n.). Artykuły Konwencji o prawie morza wydają się być przykładem pustosłowia prawniczego. W rzeczywistości wykonywanie jurysdykcji na morzu otwartym oraz w strefach ekonomicznych nie jest całkowicie efektywne. Państwa tanich bander prowadzące otwarte rejestry czerpią korzyści natury ekonomicznej, a ich statki są tańsze w eksploatacji i przez to stają się bardziej konkurencyjne.

Państwa taniej bandery nie są w stanie sprawować efektywnej jurysdykcji nad swoimi statkami na morzu pełnym, ze względu na brak stosownej administracji. Można powiedzieć, że ze względu na istnienie wielonarodowych korporacji w obliczu postępującej globalizacji, rzeczywista więź straciła na znaczeniu. Jest to jednak — jak się zdaje — porażka prawa międzynarodowego. Nie pomogą tu apele Zgromadzenia Ogólnego ONZ w postaci kolejnych rezolucji w przedmiocie zaniechania rejestracji statków przez państwa, które nie dysponują skuteczną administracją morską.

## 6. Rejestr statku

Ze względu na brak wejścia w życie Konwencji o warunkach rejestracji statków, funkcje rejestru statków są regulowane przez porządek wewnętrzny państw. Prawo międzynarodowe ogranicza się w tym temacie do art. 91 Konwencji o prawie morza, który uzależnia przyznanie przynależności państwowej i prawa podnoszenia bandery od rejestracji na terytorium danego państwa. Przyznanie przynależności następuje więc na podstawie wpisu do rejestru dokonywanego przez państwo bandery. Ponadto państwo wydaje dokument stwierdzający nadanie statkowi prawa do podnoszenia jego bandery.

Początkowo prowadzono rejestry zamknięte, gdzie rejestrowano statki związane z państwem na podstawie kryterium własności (właściciela statku). Stopniowo, wraz z odchodzeniem od modelowego układu stosunków, w którym właściciel był zarazem armatorem i działał pod banderą państwa, z którym był realnie związany w kierunku rozdzielenia osoby właściciela i armatora, rejestr zamknięty przestał odpowiadać potrzebom rynku. Zaczęto nadawać przynależność statkowi ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania armatora, nie zaś właściciela statku. Spowodowało to rozdzielenie publicznoprawnych funkcji rejestru okrętowego od funkcji w zakresie prawa prywatnego, co stworzyło problem podwójnej rejestracji statku (Łopuski, 1996, s. 180 in.).

Konwencja o prawie morza stanowi, że statek może mieć przynależność — a co za tym idzie — podnosić banderę tylko jednego państwa (art. 92). Na morzu otwartym podlega wyłącznej jurysdykcji państwa bandery. Natomiast statek może być ważnie zarejestrowany w rejestrach dwóch państw, niemniej jednak tylko wpis do jednego rejestru nadaje statkowi przynależność państwa. Tylko jedno państwo wydaje certyfikat okrętowy, który statuuje prawo podnoszenia bandery tego państwa. Natomiast w drugim rejestrze (wcześniejszym) zamieszcza się jedynie adnotację o zawieszeniu przynależności statku w rejestrze tego państwa. Taką praktykę podwójnej rejestracji z zachowaniem zasady jednej przynależności dopuszcza prawodawstwo wewnętrzne wielu państw i nie jest to sprzeczne z prawem międzynarodowym. Problem ten próbowano rozwiązać projektując art. 11–12 Konwencji o warunkach rejestracji statków z 1986 r., która zezwala na podwójną rejestrację tylko w sytuacji, gdy statek jest oddawany w dzierżawę (ang. *lease*, *bareboat charter*). W takiej sytuacji państwo siedziby dzierżawcy (czarterującego statek) może na okres trwania umowy czarteru wydać zgodę na rejestrację statku i nadanie swojej przynależności. Warunkiem jest zawieszenie przynależności w państwie poprzedniej rejestracji (Łopuski, 1996, s. 180 in).

Podwójna rejestracja stwarza wiele problemów ze względu na potrzebę wyróżnienia rejestrów okręgowych stałych (wpis ze względu na właściciela, rejestracja praw rzeczowych na statku) i rejestrów tymczasowych (wpis ze względu na dzierżawcę na czas trwania umowy czarteru). W zakresie publicznoprawnych zagadnień związanych z uprawianiem żeglugi, takich jak m.in. bezpieczeństwo żeglugi, pomiar statku, warunki zatrudnienia, ochrona środowiska etc., statek podlega prawu państwa tymczasowej przynależności. Oddanie statku w dzierżawę może być dla właścicieli/armatorów statków z krajów rozwiniętych próbą ucieczki przed rygorystycznymi przepisami obowiązującymi w tym zakresie w państwie właściciela statku. Wzmacniająca się praktyka podwójnej reje-

stracji skłania ku potrzebie wprowadzenia zmian w przepisach umów międzynarodowych, które zdają się nie dostrzegać takiej możliwości[13].

Kategoria „rejestru otwartego" została wprowadzona w trakcie prac UNCTAD, aby zastąpić posługiwanie się terminem „bandery dogodne", który w opinii państw rozwijających się miał negatywny wydźwięk. Rejestr ten jest przeciwieństwem rejestru zamkniętego, który wiąże państwo rejestru ze statkiem przez właściciela. Państwa, które prowadzi rejestr tymczasowy nie należy automatycznie utożsamiać z państwem dogodnej bandery. Określenie taniej bandery jest raczej zależne od warunków, jakie ład prawny państwa przynależności zapewnia statkom własnej bandery, nie zaś od łatwości uzyskania przynależności. Nie zawsze państwo będące tzw. „rajem podatkowym" jest zarazem państwem dogodnej bandery. Zwolnienia podatkowe, udogodnienia dla przedsiębiorstw żeglugowych mogą być elementem liberalnej polityki państwa, natomiast przepisy dotyczące bezpieczeństwa, ochrony pracy na morzu czy środowiska mogą być nadal bardzo restrykcyjne. Dziś wiele państw rozwiniętych prowadzi rejestry otwarte i błędem byłoby określanie tych państw przy użyciu pejoratywnej nazwy „dogodnej bandery" (Łopuski, 1996, s. 183–184).

Prowadzone są także rejestry specjalne, tworzone przez państwa (najczęściej rozwinięte) w ramach wewnętrznego porządku prawnego. Rejestry takie mają na celu stworzenie dogodnej sytuacji ekonomicznej dla przedsiębiorstw żeglugowych, przy jednoczesnym utrzymaniu statków w ramach przynależności danego państwa[14]. Armator/właściciel statku zyskuje liczne korzyści natury ekonomicznej (przede wszystkim obniżenie kosztów eksploatacyjnych), natomiast wciąż — jako statek podnoszący banderę państwa rozwiniętego — musi przestrzegać wszelkich przepisów z zakresu bezpieczeństwa, ochrony pracy itd. Jest to narzędzie wykorzystywane przez państwa rozwinięte w walce z procederem *flags of convenience*.

W ramach prac Komitetu Żeglugi UNCTAD w latach siedemdziesiątych i osiemdziesiątych, w trakcie omawiania możliwości powołania Międzynarodowego Zarządu Marynarki Handlowej, postulowano także utworzenie Międzynarodowego Rejestru Żeglugowego obejmującego swym zasięgiem cały świat (Łopuski, 1996, s. 188). Zadaniem Międzynarodowego Zarządu miało być rozwijanie współpracy między rządami państw w zakresie międzynarodowej żeglugi handlowej, a także prowadzenie owego międzynarodowego rejestru. Byłby to rejestr dodatkowy, gdzie państwa składałyby kopie dokumentów dotyczących rejestrowanych w nich statków. W ten sposób miałby powstać światowy rejestr statków, co wydaje się być nadal nierealne.

## 7. Kontrola państwa bandery a państwa nadbrzeżnego

Państwo bandery winno sprawować nadzór nad statkiem poprzez swoje organy. Często zdarza się jednak, że statki przebywają miesiącami na wodach mórz i oceanów, zawijając jedynie do obcych portów, a w porcie macierzystym pojawiają się niezwykle rzadko. W oczywisty sposób skontrolowanie stanu przestrzegania przepisów na danym statku staje się bardzo utrudnione. Odpowiednie organy administracji morskiej państwa ograniczają się do okresowych inspekcji (przeglądów) czy też doraźnych kontroli.

Jednak największym problemem jest niespełnianie przez krajowe porządki prawne norm prawnomiędzynarodowych przede wszystkim w zakresie budowy, wyposażenia statku, jego stanu technicznego itd. Sama ucieczka armatora pod dogodną banderę ze względów ekonomicznych nie jest aż tak niebezpieczna z punktu widzenia prawa międzynarodowego. Najgroźniejsze jest unikanie przestrzegania surowych przepisów bezpieczeństwa morskiego przez przedsiębiorstwa rejestrowane w państwach taniej bandery, gdzie porządek prawny w żadnym stopniu nie podąża za standardem prawnomiędzynarodowym. Takie działanie zagraża całej społeczności światowej i grozi niebezpieczeństwem w postaci wypadków na morzu, co wiąże się często ze śmiercią wielu osób oraz degradacją środowiska naturalnego. Niezbędne jest wprowadzenie efektywnego, światowego systemu egzekwowania międzynarodowych przepisów bezpieczeństwa szczególnie wobec statków dogodnej bandery, względem których ich państwo przynależności nie podejmuje odpowiednich inspekcji.

Niezadawalający stan rzeczy odnośnie sprawowania kontroli w zakresie bezpieczeństwa morskiego przez państwo bandery zauważono w trakcie prac nad Konwencją o prawie morza na konferencji ONZ. Uznano, że dla wzmocnienia porządku na morzu, oprócz kontroli państwa bandery, potrzebna jest także kontrola państwa portu oraz państwa nadbrzeżnego względem statków, które podnoszą banderę obcego państwa. Wprowadzono do konwencji w tym celu art. 25 ust. 2 i art. 218–220. W stosunku do statków wpływających na wody wewnętrzne albo korzystających z urządzeń portowych znajdujących się poza wodami wewnętrznymi państwo nadbrzeżne może podejmować działania konieczne do zapobiegania naruszaniu warunków, od których spełnienia uzależnione jest dopuszczenie tych statków na wody wewnętrzne lub korzystanie przez nie z urządzeń portowych (art. 25 ust. 2). Zgodnie z art. 218 Konwencji, jeżeli statek dobrowolnie przebywa w porcie państwa lub w jego terminalu przybrzeżnym państwo może rozpocząć dochodzenie i — jeżeli będą ku temu odpowiednie dowody — wszcząć postępowanie w odniesieniu do zrzutu dokonanego z takiego statku poza wodami wewnętrznymi, morzem terytorialnym lub wyłączną strefą ekonomiczną tego państwa z naruszeniem stosownych międzynarodowych norm i standardów, ustanowionych przez właściwą organizację międzynarodową lub ogólną konferencję dyplomatyczną (ust. 1). Przy czym nie wszczyna się powyższego postępowania, gdy zrzutu dokonano na wodach wewnętrznych, morzu terytorialnym lub w wyłącznej strefie ekonomicznej innego państwa, chyba że na prośbę tego innego państwa, państwa bandery lub państwa poszkodowanego albo zagrożonego naruszeniem związanym z dokonaniem zrzutu, albo jeżeli naruszenie spowodowało lub prawdopodobnie spowoduje zanieczyszczenie na wodach wewnętrznych, morzu terytorialnym lub w wyłącznej strefie

ekonomicznej państwa wszczynającego postępowanie (ust. 2). Wreszcie jeżeli statek dobrowolnie przebywa w porcie państwa lub w jego terminalu przybrzeżnym, państwo to, na tyle ile jest to możliwe, powinno spełnić prośbę innego państwa o przeprowadzenie dochodzenia w sprawie określonego w ustępie 1 naruszenia — dokonanie zrzutu, które przypuszczalnie nastąpiło na wodach wewnętrznych, morzu terytorialnym lub w wyłącznej strefie ekonomicznej państwa występującego z prośbą, albo wyrządziło bądź może wyrządzić szkodę na tych obszarach. Państwo to spełnia również, tak dalece jak to jest praktycznie możliwe, prośbę państwa bandery o przeprowadzenie dochodzenia w sprawie takiego naruszenia, niezależnie od miejsca jego popełnienia (ust. 3). Zgodnie z ust. 4, protokoły dochodzenia prowadzonego przez państwo portu zgodnie z niniejszym artykułem przekazuje się państwu bandery lub państwu nadbrzeżnemu na jego wniosek. Postępowanie wszczęte przez państwo portu na podstawie takiego dochodzenia może zostać zawieszone na wniosek państwa nadbrzeżnego, jeżeli naruszenie miało miejsce na jego wodach wewnętrznych, morzu terytorialnym lub w wyłącznej strefie ekonomicznej. Dowody i protokoły sprawy łącznie z kaucją lub innym finansowym zabezpieczeniem złożonym władzom państwa portu przekazuje się w takim wypadku państwu nadbrzeżnemu. Przekazanie to wyklucza kontynuowanie postępowania w państwie portu.

Państwo nadbrzeżne może także kontrolować zdatność statków do żeglugi celem niedopuszczenia do zanieczyszczenia wód. Państwo które stwierdziło, że statek przebywający w jednym z jego portów lub terminali przybrzeżnych narusza stosowne międzynarodowe normy i standardy dotyczące zdatności statków do żeglugi i tym samym powoduje zagrożenie dla środowiska morskiego winny podjąć niezbędne środki administracyjne w celu niedopuszczenia takiego statku do żeglugi. Ponadto państwo może zezwolić statkowi na skierowanie się wyłącznie do najbliższej właściwej stoczni remontowej w celu usunięciu przyczyn naruszenia, a następnie niezwłocznie zezwala statkowi na kontynuowanie żeglugi (art. 219).

Zgodnie z art. 220 państwo może wszcząć względem statku dobrowolnie przebywającego w jego porcie lub terminalu przybrzeżnym postępowanie w odniesieniu do naruszenia jego ustaw i innych przepisów prawnych wydanych zgodnie z konwencją lub naruszenia stosownych międzynarodowych norm i standardów w zakresie zapobiegania, zmniejszania i kontroli zanieczyszczenia ze statków, jeżeli takie naruszenie miało miejsce na morzu terytorialnym lub w wyłącznej strefie ekonomicznej tego państwa. Może także przeprowadzić fizyczną inspekcję statku, a nawet go zatrzymać zgodnie z prawem wewnętrznym (ust. 2).

Jeżeli naruszenie nastąpiło w wyłącznej strefie ekonomicznej stosowne międzynarodowe normy i standardy w zakresie zapobiegania, zmniejszania i kontroli zanieczyszczenia ze statków lub ustawy i inne przepisy prawne tego państwa zgodne z takimi normami i standardami, państwo nadbrzeżne może żądać od statku udzielenia informacji dotyczących nazwy statku i portu jego rejestracji, ostatniego i następnego portu zawinięcia oraz innych odpowiednich informacji potrzebnych do ustalenia, czy nastąpiło naruszenie (ust. 3). Jeżeli naruszenie z ust. 3 jest istotne i doprowadziło do znaczącego zrzutu powodującego poważne zanieczyszczenie środowiska morskiego lub groźbę takiego zanieczyszczenia, państwo nadbrzeżne może przeprowadzić fizyczną inspekcję statku w związku z naruszeniem, jeżeli statek odmówił udzielenia informacji lub jeżeli informacje udzielone przez statek w sposób widoczny odbiegają od oczywistej sytuacji faktycznej i jeżeli okoliczności sprawy uzasadniają taką inspekcję (ust. 5). Wreszcie, jeżeli statek dopuścił się w wyłącznej strefie ekonomicznej naruszenia, o którym mowa w ust. 3, które doprowadziło do zrzutu powodującego poważną szkodę lub zagrożenie poważną szkodą dla wybrzeża państwa nadbrzeżnego lub jego interesów związanych z wybrzeżem albo dla jakichkolwiek zasobów jego morza terytorialnego lub wyłącznej strefy ekonomicznej, państwo nadbrzeżne, z zastrzeżeniem rozdziału 7 i pod warunkiem, że dowody za tym przemawiają, może wszcząć postępowanie łącznie z zatrzymaniem statku, zgodnie ze swoim prawem wewnętrznym (ust. 6).

Aby kontrola państwa portu mogła być skuteczna, winny ją stosować wszystkie liczące się państwa morskie w sposób solidarny i w oparciu o jednolite kryteria. Osamotnione działania kilku państw niczego nie wniosą, gdyż armatorzy będą omijać ich porty. Dlatego też potrzebne jest skoordynowane działanie na podstawie zawieranych w tym celu umów międzynarodowych[15]. Realne sprawowanie kontroli przez państwa portu w skali globalnej może być skuteczną odpowiedzią na praktykę rejestrowania statków w pastwach dogodnej bandery.

## 8. Zakończenie

Niniejszy artykuł miał na celu przedstawienie genezę powstania i istotę zasady przynależności państwowej statków morskich z punktu widzenia prawa międzynarodowego publicznego. Najciekawsze byłoby jednak spojrzenie na tę problematykę w sposób kompleksowy z uwzględnieniem regulacji wewnętrznych poszczególnych państw. O takiej potrzebie całościowego opracowania świadczyć mogą słowa Zygmunta Cybichowskiego, który w cytowanym już wykładzie z 1920 r. zauważył: *Definicja przynależności opiera się nie na prawie jednego państwa, lecz jest wyrazem pojęć, uznanych przez wszystkie państwa oświecone. Jednomyślność państw nie jest przypadkowa, lecz konieczna, płynąć z prawa międzynarodowego. Pojęcie przynależności jest pojęciem prawa międzynarodowego. Rezultat ten dowodzi, jak ściśle się łączy prawo państwowe z prawem międzynarodowym. Znajomość obu gałęzi nauk prawnych ułatwia rozstrzygnięcie niejednej kwestji, ważne zagadnienia nabierają właściwego wyrazu dopiero w oświetleniu zasad obu nauk. Przykładem jest przynależność państwowa* (Cybichowski, 2014, s. 43).

Podsumowując dotychczasowe rozważania, należy stwierdzić, że stan regulacji prawnomiędzynarodowej odnośnie do przynależności państwowej statków morskich jest niezwykle niesatysfakcjonujący. Taka sytuacja może prowadzić do potencjalnych katastrof morskich. Instytucja przynależności

państwowej statków morskich spełnia wiele istotnych funkcji. Jednak tylko skuteczny nadzór państwa przynależności jest w stanie zapewnić bezpieczeństwo żeglugi. Niestety prawo międzynarodowe jest bezsilne wobec toczącego je procederu flags of convenience, który większość z tych funkcji czyni iluzorycznymi. Podnoszenie flagi państwa przez statek, który nie jest związany rzeczywistą więzią z państwem bandery jest dziś niewątpliwe największym problemem współczesnego prawa morskiego. Jak się okazuje, nie jest wystarczające opracowanie tekstu Konwencji w sprawie warunków rejestracji statków, która miałaby wzmocnić więź rzeczywistą między statkiem a państwem bandery, wobec braku możliwości jej wejścia w życie. Należy podjąć niezwłoczne działania na arenie międzynarodowej, w szczególności w pracach Komisji Prawa Międzynarodowego, ażeby nadawanie statkom przynależności państwowej następowało w oparciu o jasne i konkretne reguły. Tylko taka szczegółowa regulacja pozwoliłaby na egzekwowanie odpowiedzialności państw w sferze międzynarodowej, które dopuszczałyby się naruszania tych zasad. Dziś wymóg istnienia „rzeczywistej więzi" jest przykładem typowego pustosłowia prawniczego. Powyższego nie sposób zaakceptować, szczególnie biorąc pod uwagę niebezpieczeństwo związane z obecnym brakiem rzeczywistej kontroli nad statkami na morzu pełnym.

---

[1] Dz. U. z 1937 nr 33, poz. 258 ze zm.

[2] Dz. U. z 1976 nr 35, poz. 207.

[3] Dz. U. z 1963 nr 33, poz. 187.

[4] Dz. U. z 2002 nr 59, poz. 543.

[5] Z immunitetu korzystają wszystkie okręty, czyli także statki państwowe używane wyłącznie w celach niehandlowych) niebędące okrętami wojennymi.

[6] Dz. U. z 1937 nr 2, poz. 17.

[7] The Schooner Exchange v. McFaddon z 1812 r. (11 U. S. (7 Cranch) 116).

[8] Dz. U. z 1925 nr 47, poz. 328.

[9] Dz. U. z 1963 nr 33, poz. 187.

[10] Dz. U. z 2002 nr 59, poz. 543.

[11] United Nations Convention on Conditions for Registration of Ships — dokumenty UNCTAD/TD/RS/CONF/19/Add. 1),

[12] ICJ Reports 1960, s. 150, Advisory Opinion of 8 June 1960 — Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization.

[13] Przykładem może być art. 1 pkt 4 konwencji o odpowiedzialności cywilnej za szkody spowodowane zanieczyszczeniem olejami z 27.11.1992 r. (Dz. U. z 2001 nr 136, poz. 1527 ze zm.): „»Państwo rejestracji statku« oznacza w odniesieniu do zarejestrowanych statków państwo rejestracji statku, a w odniesieniu do statków niezarejestrowanych — państwo, którego banderę statek podnosi". Przepis ten pomija zupełnie sytuację, gdy statek jest ważnie wpisany do dwóch rejestrów prowadzonych w innych państwach. Na marginesie jest obarczony także błędem, gdyż prawo międzynarodowe nie zezwala na przyznanie przynależności bez uprzedniego wpisu do rejestru okrętowego danego państwa.

[14] Przykładem może być niemiecki Międzynarodowy Rejestr Żeglugi Morskiej (Internationales Seeschiffahrtsregister ISR) wprowadzony ustawą z 23.03.1989 r. Właściciel statku może złożyć wniosek o wpis jednostki, która będzie uprawiała żeglugę międzynarodową w rozumieniu przepisów ustawy o podatku dochodowym. Warunki pracy tej części załogi, która nie ma ani miejsca zamieszkania, ani stałego pobytu w Republice Federalnej Niemiec, można poddać porządkowi prawnemu innego państwa. Jednak do ISR może być wpisany tylko statek wpisany do niemieckiego okrętu rejestrowego, czyli statek, który podnosi niemiecką banderę.

[15] Przykładem może być tzw. Porozumienie Paryskie (The Paris Memorandum of Understanding — MOU) w sprawie kontroli państwa portu z 1982 r., którego celem jest ujednolicenie zasad i zakresu kontroli prowadzonej w portach państw europejskich — sygnatariuszy porozumienia.

## Bibliografia


Barcik, J., Srogosz, T. (2014). *Prawo międzynarodowe publiczne*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Bierzanek, R., Symonides, J. (1992). *Prawo międzynarodowe publiczne*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.

Bugajski, D. R. (2009). *Prawa żeglugowe okrętu w świetle prawa międzynarodowego*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe SCHOLAR.

Cybichowski, Z. (1920). *O pojęciu i istocie przynależności państwowej*. Warszawa: Drukarnia i Litografia p.f. „Jan Cotty".

Góralczyk, W., Sawicki, S. (2013). *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*. Warszawa: LexisNexis Polska.

Kun-Buczko, M. (red.). (2011). *Prawo międzynarodowe publiczne. Zarys problematyki*. Białystok: Wyższa Szkoła Administracji Publicznej im. Stanisława Staszica.

Łopuski, J. (1996). *Prawo morskie.* Bydgoszcz: Oficyna Wydawnicza „BRANTA".

Matysik, S. (1975). *Podręcznik Prawa Morskiego*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.

Pieńkos, J. (2004). *Prawo międzynarodowe publiczne*. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze.

Sutor, J. (2011). *Immunitet państwa*. Warszawa: Julian Sutor and Dom Wydawniczy ELIPSA.

Symonides, J. (2009). Konwencja Narodów Zjednoczonych o prawie morza z perspektywy ćwierćwiecza. W: C. Mik, K. Marciniak (red.), *Konwencja NZ o prawie morza z 1982 r.* Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora".

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.30

# Zmiany w organizacji publicznych uczelni wyższych w Polsce po wejściu w życiu ustawy *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce* z dnia 20 lipca 2018 roku ze szczególnym uwzględnieniem pozycji samorządu studentów

## Changes in the organization of public universities in Poland after the entry into force of t*he Act on higher education and science* of 20 July 2018, with particular emphasis on the position of students' self-government

***mgr Paweł Piwowar***

E-mail: pawel@piwowar.pl

**Streszczenie**

Artykuł przedstawia podstawowe zmiany prawne w organizacji szkolnictwa wyższego w Polsce. W tekście przeprowadzono analizę skutków najnowszej regulacji w tym obszarze, odnosząc ją do pozycji samorządu studentów. W jej wyniku, w artykule przedstawiono zmiany prawne w strukturze uczelni wraz z opisem ram prawnych właściwych dla funkcjonowania uczelni organów wraz z grupami społeczności akademickiej w nich reprezentowanymi.

**Słowa kluczowe:** szkolnictwo wyższe, samorząd studentów, organy uczelni wyższych, statut uczelni, senat, rada uczelni, kolegium elektorów.

**Summary**

The article presents the basic legal changes in the organisation of higher education in Poland. The text analyses the effects of the latest regulation in this area, with a focus on the position of students' self-government. As a result, the article presents legal changes in the structure of the university together with a description of the legal framework relevant for the operation of the university bodies together with groups of the academic community represented by them.

**Key words:** higher education, students' self-government, university bodies, university statute, senate, university council, electoral college.

## 1. Wstęp

1 października 2018 r. w Polsce zaczęły obowiązywać nowe przepisy w zakresie szkolnictwa wyższego[1]. Jest to już dziewiąta regulacja zajmująca się tą materią na przestrzeni ostatnich stu lat. Wymieniona ustawa z 2018 r. tzw. „Ustawa 2.0" w sposób rewolucyjny zmieniła organizację uczelni wyższych. W szczególności dotyczy to przekazania kompetencji dotychczasowych podstawowych jednostek organizacyjnych (wydziałów) na poziom władz centralnych (rektor i senat). Jedną z grup objętych zmianami w ramach nowych przepisów są studenci oraz ich przedstawiciele w organach uczelni czyli samorząd studentów. W kontekście przedmiotowej, zasadniczej modyfikacji funkcjonowania systemu pol-

skiego szkolnictwa wyższego (centralizacji), w niniejszym artykule opisano podstawowe zmiany w organizacji uczelni publicznych, uwzględniając ich istotę oraz skutki, które Ustawa wywiera tak obecnie, w trakcie procesu uchwalania nowych przepisów wewnętrznych na uczelniach, jak i w przyszłości. Szczególnej analizie poddano pozycję prawną studentów w zakresie zarządzania uczelnią wyższą, w tym znaczenie tej grupy w organach ustrojowych uczelni. W tym kontekście, celem niniejszego artykułu jest pokazanie, jak nowo wprowadzone przepisy zmieniają pozycję prawną samorządu studentów w funkcjonowaniu uczelni wyższej względem poprzedniej regulacji prawnej, tj. z ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym z dnia 27 lipca 2005 r.[2] (dalej: „ustawa z 2005 r."), wraz ze oceną niekorzystnych skutków, które — zdaniem autora, niesie ze sobą Ustawa 2.0 dla jakości kształcenia studentów w Polsce.

## 2. Pozycja studentów w zarządzaniu uczelnią wyższą

Ustawa z 2005 r. wyposażyła studentów w normatywną gwarancję procentowego udziału ich przedstawicieli w organach kolegialnych uczelni. Zgodnie z treścią jej art. 61 ust 3 *[u]dział przedstawicieli studentów i doktorantów w senacie uczelni nie może być mniejszy niż 20%. Liczbę przedstawicieli studentów i doktorantów ustala się proporcjonalnie do liczebności obu tych grup w uczelni, z tym że studenci i doktoranci są reprezentowani co najmniej przez jednego przedstawiciela każdej z tych grup*[3]. Było to zatem podwojenie liczby przedstawicieli studenckich względem jeszcze wcześniejszego stanu prawnego (w art. 47 ust 2 ustawy o szkolnictwie wyższym z 12 września 1990 roku[4] studenci stanowili nie mniej niż 10%), natomiast przedstawicieli doktorantów wprowadzono po raz pierwszy. W ustawie z 2005 r. analogiczną liczebność procentową reprezentacji studentów i doktorantów zastosowano w przypadku kolegium elektorów oraz rad jednostek podstawowych. Dzięki tak licznej reprezentacji studenci uzyskali bardzo istotny wpływ na życie uczelni zarówno w kwestiach związanych z codziennym funkcjonowaniem w ramach senatu czy rad wydziałów, jak i w przypadku wyborów i Kolegiów Elektorów na wszelkich szczeblach. W praktyce jednogłośność studentów w głosowaniu prowadziła często do decydującego rozstrzygnięcia w ostatecznym wyniku wyborów. W wielu przypadkach dzięki procedurze wyborów indykacyjnych, głos studencki pozwalał na wskazanie faworyta do bycia osobą odpowiedzialną za sprawy studenckie w kolegiach rektorskich i dziekańskich. Podkreślić należy, że na podstawie ustawy z 2005 r. grupa studencko-doktorancka byłą drugą, najliczniej reprezentowaną w organach uczelni, a zatem liczącym się partnerem dla władz uczelni. W nowej ustawie procentowa reprezentacja tak w Senacie, jak i w Kolegium Elektorów została utrzymana, niemniej jednak zasadniczo zmieniła się rola oraz realne znaczenie tych organów w stosunku do przedniego stanu prawnego.

## 3. Organy ustrojowe uczelni, a pozycja studentów

W odniesieniu do senatu uczelni, Ustawa 2.0 w sposób zdecydowany zmienia kompetencje tego organu. Przede wszystkim w przeciwieństwie do poprzedniego stanu prawnego w Ustawie 2.0. w art. 28 w sposób enumeratywny wymienia się zadania tego organu. Zadania te dotyczą określania wewnętrznych regulacji uczelni (uchwalanie statutu, regulaminu studiów, strategii uczelni wraz z zatwierdzaniem sprawozdania z jej realizacji, ustalanie warunków, trybu oraz terminu rozpoczęcia i zakończenia rekrutacji na studia i na kształcenie specjalistyczne, ustalanie programów studiów, studiów podyplomowych i kształcenia specjalistycznego, ustalanie programów kształcenia w szkołach doktorskich), kwestii personalnych (powoływanie i odwoływanie członków rady uczelni, opiniowanie kandydatów na rektora, nadawanie stopni naukowych i stopni w zakresie sztuki, nadawanie tytułu doktora honoris causa, wskazywanie kandydatów do instytucji przedstawicielskich środowiska szkolnictwa wyższego i nauki, ewaluacji (przeprowadzanie oceny funkcjonowania uczelni, formułowanie rekomendacji dla rady uczelni i rektora w zakresie wykonywanych przez nich zadań, określanie sposobu potwierdzania efektów uczenia się), czy też innych spraw (związanych z systemem kwalifikacji nadawanych po ukończeniu studiów podyplomowych, czy też jako ustalono to wprost w art. 28 ust. 1 pkt 16 wykonywanie innych zadań określonych w statucie).

Niemniej jednak, najistotniejsze zmiany w zakresie senatu, które wprowadzono Ustawą 2.0, dotyczą procedury uchwalania statutu. Do tej pory kompetencje związane z tym najważniejszym aktem prawa wewnętrznego każdej uczelni wyższej w całości należały do senatu. Nowa Ustawa zmieniła to w sposób zasadniczy. Po pierwsze, zgodnie z treścią art. 24. ust 2 pkt 4 jedynym organem uprawnionym do zgłoszenia projektu nowego statutu jest rektor uczelni. Ma on w tym zakresie wyłączną inicjatywę. W dodatku, jak pokazuje już wykształcona praktyka wielu uczelni, rektorzy nie korzystają w tym zakresie nawet z pomocy komisji senackich, w których znajdują się reprezentanci wszystkich

grup społeczności akademickich, w tym przedstawiciele studentów. Powołują natomiast swoje odrębne zespoły opracowujące projekty statutów. Taka praktyka sprzyja zapewne szybkości prac nad statutem, budzi jednak wątpliwości co do tego czy w pełni realizuje postulat akademickiej samorządności. W ocenie autora takie ograniczenia demokratycznego procedowania aktów prawnych może być bardzo złą praktyką dającą prymat szybkiemu procedowaniu nad wymianą myśli akademickiej.

Po drugie, inną dyskusyjną kwestią jest skład senatu ustalony w oparciu o Ustawę 2.0. Jak wskazuje M. Jarentowski, w stanie prawnym normowanym ustawą z 2005 r. senat musiał się składać w ponad 50% z profesorów tytularnych i doktorów habilitowanych (Jarentowski, 2018, s. 9). Obecnie profesorem uczelni może zostać doktor, a ustawa w art. 29 stanowi, że *[w] skład senatu wchodzą*:

*1) w publicznej uczelni akademickiej:*

*a) profesorowie i profesorowie uczelni, którzy stanowią nie mniej niż 50% składu senatu,*

*b) studenci i doktoranci, którzy stanowią nie mniej niż 20% składu senatu,*

*c) nauczyciele akademiccy zatrudnieni na stanowiskach innych niż określone w lit. a i pracownicy niebędący nauczycielami akademickimi, którzy stanowią nie mniej niż 25% składu senatu*"[5].

W związku z ustaleniem minimalnych reprezentacji dla grup studentów i doktorantów oraz niesamodzielnych pracowników naukowych i pracowników nie będących nauczycielami akademickimi (w sumie na nie mniej niż 45%), możliwa jest sytuacja, że w Senacie uczelni akademickiej profesorowie tytularni oraz doktorzy habilitowani będą stanowili mniej niż 50% składu. Warto również podkreślić, że w uzasadnieniu do ostatecznej wersji projektu ustawy, podkreślono, że zarówno liczebność przedstawicieli studentów i doktorantów w grupie 20 %, a także niesamodzielnych nauczycieli i pracowników nie będących nauczycielami akademickimi w grupie 25 % ma być proporcjonalna (uzasadnienie do projektu ustawy, sejm VIII kadencji druk 2668, s. 15–16)[6]. Biorąc pod uwagę liczbę pracowników administracyjnych w uczelniach publicznych może to być wzmocnienie ich pozycji poprzez zwiększenie liczebności reprezentacji tej grupy.

Kolejną zupełnie nową kwestią, wydaje się, że kluczową, jest w Ustawie 2.0 modyfikacja większości potrzebnej do zmiany statutu. W przepisach obowiązujących do 1 października 2018 r., by zmienić statut wymagane było uzyskanie większości 2/3 głosów pełnego składu. Oznaczało to, że studenci stanowiący minimum 20% składu senatu mogli pozyskując zaledwie kilka głosów z innych grup reprezentacji społeczności akademickiej zablokować wszelkie zmiany statutu.

Nowa ustawa znacznie osłabia pozycję studentów w tym zakresie poprzez obniżenie progu wymaganego do zmiany statutu. Zgodnie z art. 34 ust. 2 ustawy 2.0 *[s]tatut uczelni publicznej uchwala senat bezwzględną większością głosów w obecności co najmniej połowy statutowej liczby członków po zasięgnięciu opinii rady uczelni wyrażonej większością głosów statutowej liczby członków oraz po zasięgnięciu opinii związków zawodowych działających w uczelni*[7]. Oznacza to, że w nowej sytuacji prawnej, z jednej strony samorząd studentów stanowi zaledwie 40% większości potrzebnej do zablokowania zmian proponowanych przez rektora w statucie, z drugiej zaś, jeśli może być istotnym wsparciem dla rektora uczelni dysponując istotną częścią (40%) głosów potrzebnych do zmiany statut. Ta zmiana oznacza łatwość w modelowaniu kwestii organizacyjnej uczelni w szczególności, że wszelkie zagadnienia związane z organizacją samej szkoły wyższej są ujęte w regulaminie organizacyjnym, który nadaje rektor uczelni.

Odrębnym problemem jest kwestia samego statutu uczelni publicznej. W związku z przesunięciem wewnętrznych spraw organizacyjnych szkół wyższych z poziomu ustawowego na poziom statutu, będą one najbardziej wzbudzającymi emocje i dyskusje aktami prawnymi w akademickiej Polsce. Zgodnie z art. 34 ust. 1 nowej ustawy *Statut określa zasady organizacji i funkcjonowania uczelni, w szczególności:*

*1) sposób powoływania i odwoływania organów uczelni, w tym podmioty uprawnione do wskazywania kandydatów na rektora, oraz sposób organizowania wyborów do organów uczelni;*

*2) skład rady uczelni oraz senatu;*

*3) zasady i tryb funkcjonowania rady uczelni, senatu i kolegium elektorów;*

*4) zasady sprawowania wewnętrznego nadzoru nad aktami wydawanymi przez organy uczelni;*

*5) typy jednostek organizacyjnych uczelni;*

*6) funkcje kierownicze w uczelni;*

*7) zasady powoływania osób do pełnienia funkcji kierowniczych w uczelni i ich odwoływania;*

*8) tryb nadawania tytułu doktora honoris causa;*

*9) zasady prowadzenia działalności gospodarczej przez uczelnię;*

*10) zasady dysponowania mieniem uczelni;*

*11) tryb nadawania regulaminu organizacyjnego;*

*12) przepisy porządkowe dotyczące odbywania zgromadzeń*[8].

Z uwagi na powyższe, statut ma największe znaczenie w zakresie związanym z powołaniem pozostałych organów uczelni. Może być też swego rodzaju „bezpiecznikiem", jeżeli chodzi o dowolność w tworzeniu struktur uczelni przez rektora. Z racji tego, że to w statucie określić należy tryb nadania przez rektora regulaminu organizacyjnego (art. 34 ust 1 pkt 11), w oparciu o ten przepis można wyinterpretować swoistą zasadę równowagi sił pomiędzy poszczególnymi organami w uczelni.

Jak zauważa J.M. Zieliński, ustawodawca był niekonsekwentny w kwestii opinii, które muszą być elementem zgody na przyjęcie projektu nowego statutu (Izdebski, Zieliński, 2019, s. 104–105). W przypadku związków zawodowych wyznaczył dla nich 30 dni, natomiast jeśli w tym terminie nie wyrażą one swojej opinii, wymóg zasięgnięcia opinii uznaje się za spełniony. Zgoła odmienna jest sytuacja w przypadku rady uczelni. W tym przypadku nie przewidziano terminu na wyrażenie takiej opinii (co jest zapewne niedopatrzeniem ustawodawcy), ale można domniemywać, że jeśli ta przesłanka nie zostanie spełniona, to statut bez opinii rady nie będzie mógł wejść w życie. Dodatkowo opinia rady musi być wyrażona większością głosów statutowej liczby głosów, co oznacza, że za przyjęciem musi być większa liczba głosów za niż przeciw i wstrzymujących się razem wziętych.

Zgodnie z przepisami wprowadzającymi Ustawę 2.0[9], nowy statut uczelni publicznej musi być przyjęty do 1 października 2019 roku. Tak krótki termin przewidziany na prace nad projektem oraz uchwalenie nowego statutu może powodować wiele praktycznych problemów. Po pierwsze, tempo prac może skutkować zaistnieniem niejasności i błędów legislacyjnych. Po drugie, w przypadkach tych uczelni, w których władze rektorskie planują bardzo daleko idące zmiany w organizacji i strukturze wewnętrznej, może zabraknąć czasu na dostosowanie istniejących struktur (naukowych, dydaktycznych czy administracyjnych) do wymagań formalnoprawnych.

Do kompetencji Senatu należy również uchwalanie regulaminu studiów. W tym zakresie również nastąpiła zmiana przepisów. Dotychczas, zgodnie z art. 161 ust. 2 ustawy z 2005 r., podmiotem właściwym w tej materii był organ uchwałodawczy samorządu studentów. Obecnie w nowej ustawie wymaga się jedynie opinii samorządu studentów. Potwierdza to tym samym, iż ustawodawca działając w duchu centralizacji szkolnictwa wyższego, nawet na poziomie studenckim, przenosi kompetencję z organu uchwałodawczego (który ma zazwyczaj demokratyczny bezpośredni mandat wyborczy), na samorząd (w praktyce albo zarząd albo bezpośrednio przewodniczącego samorządu). Wydaje się, że może to ułatwiać zarządzanie uczelnią z punktu widzenia jednoosobowego kierownictwa, ale na pewno osłabia mandat demokratyczny tak zaopiniowanego regulaminu studiów.

Nową kompetencją Senatu jest wybór członków rady uczelni. Jest to nowy organ wprowadzony na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 1 Ustawy 2.0. Jest on jednym z trzech organów w uczelniach przewidzianych na szczeblu ustawowym (możliwość wprowadzenia innych organów czy jednostek organizacyjnych przez uczelnie przewidziano w ramach autonomii kształtowania wewnętrznego ustroju w uczelniach — np. korzystając z tego uprawnienia na Uniwersytecie Jagielloński proponuje się wprowadzenie dodatkowo Radę Dyscyplin oraz prorektora ds. Collegium Medicum; na marginesie warto dodać, że statut tej uczelni przewiduje również zachowanie struktury wydziałowej z dziekanami jako kierownikami)[10].

Zgodnie z ustawą 2.0 rada składa się z 6 albo 8 członków pochodzących z wyboru oraz z przewodniczącego Samorządu Studenckiego. Ponad połowa członków rady musi pochodzić spoza uczelni, czyli nie być z nią związana w żaden sposób. Jak łatwo zauważyć, reprezentacja studencka w tym organie jest procentowo znacznie słabsza niż w senacie, czy w ogóle jest systemowo słabsza niż była w organach kolegialnych uczelni pod rządami poprzedniej ustawy.

W trakcie prac legislacyjnych to właśnie kompetencje oraz skład tego organu budziły największe kontrowersje[11]. Początkowo rada uczelni miała mieć m.in. wyłączne prawo do wyboru kandydatów na Rektora.

Warto również podkreślić, że Ustawa 2.0 w art. 230 ust. 6 przewiduje, że w okresie od powołania do wejścia w życie nowego statutu, rada realizuje jedynie zadania związane z opiniowaniem projektu nowego statutu oraz wyborem kandydatów na rektora. W związku z tym można uznać, że ustawodawca przewiduje, iż pierwsza rada powinna być swoistą „radą techniczną" złożoną z osób posiadających kompetencje w zakresie tworzenia oraz opiniowania przepisów prawnych, w szczególności w zakresie szkolnictwa wyższego oraz tworzenia statutów. Wydaje się, że takie zadanie i spozycjonowanie pierwszej rady jest zasadne.

Studenci w tym organie mogą mieć dwojaką rolę. Po pierwsze, przewodniczący samorządu studentów teoretycznie w niektórych przypadkach może być jedynym przedstawicielem środowiska uczelnianego w samej radzie, co może prowadzić do bardzo dużego wzmocnienia pozycji studentów, ale także generować ryzyko wielu nacisków ze strony społeczności samej uczelni. Z drugiej strony, w praktyce przedstawiciel studentów jako członek rady może być też całkowicie marginalizowany, prezentując odosobniony głos w dyskusji na posiedzeniach rady. Zastana-

wiające jest pominięcie przez ustawodawcę przedstawiciela doktorantów w tym organie, bo w odniesieniu do innych podmiotów w Ustawie 2.0 wprowadza się solidarne przedstawicielstwo studentów i doktorantów w organach kolegialnych

Jeżeli chodzi o inne organy, to podstawą ich powstania jest w art. 17 ust. ust. 2 nowej ustawy. Pozwala on uczelniom na samodzielne kształtowanie swojej struktury wewnętrznej (wedle potrzeb, tradycji i innych okoliczności wpływających na ich funkcjonowanie). Niestety jednak w tym przepisie, jak i w żadnych innych postanowieniach ustawy, nie ma gwarancji dla powstania przedstawicieli samorządu studentów w tych organach. Wydaje się, że w praktyce pominięcie udziału studentów w radach wydziałów czy innych jednostek powołanych przez Statuty na uczelniach będzie niemożliwe, ale ich liczba reprezentantów pozostaje już zupełnie innym problemem. Warto w tym miejscu wskazać jako przykład projektu statutu Uniwersytetu Jagiellońskiego, który przewiduje wydział jako jednostkę uczelni funkcjonującą z radami wydziałów. Tu studenci mają być reprezentowani w liczbie 20 % członków Rady[12], co jest utrzymaniem ich dzisiejszej pozycji w tych organach.

Ostatnim z organów uczelni poddanych analizie w niniejszym artykule jest kolegium elektorów (art. 25 nowej ustawy). Wydaje się, że jest to podmiot, który uległ najmniejszej zmianie. Jego skład określa statut, przy czym nie mniej niż 20% mają stanowić przedstawiciele studentów i doktorantów (proporcjonalnie do liczebności obu grup, lecz nie mniej niż 1). Tryb wyboru przedstawicieli studentów i doktorantów określą odpowiednio regulaminy samorządu studentów i doktorantów. Podstawową zmianą jest już opisane wcześniej przesunięcie kompetencji wyboru kandydatów na rektora na radę uczelni. Ustawa pozostawia tutaj możliwość wskazania dodatkowych kandydatów, na przykład przez kolegium elektorów, o ile taką możliwość będzie dopuszczał statut uczelni; jednakże tacy kandydaci podlegają obowiązkowi zaopiniowania przez senat.

## 4. Zakończenie

Podsumowując, celem artykułu było ukazanie podstawowych zmian w organizacji uczelni publicznych, oraz analizę skutków, jakie mogą one wywrzeć w funkcjonowaniu publicznych szkół wyższych w Polsce w najbliższej przyszłości.

Odnosząc się do pozycji samorządu studentów w zarządzaniu uczelnią wyższą i jego znaczeniu w organach ustrojowych uczelni, wskazać należy, że w nowej ustawie studenci mają szansę w istotny sposób wpływać na uczelnię, na której się kształcą. Niemniej jednak, jeśli nie będą aktywni w trakcie prac nad statutem, mogą zostać łatwo zmarginalizowani i ograniczeni do zasiadania tylko w podstawowych organach przewidzianych przez ustawę. Zwiększenie autonomii uczelni, postulowane przez autorów projektu ustawy w trakcie prac nad nową regulacją, jest w praktyce powiązane z istotną centralizacją władzy na uczelniach (m.in. ze względu na wyłączną kompetencję rektora do przedstawiania projektu nowego statutu). W praktyce, obecni rektorzy (o ile zbiorą odpowiednią większość) będą mogli dowolnie zmienić organizację wewnętrzną swoich uczelni. Niewątpliwie jest to niekorzystnie z punktu widzenia zasad samorządności akademickiej uczelni wyższych.

Podobny trend (centralizacja) będzie można zauważyć w organizacji samorządów studenckich, które będą musiały przygotować nowe regulaminy samorządów oraz dostosować się do nowej struktury organizacyjnej uczelni czy nowych kompetencji poszczególnych organów. Należy także wspomnieć, że w swych założeniach nowa ustawa zdecydowanie przenosi akcent z dydaktyki i kwestii studenckich na badania i kwestie organizacyjne. Dobrym przykładem może być tutaj liczba użycia słów „studenci" oraz „studenckie" — w poprzedniej ustawie pierwsze z nich zostało użyte 16, drugie 200 razy. Obecnie jest to odpowiednio jedynie 7 oraz 102 razy.

Reasumując, w najbliższych miesiącach uczelniani legislatorzy, pracujący nie tylko w komisjach senackich czy zespołach rektorskich, ale również ci będący studentami i doktorantami, będą musieli poświęcić wiele pracy, by w tak krótkim czasie dostosować szereg różnych aktów prawnych w celu zapewnienia ich zgodności wewnętrznej. Czas i praktyka pokażą, jaki będzie efekt tego procesu. Pozostaje wyrazić nadzieję, żeby reforma faktycznie przyniosła postulowaną poprawę.

---

[1] Dz. U. 2018 poz. 1668.

[2] Dz. U. 2005 nr 164, poz. 1365.

[3] Dz. U. 2005 nr 164, poz. 1365.

[4] Dz. U. 1990 nr 65, poz. 385.

[5] Dz. U. 2018 poz. 1668.

[6] http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2446&fbclid=IwAR2JvSMY-tZ9Uve5ndo9qlyod0nZT_Nxgn8NlUeK35nUomuPhWz12LE88zM; (dostęp: 25.02.2019).

[7] Dz. U. 2018 poz. 1668.

[8] Dz. U. 2018 poz. 1668.

[9] Dz. U. 2018 poz. 1668.

[10] https://www.uj.edu.pl/documents/10172/140938992/STATUT_projekt+wstepny_wersja_ujednolicona.pdf/9116f312-07c2-41d4-ade8-a5ead5fe8dc5?fbclid=IwAR2hEA4fihgjxa3xxbEkl1EuNEVsLLv4K0oM6x4EpE7AOJVgbgOgDiocMRI; (dostęp: 25.02.2019).

[11] Uprawnienia rady uczelni zostały znacząco ograniczone w trakcie prac legislacyjnych względem pierwotnego projektu ustawy, który wpłynął do Sejmu 5 kwietnia 2018 r., por. Sejm VIII kadencji, druk sejmowy nr 2446.

[12] https://www.uj.edu.pl/documents/10172/140938992/STATUT_projekt+wstepny_wersja_ujednolicona.pdf/9116f312-07c2-41d4-ade8-a5ead5fe8dc5?fbclid=IwAR2hEA4fihgjxa3xxbEkl1EuNEVsLLv4K0oM6x4EpE7AOJVgbgOgDiocMRI; (dostęp: 25.02.2019).

## Bibliografia

Izdebski, H., Zieliński, J. M. (2019). *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.

Jarentowski, M (2018). Nowe regulacje prawa o szkolnictwie wyższym i nauce. *Przegląd Prawa Publicznego*, (11).

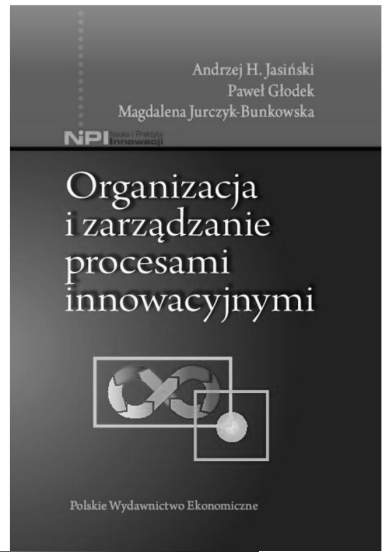
Uzasadnienie do projektu ustawy „Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce" z dnia 20 lipca 2018 roku. Sejm VIII kadencji, druk 2668.

PWE poleca

serię „Nauka i Praktyka Innowacji"

www.pwe.com.pl

Seria będzie stanowić pierwsze w Polsce, a także w Europie kompendium wiedzy na temat innowacji. Poszczególne książki tego cyklu obejmują całościowe wykłady wraz z licznymi przykładami praktycznymi. Są one przeznaczone w równym stopniu dla studentów, jak i dla praktyków. Trudu przygotowania tego cyklu podjęło się 13 profesorów i 14 doktorów reprezentujących 15 uczelni.



TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.31

# Przekroczenie granic obrony koniecznej pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu (art. 25 § 3 k.k.), a zabójstwo pod wpływem silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami (art. 148 § 4 k.k.) – wzajemne relacje

## The exceeding of limits of necessary self-defence under the influence of fear or agitation justified by the circumstances of the attack (article 25 § 3 of the Penal Code), and murder under the influence of strong agitation justified by circumstances (article 148 § 4 of the Penal Code) — mutual relations

***mgr Łukasz Raj***

E-mail: adwokat.raj@wp.pl

**Streszczenie**

Autor omawia wzajemne relacje zachodzące pomiędzy przekroczeniem granicy obrony koniecznej pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu a zabójstwem pod wpływem silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami. Autor dochodzi do wniosku, że pojęcie „wzburzenie" użyte w art. 25 § 3 k.k. jest pojęciem o szerszym zakresie znaczeniowym, niż „silne wzburzenie", o którym mowa w art. 148 § 4 k.k. Zdaniem autora na gruncie Kodeksu karnego uzasadniony jest podział na strach i lęk. Strach występuje wtedy, kiedy istnieją realne przyczyny mogące zagrażać nam, naszym najbliższym, znajomym, ojczyźnie. Lęk to niepokój, napięcie psychiczne nieuzasadnione sytuacją. Art. 25 § 3 k.k. dotyczy strachu, a nie lęku. Autor uważa, że art. 25 § 3 k.k. jest sprzeczny z art. 32 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., albowiem narusza konstytucyjną zasadę równości wyrażoną w tym przepisie. Autor proponuje wykreślenie art. 25 § 3 z kodeksu karnego, przedstawiając jednocześnie propozycję nowelizacji art. 25 § 2 i 2a kodeksu karnego.

**Słowa kluczowe:** przekroczenie granic obrony koniecznej, zabójstwo pod wpływem silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami, strach, lęk, wzburzenie.

**Summary**

The author discusses mutual relations between exceeding of limits of necessary self-defence under the influence of fear or agitation justified by the circumstances of the attack and murder under the influence of strong agitation justified by circumstances. The author concludes that the concept of "agitation" used in art. 25 § 3 Penal Code is a concept with a broader meaning than "strong agitation" referred to in art. 148 § 4 Penal Code. According to the author, the division into "fear" and "anxiety" is justified under the Penal Code. "Fear" occurs when there are real reasons that may threaten us, relatives, friends, homeland. "Anxiety" is disquiet, psychological tension unjustified by the situation. Art. 25 § 3 Penal Code it concerns fear, not anxiety. The author believes that art. 25 § 3 Penal Code is contrary to art. 32 of the Constitution of the Republic of Poland of April 2, 1997, because it violates the constitutional principle of equality expressed in this provision. The author proposes deleting art. 25 § 3 from the Penal Code, presenting at the same time the proposal to amend art. 25 § 2 and 2a of the Penal Code.

**Key words:** the exceeding of limits of necessary self-defence, murder under the influence of strong agitation justified by circumstances, fear, anxiety, agitation.

## 1. Wprowadzenie

Celem niniejszego artykułu jest zaprezentowanie wzajemnych relacji zachodzących pomiędzy art. 25 § 3 k.k., a art. 148 § 4 k.k., a także zaproponowanie rozwiązania wątpliwości pojawiających się w tej materii.

Art. 25 § 3 k.k. stanowi, iż nie podlega karze, kto przekracza granice obrony koniecznej pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu.

Według art. 148 § 4 k.k. odpowiedzialności karnej podlega ten, kto zabija człowieka pod wpływem silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami.

Porównując te przepisy ze sobą prima facie widać, że:

1. Art. 148 § 4 k.k. używa określenia „silne wzburzenie", natomiast art. 25 § 3 k.k. używa określenia „wzburzenie" bez określenia jego stopnia nasilenia,

2. Art. 25 § 3 k.k. posługuje się dodatkowo terminem „strach", który musi być usprawiedliwiony okolicznościami, jeżeli ekscedent chce skorzystać z dobrodziejstwa tego przepisu — niepodlegania karze.

## 2.Wzajemny stosunek pomiędzy „wzburzeniem" z art. 25 § 3 k.k. a pojęciem „silnego wzburzenia" z art. 148 § 4 k.k.

Wobec powyższego pojawia się problem, jaki jest wzajemny stosunek pomiędzy „wzburzeniem" z art. 25 § 3 k.k. a pojęciem „silnego wzburzenia" z art. 148 § 4 k.k.

Można przyjąć dwie opcje interpretacyjne. Według pierwszej z nich, są to pojęcia tożsame. Według drugiej opcji, pojęcie „wzburzenia" użyte w art. 25 § 3 k.k. jest pojęciem o szerszym zakresie znaczeniowym, niż „silne wzburzenie", o którym mowa w art. 148 § 4 k.k.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że na gruncie art. 148 § 4 k.k. powszechnie utożsamia się „silne wzburzenie" z tzw. afektem fizjologicznym[1]. Klarowną definicję silnego wzburzenia przedstawiła Komisja Kodyfikacyjna z 1932 r. Według tej Komisji silne wzruszenie[2] było tożsame z tzw. afektem fizjologicznym, który został scharakteryzowany jako *stan psychiczny, w którym procesy emocjonalne zyskują przewagę nad intelektem, a sprawca działa pod wpływem dominujących emocji przy wyraźnym ograniczeniu kontrolującej działalności rozumu*, a także, iż *sędzia w każdym wypadku będzie musiał stwierdzić, że stopień tego wzruszenia oraz jego stosunek do popełnionego zabójstwa były tego rodzaju, że wpłynęły w sposób decydujący na sprawcę, który bez tego wzruszenia nie byłby zabójstwa popełnił*[3].

W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że silne wzburzenie to stan psychiczny tak silnego oburzenia stanowiącego sprzeciw faktom, które dotykają daną osobę, że emocje biorą zdecydowanie przewagę nad intelektem przy wyraźnym ograniczeniu kontrolującej działalności rozumu[4]. Silne wzburzenie — to stan emocjonalny wywołany czynnikami zewnętrznymi, będący wynikiem indywidualnych odczuć, zależnych od odporności psychicznej człowieka, temperamentu, umiejętności panowania nad sobą i innych wrodzonych lub nabytych właściwości. Dlatego też sam fakt istnienia okoliczności mogących obiektywnie taki stan wywołać nie może automatycznie powodować przyjęcia silnego wzburzenia[5]. Wykładnia okoliczności usprawiedliwiających silne wzburzenie zupełnie jednoznacznie prowadzi do wniosku, że chodzi tu o sferę zewnętrzną w stosunku do sprawcy czynu. O ile bowiem silne wzburzenie jest stanem psychicznym występującym u sprawcy a polegającym na przewadze emocji nad intelektem, co w efekcie prowadzi do ograniczenia kontrolującej funkcji rozumu, o tyle przyczyn tego stanu upatruje się w gwałtownej reakcji na czynniki znajdujące się poza osobą sprawcy[6].

W podobnym tonie wypowiedział się również Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 8 maja 2012 r., sygn. II AKa 47/12. Według tego Sądu, *istotą silnego wzburzenia jest stan psychiczny, w którym procesy emocjonalne zyskują przewagę nad intelektem do tego stopnia, iż sprawca działa pod wpływem emocji przy ograniczonej funkcji kontrolnej rozumu. Silne wzburzenie, o którym mowa w art. 148 § 4 KK to proces emocjonalny przeżywany jako tzw. afekt fizjologiczny. Tak zdefiniowany stan emocjonalny wywołany określonym czynnikiem zewnętrznym stanowi wynik indywidualnych odczuć sprawcy, zależnych od jego odporności psychicznej, temperamentu, umiejętności, panowania nad sobą oraz innych wrodzonych lub nabytych właściwości indywidualnych.*

Afekt fizjologiczny odróżnić należy od tzw. afektu patologicznego.

Afekt patologiczny należy do krótkotrwałych stanów psychotycznych, stanowi więc epizod chorobowy. Podłożem afektu patologicznego jest najczęściej uszkodzenie mózgowia. Klinicznie afekt patologiczny charakteryzuje się zwężeniem pola świadomości, zaburzeniami o cechach stanu pomrocznego. Typowe objawy to:

– nagły początek; afekt patologiczny występuje jako reakcja na bodziec sytuacyjny, jakim może być np. kłótnia, obraza itp., ale gwałtowność i siła działania są w rażący sposób niewspółmierne w stosunku do bodźca;

– burzliwy przebieg z silnym wyładowaniem ruchowym i często niszczeniem rzeczy znajdujących się w zasięgu ręki, w czym znajduje wyraz typowe dla afektu patologicznego działanie agresywne;

– objawy wegetatywne bardzo silnie wyrażone;

– krótki czas trwania;

– silne znużenie po wygaśnięciu afektu prowadzące zwykle do snu;

– całkowita niepamięć (lub wyspy pamięciowe), czasem niepamięć wsteczna[7].

Wystąpienie afektu patologicznego *tempore criminis*, która ta okoliczność powinna zostać stwierdzona stosowną opinią dwóch biegłych lekarzy psychiatrów (vide art. 202 § 1 k.p.k.)[8], może spowodować konieczność zastosowania przez Sąd orzekający w sprawie art. 31 § 1 k.k. bądź art. 31 § 2 k.k., w zależności od wniosków takiej opinii, choć nie zawsze ustalenie ograniczonej poczytalności, która może wystąpić w zróżnicowanym stopniu, uzasadnia nadzwyczajne złagodzenie kary (Król, 2009, s. 51).

Dodać przy tym należy, że jeden i ten sam mankament psychiki sprawcy występujący w chwili popełnienia czynu przestępnego, nie może być na jego korzyść uwzględniony

podwójnie, raz jako przesłanka kwalifikacji prawnej czynu z art. 148 § 4 k.k., a po raz drugi jako podstawa do uznania, że został on popełniony w warunkach art. 31 § 2 k.k.. Przyjęcie, że sprawca zbrodni zabójstwa dopuścił się w stanie silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami oraz w stanie ograniczonej w stopniu znacznym poczytalności, jest możliwe tylko wówczas, kiedy silne wzburzenie wywołane zostało okolicznościami innymi od tych, które spowodowały stan ograniczonej poczytalności w stopniu znacznym[9].

Wydaje się, że pojęcie „wzburzenie" użyte w art. 25 § 3 k.k. jest pojęciem o szerszym zakresie znaczeniowym, niż „silne wzburzenie", o którym mowa w art. 148 § 4 k.k. Wskazuje na to użycie w art. 148 § 4 k.k. przymiotnika „silne", które wskazywać ma na stopień nasilenia wzburzenia. Gdyby ustawodawca chciał, żeby pojęcia te były tożsame, to użyłby w art. 25 § 3 k.k. pojęcia „silnego wzburzenia". Tak się jednak nie stało. Z tego też względu nie można utożsamiać „wzburzenia" z art. 25 § 3 k.k. z afektem fizjologicznym (silnym wzburzeniem). Art. 25 § 3 k.k. dotyczy bowiem również tych przypadków, gdzie występujące wzburzenie u ekscedenta nie było silne, a pomimo tego było usprawiedliwione okolicznościami zamachu[10]. W efekcie wzburzenie można zdefiniować jako stan psychiczny podniecenia, zdenerwowania, stan, w którym przeżycia emocjonalne górują nad przeżyciami intelektualnymi (Teleszewska, 2013, s. 1308), jednak stopień takiego stanu psychicznego nie musi być silny i tożsamy z afektem fizjologicznym.

## 3. Strach a lęk

Art. 25 § 3 k.k. używa pojęcia „strach", które nie występuje w art. 148 § 4 k.k. Niemniej jednak „silne wzburzenie" u sprawcy czynu zabronionego z art. 148 § 4 k.k. może zostać wywołane pod wpływem strachu, co w konsekwencji może być jedną z okoliczności usprawiedliwiających w świetle art. 148 § 4 k.k.

W mojej ocenie, uzasadniony jest podział na „strach" i „lęk". Pojęcia te nie są tożsame, zaś podział ten ma istotne znaczenie praktyczne.

„Strach" występuje wtedy, kiedy istnieją realne przyczyny mogące zagrażać nam, naszym najbliższym, znajomym, ojczyźnie itp. Strach występuje przede wszystkim w sytuacjach bezpośredniego zagrożenia[11].

Lęk to niepokój, napięcie psychiczne nieuzasadnione sytuacją. W licznych przypadkach lęk sprzęga się z urojeniami prześladowczymi lub winy, grzeszności i z omamami o zbliżonej treści. Często lęk występuje także jako jeden z objawów stanów pomrocznych, majaczeniowych i innych zespołów zaburzeń świadomość (Jarosz, 2000, s. 83).

Wydaje się, że na gruncie polskiego prawa karnego występuje rozróżnienie na strach i lęk, czego najlepszym przykładem jest art. 25 § 3 k.k. W przepisie tym, użyto pojęcia „strach", nie zaś „lęk". Przekroczenie granic obrony koniecznej nie może więc nastąpić pod wpływem lęku usprawiedliwionego okolicznościami zamachu. Realną przyczyną wywołującą strach jest bezpośredni bezprawny zamach na jakiekolwiek dobro chronione prawem (vide art. 25 § 1 k.k.). Jeżeli przekroczenie granic obrony koniecznej następuje pod wpływem lęku, który to stan psychiczny nie jest związany z realnie istniejącym stanem zagrożenia, występuje przypadek tzw. urojonej obrony koniecznej, która obroną konieczną nie jest[12]. W takiej sytuacji nie znajdzie zastosowania ani art. 25 § 2 ani art. 25 § 3 k.k., ponieważ w ogóle nie zaistniało przekroczenie granic obrony koniecznej ani tym bardziej działanie w jej warunkach.

Na gruncie art. 148 § 4 k.k. stan silnego wzburzenia powinien być usprawiedliwiony okolicznościami, w przeciwieństwie do art. 25 § 3 k.k., który stanowi o okolicznościach usprawiedliwionych okolicznościami zamachu. Art. 148 § 4 k.k. ujmuje więc szerzej te okoliczności, nie łącząc ich z okolicznościami zamachu. Jeżeli przyczyną stanu silnego wzburzenia był lęk i w tym stanie doszło do zabójstwa człowieka, to przyjąć należy, że ta przyczyna stanu silnego wzburzenia była realnie nieistniejąca, ergo stanu silnego wzburzenia nie można uznać za usprawiedliwionego okolicznościami.

Sprawca działający w warunkach określonych przez art. 25 § 3 k.k. nie podlega karze co skutkuje umorzeniem postępowania karnego niezależnie od jego etapu[13]. Dodać przy tym należy, że przywilej niepodlegania karze przewidziany w tym przepisie odnosi się jedynie do ekscesu intensywnego oraz ekstensywnego w formie *defensio subsequens*, jako że ustawodawca mówi tu o „usprawiedliwieniu okolicznościami zamachu", co wyklucza *defensio antecedens*, tam bowiem zamach jeszcze nie powstał[14].

## 4. Przekroczenie granic obrony koniecznej z jednoczesnym wypełnieniem znamion czynu zabronionego z art. 148 § 4 k.k.

Pojawia się w tym miejscu problem, jak należałoby rozstrzygnąć sytuację, w której sprawca przekraczając granice obrony koniecznej wypełnia znamiona czynu zabronionego z art. 148 § 4 k.k., co oznacza, że działa pod wpływem silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami zamachu. Wydaje się, że w takiej sytuacji, przesądzające znaczenie ma ustalenie, czy sprawca działa z zamiarem obrony koniecznej. Jeżeli takie ustalenie zostało poczynione, to organy postępowania karnego powinny podjąć decyzję o zastosowaniu art. 25 § 3 k.k. i w efekcie o umorzeniu postępowania karnego[15]. Jeżeli sprawca nie działa z zamiarem obrony koniecznej, tylko z zamiarem pozbawienia życia człowieka, pod wpływem silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami, zastosowanie art. 25 § 3 k.k. wydaje się wykluczone. Dodać przy tym należy, że stan silnego wzburzenia sprawcy w stosunku do osoby trzeciej działającej w obronie koniecznej, która w niczym nie przyczyniła się do wywołania tego stanu, nie może być żadną miarą uznany za „usprawiedliwiony okolicznościami"[16].

O tym, że działanie z zamiarem obrony koniecznej — czyli z zamiarem odpierania bezpośredniego bezprawnego zamachu na zaatakowane dobro prawne przez napastnika, jest kluczowe i warunkuje zastosowanie art. 25 § 3 k.k., przekonują trzy orzeczenia wydane przez Sąd Apelacyjny we Wrocławiu.

W wyroku z dnia 18 października 2017 r., sygn. II AKa 279/17 Sąd Apelacyjny we Wrocławiu stwierdził, że *warunkiem pod-*

*miotowym obrony koniecznej jest świadomość zamachu i wola obrony. Obrona jest traktowana jako konieczna wtedy, gdy służy odparciu zamachu bezprawnego i bezpośredniego. Musi być podjęta odpowiednio do zagrożenia i w granicach konieczności dla ratowania zagrożonego dobra.* W przedmiotowej sprawie w ogóle nie było podstaw do przypisania oskarżonemu działania w warunkach obrony koniecznej bądź też uznania, że oskarżony granice te przekroczył (art. 25 § 2 k.k. lub § 3 k.k.), ponieważ jak ustalił Sąd Apelacyjny, *oskarżony zadając pokrzywdzonemu cios nożem kuchennym w jamę brzuszną ze średnią siłą, miał zamiar spowodowania u ofiary ciężkich obrażeń ciała.*

W wyroku z dnia 29 grudnia 2017 r., sygn. II AKa 381/17, Sąd Apelacyjny we Wrocławiu stwierdził, że jeśli oskarżona działałaby w obronie koniecznej, to miała do tego prawo, bo prawem osoby zaatakowanej i bezpośrednio zagrożonej przestępstwem jest skuteczne powstrzymanie napastnika. Jeżeli jednak oskarżona sama zainicjowała rękoczyny, dążąc do starcia polegającego na wzajemnym zadawaniu ciosów i podejmując dobrowolnie wzajemną walkę, to nie można uznać, że należy ją objąć ochroną prawną, jako osoby działającej w sytuacji uzasadniającej obronę konieczną.

W wyroku z dnia 16 maja 2018 r., sygn. II AKa 86/18, Sąd Apelacyjny doszedł do przekonania, że *w stosunku do oskarżonego ujawnione na rozprawie głównej dowody pozwalają na uznanie (ustalenie), że jego wzburzenie było powodem przekroczenia granic obrony koniecznej. Okoliczności zamachu na wolność osobistą, życie i zdrowie oskarżonego oraz na mir domowy tłumaczą (uzasadniają) wywołanie u niego wzburzenia, które przesądziło o sposobie odparcia przez niego zamachu. W takim stanie rzeczy, postępowanie o czyn przypisany oskarżonemu w zaskarżonym wyroku należało umorzyć, wobec niepodlegania oskarżonego karze, tj. na podstawie art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k.*

## 5. Kwestia usprawiedliwienia stanu „wzburzenia" (art. 25 § 3 k.k.) i „silnego wzburzenia" (art. 148 § 4 k.k.)

*De lege lata* w przypadku relacji zachodzących pomiędzy art. 25 § 3 k.k. i art. 148 § 4 k.k. pojawia się problem ustalenia czy stan „wzburzenia" lub „silnego wzburzenia" jest rzeczywiście w konkretnej sytuacji usprawiedliwiony. Są bowiem ludzie, którzy z natury są bardziej bojaźliwi bądź strachliwi. W sytuacji zagrożenia mogą reagować strachem lub wzburzeniem, co niekoniecznie musi wiązać się z działaniem w warunkach obrony koniecznej.

M. Szafraniec wskazała, że sprawca mający osobowość o cechach neurotycznych, a więc charakteryzujący się obniżoną odpornością emocjonalną, zareaguje gwałtownie i wybuchowo nawet w błahej sytuacji, a zatem nieadekwatnie do działającego pobudzenia emocjonalnego. Z kolei sprawca nieposiadający osobowości neurotycznej w podobnej sytuacji zareaguje inaczej, tzn. nieneurotycznie (Szafraniec, 2004, s. 141).

Z tego też względu słuszny wydaje się pogląd wyrażony przez Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 29 września 2005 r., sygn. II AKa 169/05, że nie można pominąć jednostkowej podatności sprawcy na doznanie strachu lub wzburzenia, zatem znaczenie w ocenie mają nie tylko przesłanki natury obiektywnej (wzorzec przeciętnego obywatela — zob. A. Zoll, 1998, s. 230), ale i właściwości psychiczne sprawcy[17].

Również w cytowanym wyżej wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 29 grudnia 2017 r., Sąd Apelacyjny doszedł do przekonania, że to cechy osobowości oskarżonej, zwłaszcza jej podatność do działań impulsywnych, które mógł pogłębiać alkohol wypity przed zdarzeniem (0,95 promila w wydychanym powietrzu), uwypuklone odhamowującym działaniem alkoholu, mogły być powodem uderzenia nożem konkubenta, a nie działanie w warunkach obrony koniecznej.

Właściwości psychiczne sprawcy mają więc istotne znaczenie dla prawidłowego zastosowania przez Sąd orzekający w sprawie art. 25 § 3 k.k.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 lutego 2007 r., sygn. WA 6/07 wypowiedział pogląd, że *bezpośredni, bezprawny i rzeczywisty zamach na dobro chronione i niezbędność podjęcia obrony koniecznej dla odparcia tego zamachu powoduje zawsze stan pewnego wzburzenia psychicznego, obawy czy zdenerwowania i trudno wyobrazić sobie bezprawny zamach, który nigdy nie wzbudzałby u zaatakowanego strachu i wzburzenia*[18]. Fakt ten nie oznacza jednak, że w każdym przypadku zostają wówczas spełnione warunki określone w art. 25 § 3 k.k.

Pogląd ten nie jest właściwy. Możliwe jest przecież, że przekroczenia granic obrony koniecznej dokona osoba odważna i opanowana, której obce są uczucia strachu lub wzburzenia, bądź też w konkretnym stanie faktycznym nie było powodów do przejawienia takich uczuć. Poza tym, gdyby uznać powyższy pogląd za trafny, to istnienie art. 25 § 2 k.k. pozbawione byłoby sensu[19].

Pojawia się więc pytanie, czy do zastosowania art. 25 § 3 k.k. wystarczy, żeby osoba przekraczająca granice obrony koniecznej znajdowała się w stanie wzburzenia lub strachu wywołanego zamachem.

A. Marek odpowiadając na to pytanie, stwierdził, że konieczne jest ustalenie, że — po pierwsze — przekroczenie granic obrony koniecznej było wynikiem wzburzenia lub strachu, przy których braku sprawca z dużym prawdopodobieństwem nie dopuściłby się owego przekroczenia. Po drugie, musi być ustalone, iż strach i wzburzenie przekraczającego granice obrony koniecznej i jego ekscesywne działanie były usprawiedliwione okolicznościami zamachu. (Marek, 2008, s. 159).

Jeżeli zaś Sąd orzekający w sprawie dokona ustalenia i oceny w sprawie, że przyczyną przekroczenia granic obrony koniecznej nie był strach lub wzburzenie usprawiedliwione okolicznościami zamachu, w rozumieniu art. 25 § 3 k.k., to w takiej sytuacji uwzględnić należy niepowtarzalne okoliczności każdego wypadku, w tym także to, kto działa w obronie koniecznej[20].

## 6. Wzajemne relacje zachodzące pomiędzy art. 25 § 2 k.k. a art. 25 § 3 k.k.

Porównując ze sobą art. 25 § 3 k.k. z art. 25 § 2 k.k. widać wyraźnie, że choć oba przepisy dotyczą przekroczenia granic obrony koniecznej, to skutki przekroczenia tych granic są od-

mienne. W przypadku art. 25 § 2 k.k. Sąd może zastosować wobec ekscedenta nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia, zaś w przypadku art. 25 § 3 k.k. ekscedent w ogóle nie podlega karze[21]. Różnice w skutkach zastosowania tych przepisów są kolosalne, albowiem w przypadku przekroczenia granic obrony koniecznej pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu, ekscedent w ogóle nie bierze udziału w postępowaniu karnym, a nawet jeżeli do procesu dojdzie, to Sąd orzekający w sprawie obowiązany jest postępowanie karne umorzyć. Dodać do tego należy, że zastosowanie art. 25 § 3 k.k. przez Sąd w przypadku spełnienia przesłanek przewidzianych w tym przepisie jest obligatoryjne i wiąże się z niekaralnością ekscedenta.

Przekroczenie granic obrony koniecznej, które nie było związane ze wzburzeniem lub strachem usprawiedliwionym okolicznościami zamachu, w najlepszym przypadku skutkuje odstąpieniem od wymierzenia kary przez Sąd, co nie wiąże się przecież z niekaralnością sprawcy[22].

W piśmiennictwie wkrótce po wejściu w życie art. 25 § 3 k.k. wyrażono pogląd, że przepis ten zawiera swoistą „dyskryminację" ludzi odpierających bezpośredni zamach przestępczy, którzy należą do kategorii osób bardzo odważnych i opanowanych. Dążąc do realizacji skutecznej obrony, przekraczają jej granice. Dlaczego nie mieliby korzystać z obligatoryjnego odstąpienia przez sąd od wymierzenia kary[23], dlatego, że nie bali się napastnika i bronili się „bez wzburzenia"? (Daszkiewicz, 2000, s. 202)

Powyższe pytanie zadane przez K. Daszkiewicz należy potraktować jako retoryczne, ponieważ *de lege lata* nie ma na nie odpowiedzi. Wydaje się, że art. 25 § 3 k.k. jest sprzeczny z art. 32 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.[24], albowiem narusza konstytucyjną zasadę równości wyrażoną w tym przepisie. Jeżeli bowiem osoba odważna i opanowana odpierając bezpośredni i bezprawny zamach na jakiekolwiek dobro chronione prawem przekroczy granice obrony koniecznej to *de lege lata* wobec takiej osoby zostaje wszczęte postępowanie karne, które może skończyć się wydaniem wyroku skazującego. Wobec osoby bojaźliwej i wzburzonej w tożsamej sytuacji ustawodawca przewiduje *de lege lata* okoliczność wyłączającą ściganie w postaci niepodlegania karze, co jest równoznaczne z niewszczynaniem postępowania karnego, ewentualnie jego umorzeniem, jeżeli takowe zostało wszczęte. *De lege lata* opanowana i odważna osoba przekraczająca granice obrony koniecznej jest traktowana przez polskiego ustawodawcę jak przestępca, nawet w przypadku, gdy Sąd odstąpi od wymierzenia kary.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego, jak i sądów powszechnych wykształcił się słuszny pogląd, że instytucja obrony koniecznej ma na celu nie tylko ochronę dobra bezprawnie i bezpośrednio zaatakowanego, ale również kształtowanie zasady, że prawo nie powinno ustępować przed bezprawiem[25]. Napadnięty ma prawo do obrony skutecznej, w związku z czym napastnika obciąża ryzyko szkodliwych dla niego następstw swego zamachu. Dlatego oceniając to zdarzenie nie można sugerować się rozmiarami jego następstw.[26] W efekcie *de lege ferenda* w każdym przypadku przekroczenia granic obrony koniecznej ekscedent nie powinien podlegać karze, chyba, że przekroczenie granic obrony koniecznej było rażące.

Rozwiązaniem zaprezentowanego problemu niezgodności art. 25 § 3 k.k. z art. 32 Konstytucji, byłoby wykreślenie artykułu 25 § 3 k.k., zaś sytuacje określone w tym przepisie powinny zostać objęte przez art. 25 § 2 i 2a k.k. w zmienionym brzmieniu[27].

---

[1] Odmiennie S. Cora (Cora, 1973, s. 1027) i J. K. Gierkowski (Gierkowski, 1995 s. 110). Według tych autorów, stan silnego wzburzenia jest pojęciem szerszym niż afekt fizjologiczny, ponieważ istnieją pewne stany psychiczne, które charakteryzują się silną przewagą emocji nad intelektem, a jednocześnie nie są związane z gwałtownym i wybuchowym zachowaniem. Poglądy te, choć są interesujące z psychologicznego punktu widzenia, jednakże są zupełnie nieprzydatne z punktu widzenia postępowania karnego i właściwej oceny przez Sąd tego typu procesów zachodzących w świadomości sprawcy. Możliwość sporządzenia opinii przez biegłych psychologów lub psychiatrów, niczego tu moim zdaniem nie zmienia, ponieważ niezmiernie trudno dokonać jest oceny stanów psychicznych, które nie ujawniają się w formie gwałtownego wyładowania reakcji uczuciowej. Uprzywilejowanie z art. 148§4 k.k. zarezerwować należy tylko dla stanów emocjonalnych najbardziej rażąco rzucających się w oczy. Podobnie H. Popławski (Popławski, 1980, s. 9).

[2] Zgodnie z art. 225 § 2 k.k. z 11 lipca 1932r., „Kto zabija pod wpływem silnego wzruszenia, podlega karze więzienia do lat 10". Pojęcia „wzruszenia"i „wzburzenia" (z art. 148 § 4 k.k.) oznaczają to samo. Chodzi bowiem zawsze o ten sam afekt fizjologiczny, pod wpływem, którego sprawca zabija człowieka, niezależnie od tego jak się go nazwie.

[3] Podaję za A. Gubiński (Gubiński, 1961, s. 17). Tytułem przykładu na utożsamienie afektu fizjologicznego ze stanem silnego wzburzenia wskazać należy na wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 30 grudnia 1991 r., sygn. II AKr 221/91, gdzie Sąd Apelacyjny stwierdził, że silne wzburzenie (afekt) usprawiedliwione okolicznościami stanowi w systemie polskiego prawa karnego ustawowe znamię tylko jednego przestępstwa, a mianowicie zabójstwa z art. 148 § 2 k.k. (obecnie § 4 — przyp. mój — Ł.R.). Podobnie orzekł Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z 28 lutego 2001 r., sygn. II AKa 19/01, według którego to Sądu zastosowanie art. 148 § 4 KK wymaga między innymi ustalenia, że u sprawcy wystąpiło „silne wzburzenie" rozumiane jako afekt fizjologiczny. Tożsamy pogląd wypowiedział SN w postanowieniu z 29 maja 2003 r., sygn. III KK 74/03. Zgodnie z poglądem wypowiedzianym przez SN w tym postanowieniu, „analiza działań emocjonalnych, za pomocą których sprawca wypełnił ustawowe znamiona przestępstwa, powinna być trójfazowa. Pierwsza faza wiąże się z szukaniem odpowiedzi na pytanie czy podstawę tego działania stanowił afekt. W drugiej chodzi o ustalenie okoliczności wyjaśniających afekt, a zatem o odpowiedź na pytanie dlaczego sprawca zareagował afektem. W trzeciej fazie dokonuje się ocen etycznych i na ich podstawie i na ich podstawie ustala się okoliczności usprawiedliwiające lub nie afekt. "

[4] Wyrok SN z 11 grudnia 1978 r., sygn. II KR 268/78.

[5] Wyrok SN z 28 czerwca 1978 r., sygn. V KR 100/78.

[6] Postanowienie SN z 26 listopada 2009 r., sygn. IV KK 128/09.

[7] Podaję za M. Jarosz (Jarosz, 2000, s. 83).

[8] Podobnie Sąd Najwyższy w wyroku Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z 11 maja 1970 r., sygn. V KRN 109/70. Warto dostrzec, że według poglądu SN wyrażonego w tym wyroku dowód z opinii biegłych lekarzy psychiatrów powinien zostać dopuszczony również w przypadku wystąpienia u oskarżonego afektu fizjologicznego. Odmiennie SN w wyrokach z 3 grudnia 1970 r., IV KR 227/70 oraz z 9 sierpnia 1971 r., sygn. I KR 135/71, gdzie przyjęto, iż ustalenie czy oskarżony działał w stanie silnego wzruszenia może być dokonane przez sąd bez potrzeby uciekania się do pomocy biegłego. Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z 9 października 2012 r., sygn. II AKa 329/12, stwierdził, że optymalnym rozwiązaniem w sprawach o zabójstwo, w którym niezbędne jest wyjaśnienie kwestii silnego wzburzenia jest przeprowadzenie dowodu z ekspertyzy kompleksowej, wykonanej przez zespół złożony z psychiatrów i psychologa. Poglądy wyrażone w cytowanych wyrokach znajdują zastosowanie w przypadku konieczności ustalenia przez Sąd, czy oskarżony przekraczając granice obrony koniecznej działał pod wpływem strachu usprawiedliwionego okolicznościami zamachu.

[9] Tak SN w postanowieniu z 7 marca 2008 r., sygn. V KK 355/07. Tożsamy pogląd wypowiedział Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 14 kwietnia 2005 r., sygn. II AKa 109/05 oraz Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z 9 marca 1999 r., sygn. II AKa 5/99.

[10] Wydaje się, że podobnie rozumie wzajemną relację tych pojęć Sąd Apelacyjny w Katowicach, który w uzasadnieniu wyroku z 1 grudnia 2000 r., sygn. II AKa 295/00 stwierdził, że dla zastosowania przepisu art. 25§ 3 k.k. stopień wzburzenia może być mniejszy, a zatem nie trzeba wymagać, by osiągnęło ono stopień natężenia właściwy afektowi, bowiem ustawodawca posłużył się w tym przypadku pojęciem „wzburzenia", a nie „silnego wzburzenia", jak w art. 148 § 4 k.k. Nie można jednak zgodzić się z tym Sądem, że wskazane wyżej pojęcia są w swej istocie tożsame.

[11] (Spett, 1991, s. 192). A. Marek wskazał (Marek, 2008, s. 161) z powołaniem się na naukę psychologii, że emocje odzwierciedlające stan zagrożenia (strach) powodować mogą reakcję asteniczną, charakteryzującą się ucieczką (strach paraliżujący, przerażenie), jak i steniczną, mobilizującą jednostkę do gwałtownej reakcji obronnej w postaci ataku na źródło zagrożenia (strach mobilizujący). Wydaje się, że na gruncie art. 25§3 k.k. podział ten nie ma znaczenia praktycznego, ponieważ istotna jest tylko reakcja steniczna w postaci ataku jednostki na źródło zagrożenia. W przypadku reakcji astenicznej charakteryzującej się ucieczką w ogóle nie dochodzi do działania w obronie koniecznej.

[12] Według Sądu Apelacyjnego w Krakowie (wyrok z 28 maja 1992 r., sygn. II AKr 62/92), instytucję obrony koniecznej stosuje się w sytuacji istnienia obiektywnie — a nie tylko w świadomości sprawcy — bezprawnego i bezpośredniego zamachu na dobra prawem chronione. Jeśli zagrożenie takie istnieje wyłącznie w świadomości sprawcy, może mieć zastosowanie tzw. urojona obrona konieczna, to jest błąd sprawcy w ocenie okoliczności istotnych dla jego zachowania, a przeto rozważaniu podlega, czy błąd ten był usprawiedliwiony. Pogląd ten jako słuszny, należy podzielić. Wyrok ten potwierdza, że stan zagrożenia bezprawnym i bezpośrednim zamachem na dobro chronione prawem musi być realnie istniejący.

[13] Zgodnie z art. 17§1 pkt. 4 k.p.k., nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, gdy ustawa stanowi, że sprawca nie podlega karze. Jeżeli okoliczność ta, która wyłącza ściganie zostanie stwierdzona po rozpoczęciu przewodu sądowego, to zgodnie z art. 414 § 1 k.p.k., Sąd wyrokiem umarza postępowanie.

[14] (Filar, 2006, s. 75), a także SN w wyroku z 6 listopada 2014 r., sygn. IV KK 157/14.

[15] W ten sposób problem ten rozstrzygnął Sąd Apelacyjny w Katowicach w cytowanym wyżej wyroku z 1 grudnia 2000 r. Sąd ten stwierdził, że skoro przekroczenie granic obrony koniecznej rodzące czyn karalny jest zachowaniem wyczerpującym dyspozycję przepisu art. 148 § 4 k.k., a więc zabójstwem popełnionym pod wpływem silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami, to tym samym ten stan przeżyć psychicznych sprawcy, czyli usprawiedliwione wzburzenie, musi rodzić na gruncie przepisu art. 25 § 3 k.k. decyzję o odstąpieniu od wymierzenia kary (obecnie o umorzeniu postępowania karnego — przyp. mój Ł.R.). W podobnym tonie wypowiedział się SN w wyroku z 29 września 1971 r., sygn. II KR 183/71, gdzie dopuścił na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r., przy wypełnieniu znamion z ówczesnego art. 148 § 2 k.k. (obecnie z art. 148 § 4 k.k.), możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet odstąpienia od jej wymierzenia, jeżeli stanowiło to jednocześnie przekroczenie granic obrony koniecznej. Dodać należy, że w Kodeksie karnym z 1969 r. nie było odpowiednika obowiązującego obecnie art. 25 § 3 k.k.

[16] Tak SN w wyroku z 30 listopada 1972 r., sygn. I KR 243/72. Podobnie również w wyroku z 14 stycznia 1975 r., III KR 330/74, gdzie SN przyjął, że „działanie pokrzywdzonego w obronie koniecznej, polegające na biciu napastników, jako działanie prawne, nie może być uznane za podstawę przyjęcia u napastnika silnego wzburzenia, i to usprawiedliwionego okolicznościami. ”

[17] Pogląd przeciwny wyrażony został w wyroku SN z 5 listopada 2002 r., sygn. II KKN 50/01, w którym to wyroku stwierdzono, że „ocena działania sprawcy pod wpływem strachu lub wzburzenia należy wyłącznie do sądu, który ma obowiązek wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności zdarzenia które strach ów mogą wywołać, przy czym „konieczne jest tu posłużenie się wzorowym obywatelem i sprawdzenie jak reagowałby taki obywatel w sytuacji w której znalazł się sprawca. ” Pogląd ten słusznie został skrytykowany przez A. Marka (Marek, 2008, s. 160). Krytycznie o koncepcji „wzorcowego obywatela” wypowiedziała się również M. Szafraniec (Szafraniec, 2004, s. 141 i s. 142) oraz M. Szczepaniec (Szczepaniec, 2000, s. 18).

[18] Podobnie T. Dukiet-Nagórska, która uważa, że trudno praktycznie wykazać w konkretnym przypadku, iż przekroczenie granic obrony koniecznej nie nastąpiło w wyniku działania czynnika strachu lub wzburzenia (Dukiet-Nagórska, 2010, s. 83). Pogląd ten podziela M. Teleszewska (Teleszewska, 2013, s. 1311). Odmiennie i trafnie P. Gensikowski, według którego nie każde przekroczenie granic obrony koniecznej zachodzi w wyniku strachu lub wzburzenia (...), a jeśli nawet to wymienione emocje nie zawsze można uznać za usprawiedliwione okolicznościami zamachu (Gensikowski, 2009, s. 135).

[19] Art. 25 § 2 k.k. nie dotyczy tylko przypadków, gdy przekroczenie granic obrony koniecznej nastąpiło w wyniku strachu lub wzburzenia nieusprawiedliwionych okolicznościami zamachu.

[20] Tak SN w cyt. wyżej wyroku z 22 lutego 2007 r.

[21] Art. 25 § 2a k.k., zgodnie z którym, nie podlega karze, kto przekracza granice obrony koniecznej, odpierając zamach polegający na wdarciu się do mieszkania, lokalu, domu albo na przylegający do nich ogrodzony teren lub odpierając zamach poprzedzony wdarciem się do tych miejsc, chyba że przekroczenie granic obrony koniecznej było rażące, nie jest przedmiotem niniejszego artykułu.

[22] Zgodnie z art. 107 § 5 k.k., w razie odstąpienia od wymierzenia kary, zatarcie skazania następuje z mocy prawa z upływem roku od wydania prawomocnego orzeczenia. Dodać należy, że zastosowanie dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary albo odstąpienia od jej wymierzenia przewidziane w art. 25 § 2 k.k. jest fakultatywne.

[23] De lege lata jest to okoliczność wyłączająca ściganie — niepodleganie karze.

[24] Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm. Zgodnie z tym przepisem, 1. Wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne. 2. Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny.

[25] 2015 r., sygn. II AKa 137/15, postanowienie SN z 27 kwietnia 2017 r., sygn. IV KK 116/17, wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 30 sierpnia 2017 r., sygn. II AKa 216/17.

[26] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 19 października 1999 r., sygn. II AKa 151/99.

[27] P. Kardas i W. Wróbel proponowali, aby problem przekroczenia granic obrony koniecznej rozwiązać przez skreślenie jednego z dwóch przepisów, tj. art. 25 § 2 k.k. lub 25 § 3 k.k., ponieważ przepisy te dotyczące przekroczenia granic obrony koniecznej, wywołują zamęt i trudności interpretacyjne (Kardas, P., Wróbel W., 2001, s. 123). De lege ferenda proponuję następujące brzmienie art. 25 § 2 i art. 25 § 2a k. k, przy jednoczesnym wykreśleniu art. 25 § 3 k.k. Art. 25§ 2 k.k.: „Nie podlega karze, kto przekracza granice obrony koniecznej, chyba, że przekroczenie granic obrony koniecznej było rażące”. Art. 25 § 2a k.k.: „W razie rażącego przekroczenia granic obrony koniecznej, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia. ”

## Bibliografia


Cora, S. (1973). Zabójstwo pod wpływem silnego wzburzenia w świetle prawa i psychologii. *Nowe Prawo*, (7–8), 1027.

Daszkiewicz, K. (2000). *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX Kodeksu karnego. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Dukiet-Nagórska, T., red. Dukiet-Nagórska, T. (2010). *Prawo karne. Część ogólna, szczegółowa i wojskowa*. Warszawa: Wydawnictwo LexisNexis Polska.

Filar, M. (red.). Górniok, O. (2006). *Kodeks karny. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis.

Gensikowski, P. (2009). Nowelizacja art. 25 § 3 k.k. *Prokuratura i Prawo*, (9), 135.

Gierkowski, J. K. (1995). Stan silnego wzburzenia jako przedmiot sądowej ekspertyzy psychologicznej. *Palestra*, (3–4), 110.

Gubiński, A. (1961). *Zabójstwo pod wpływem silnego wzruszenia*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.

Jarosz, M. red. Bilikiewicz, A. (2000). *Psychiatria: Podręcznik dla studentów medycyny*. Warszawa: Wydawnictwo Lekarskie PZWL.

Kardas, P., Wróbel W. (2001). Opinia o rządowym projekcie ustawy o zmianie — Kodeks karny. *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, (1), 123.

Król, W. (2009). Silne wzburzenie w rozumieniu art. 148 § 4 k.k. *Prokuratura i Prawo*, (9), 51.

Marek, A. (2008). *Obrona konieczna w prawie karnym. Teoria i orzecznictwo*. Warszawa: Oficyna Wolters Kluwer Business.

Popławski, H. (1980). Pojęcie silnego wzburzenia jako podstawy uprzywilejowania zabójstwa z art. 148 § 2 k.k. *Problemy praworządności*, (6), 9.

Spett, K., red. Cieślak, M. (1991). *Psychiatria w procesie karnym*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.

Szafraniec, M. (2004). *Przekroczenie granic obrony koniecznej w polskim prawie karnym*. Kraków: Zakamycze.

Szczepaniec, M. (2000). Przekroczenie granic obrony koniecznej motywowane strachem albo wzburzeniem usprawiedliwionych okolicznościami. *Prokuratura i Prawo*, (9), 18.

Teleszewska, M. (2013). Przekroczenie granic obrony koniecznej wynikające ze strachu lub silnego wzburzenia. *Monitor Prawniczy*, (24), 1308.

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.32

# Ochrona wizerunku i nazwiska osoby oskarżonej w polskim prawie prasowym

## Image and name preservation of the defendant person in the polish press law

***mgr Marta Rajkowska***

E-mail: martarajkowska991@gmail.com

**Streszczenie**

W artykule poruszona została problematyka ochrony wizerunku i nazwiska osoby oskarżonej w polskim prawie prasowym, z założeniem tezy o braku skuteczności tejże ochrony, wskazując na problem poprawnie działającej anonimizacji.

**Słowa kluczowe:** prawo, ochrona, wizerunek, nazwisko, dobra osobiste, oskarżony, anonimizacja.

**Summary**

The article deals with the protection of the image and name of the defendant person in the polish press law, with the assumption about effectiveness of this protection, pointing to the problem of properly functioning anonymisation.

**Key words:** law, protection, image, name, personal rights, defendant, anonymization.

### 1. Wprowadzenie

W niniejszym artykule poruszona zostanie problematyka związana z ochroną wartości istotnych dla każdej jednostki jakimi są dobra osobiste, w kontekście podmiotów szczególnie narażonych na ich naruszenie, czyli osób oskarżonych i skazanych. Jest to temat o tyle skomplikowany, że w dużej mierze dotyka kolizji dóbr chronionych przez Konstytucję RP i inne ustawy. Z jednej strony istnieją prawa służące oskarżonemu i skazanemu, takie jak prawo do ochrony czci, dobrego imienia i życia prywatnego oraz przede wszystkim prawo do domniemania niewinności służące, aż do wydania prawomocnego wyroku skazującego, zaś z drugiej prawo do informacji i wolności wyrażania poglądów, przyznane ogółowi społeczeństwa i podparte ustrojową zasadą wolności prasy. Zapewnienie jednoczesnej ochrony jednym i drugim interesom jest raczej niemożliwe zważywszy na to, że stanowią interesy sprzeczne. Brak jest przy tym regulacji przyznających prymat, którymś z przedstawionych wartości, dlatego też zwykle na sądach spoczywa obowiązek ważenia tych dóbr stosownie do określonej sytuacji. Rozwiązania nie przynoszą także regulacje prawa międzynarodowego obowiązujące państwo polskie. Szczególnie doniosłe znaczenie w tym kontekście ma Europejska Konwencja Praw Człowieka, przyznająca jednocześnie w art. 8 prawo do poszanowania życia prywatnego, a także w art. 10 prawo do wolności wyrażania opinii oraz otrzymywania i przekazywania informacji.

Podstawy do ochrony dóbr osobistych osób oskarżonych i skazanych w postaci wizerunku i nazwiska w prawie krajowym możemy znaleźć w wymienionej już Konstytucji oraz przede wszystkim w dwóch ustawach, które stanowią szczególny przedmiot zainteresowania w tej pracy, a mianowicie Prawo autorskie chroniące wizerunek przed bezprawnym rozpowszechnianiem oraz Prawo prasowe wprowadzające zakaz ujawniania danych osobowych i wizerunku osób przeciwko którym toczy się postępowanie przygotowawcze lub sądowe.

Kwestia ta jest unormowana różnie w państwach europejskich. Przykładowo regulacja angielska traktuje w sposób uprzywilejowany wolność prasy, utrzymując prawo dziennikarzy do relacjonowania postępowania w zależności od jawności rozprawy w myśl zasady, iż nie należy powstrzymywać dziennikarzy przed rozpowszechnianiem informacji, których sami byli świadkami. We Włoszech natomiast uwzględniono doniosłość prawa do prywatności, stawiając na regulację treści, które nie powinny być publikowane w kontekście postępowania karnego; i tak szczególną ochroną objęto przykładowo małoletnich oraz wizerunki osób przedstawionych w sposób naruszający ich godność osobistą. Mniej precyzyjne regulacje zawierają ustawy austriackie wprowadzające ogólny zakaz publikowania zdjęć naruszających usprawiedliwione interesy określonej osoby, w tym także ochronę sądową tożsamości oskarżonego, również podpartą uzasadnionym interesem tej osoby. W Niemczech natomiast wprowa-

dzono ogólne zezwolenie na rozpowszechnianie wizerunku w celach związanych z bezpieczeństwem publicznym i wymiarem sprawiedliwości, nawet bez zgody przedstawionej na nim osoby, ograniczając jednak to zezwolenie do sytuacji szczególnie poważnych oraz przestępstw niebezpiecznych w wymiarze społecznym. W regulacjach norweskich wprowadzających zakaz publikowania fotografii bez uprzedniej zgody osoby zainteresowanej, ochroną objęto nie tylko osobę oskarżoną, ale także i skazaną.

## 2. Regulacja art. 13 Prawa prasowego

Szczególnie istotną regulację chroniącą dobra osobiste w postaci wizerunku i nazwiska (danych osobowych), zwłaszcza osoby oskarżonej, zawiera ustawa z dnia 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe w art. 13 ust. 2 i 3, które stanowią odpowiednio: *Nie wolno publikować w prasie danych osobowych i wizerunku osób przeciwko którym toczy się postępowanie przygotowawcze lub sądowe, (jak również danych osobowych i wizerunku świadków, pokrzywdzonych i poszkodowanych), chyba że osoby te wyrażą na to zgodę* (Prawo prasowe z 26.1.1984 r.; Dz. U. 1984 nr 5, poz. 24 ze zm.) oraz *ograniczenie, o którym mowa w ust. 2, nie narusza przepisów innych ustaw. Właściwy prokurator lub sąd może zezwolić, ze względu na ważny interes społeczny, na ujawnienie danych osobowych i wizerunku osób, przeciwko którym toczy się postępowanie przygotowawcze lub sądowe* (Prawo prasowe z 26.1.1984 r.; Dz. U. 1984 nr 5, poz. 24 ze zm.). Przedmiot powyższej regulacji stanowią wizerunek oraz dane osobowe uczestników postępowania, a więc także nazwisko. Przepisy te nie oznaczają wprost ram czasowych funkcjonowania zakazu publikacji wizerunku i danych osobowych. Należy jednak uznać, że dotyczy całego postępowania przygotowawczego i sądowego. Chwilą wszczęcia postępowania przygotowawczego jest nie tylko wszczęcie formalne poprzez wydanie odpowiedniego postanowienia, ale także i faktyczne przewidziane w art. 308 k.p.k., które jest wstępnym dochodzeniem prowadzonym jeszcze przed formalnym wydaniem postanowienia. Przyjęcie takiego stanowiska ma swoje uzasadnienie w zapobieżeniu niebezpiecznego wyścigu w pogoni za zdobyciem informacji pomiędzy dziennikarzami — w celu zdobycia cennego materiału prasowego a organami ścigania — w celu uchwycenia i ukarania przestępcy. Dalej, zakaz trwa przez całe postępowanie w I oraz II instancji i uchyla go samo zakończenie postępowania.

Należy jednak zwrócić uwagę na kasację, którą mają prawo wnieść strony postępowania od już prawomocnego wyroku sądu apelacyjnego. Jeżeli zostanie wniesiona, postępowanie nadal się toczy a zakaz obowiązuje, aż do zakończenia postępowania kasacyjnego. Zatem dopiero zakończenie tego postępowania niweczy w sposób skuteczny i ostateczny obowiązywanie omawianego zakazu. Zakres podmiotowy omawianej regulacji obejmuje dwie kategorie osób. Kategorię pierwszą stanowią osoby przeciwko którym toczy się postępowanie przygotowawcze lub sądowe, a kategorią drugą objęci są świadkowie, pokrzywdzeni oraz poszkodowani. Z racji tematu niniejszego artykułu, poruszany będzie jedynie wątek podmiotów z pierwszej kategorii. Kategoria „osób, przeciwko którym toczy się postępowanie" rozumiana jest szeroko i obejmuje swoim zakresem takie osoby jak: podejrzany, oskarżony, obwiniony w postępowaniu o wykroczenie, osoba przeciw której toczy się postępowanie dyscyplinarne, nieletni, przeciw któremu prowadzone jest postępowanie w sprawach nieletnich, osoba podejrzana — której nie przedstawiono formalnie zarzutów ani też nie przesłuchano w charakterze podejrzanego wpierw informując o treści zarzutu, a także osoba przeciw której prowadzone jest postępowanie przed Trybunałem Stanu. Regulacja ze swej natury obejmuje więc jedynie osoby fizyczne. W efekcie możliwe jest ujawnienie danych oskarżonych w postaci osób prawnych oraz jednostek organizacyjnych pozbawionych osobowości prawnej nawet, gdy nazwiska poszczególnych osób zamieszczono w nazwie tego podmiotu.

Bez wątpienia podstawowym celem regulacji zawartej w art. 13 ust. 2 pr. pras. ustanawiającej zakaz publikacji wizerunku i danych osobowych, jest ochrona dóbr osobistych osób występujących w postępowaniu przygotowawczym i sądowym. Przepis ten w odniesieniu do pierwszej kategorii osób objętych tą regulacją, czyli osób przeciwko którym toczy się postępowanie, niezaprzeczalnie jest także przejawem uznania i zarazem respektowania konstytucyjnej zasady domniemania niewinności. Jako ostatnią przesłankę uzasadniającą tę regulację można z całą pewnością wskazać ochronę właściwego i sprawnego toku postępowania, co leży w interesie wymiaru sprawiedliwości.

## 3. Uchylenie zakazu

Omawiane unormowanie nie ma charakteru bezwzględnego co oznacza, że w pewnych warunkach możliwe jest, zgodne z prawem, opublikowanie wizerunku i danych osoby przeciwko której toczy się postępowanie. Pierwszą taką możliwość stwarza zgoda samego uczestnika postępowania, będącego jednocześnie dysponentem swych dóbr osobistych i uprawnionym do decydowania o nich w możliwym zakresie. W sytuacji, gdy oskarżony (rozumiany w sposób szeroki, czyli także podejrzany) sam udzieli zgodę na ujawnienie swoich danych i wizerunku, nie wymagane jest już dodatkowe zezwolenie prokuratora bądź sądu. Domniemywa się, że osoba zrzekająca się przyznanej przez prawo ochrony, jest świadoma skutków takiej decyzji, nawet tych negatywnych. Ponadto jako podmiot realizujący swoje uprawnienia ma prawo do takiej decyzji, a organ procesowy nie ma możliwości jej negowania, czy też wprost zabraniania.

Drugą możliwość, przewidzianą w ust. 3 omawianego przepisu, stanowi zezwolenie sądu lub prokuratora na ujawnienie danych osobowych i wizerunku. Podmiotami uprawnionymi do wydania takiego zezwolenia jest odpowiednio: właściwy prokurator (czyli prowadzący postępowanie lub je nadzorujący) w postępowaniu przygotowawczym, którego uprawnienie ustaje w momencie sporządzenia aktu oskarże-

nia oraz przesłania go do sądu, jak również właściwy sąd w postępowaniu sądowym w I instancji — rozpoznawczy lub w II instancji — odwoławczy oraz Sąd Najwyższy w postępowaniu kasacyjnym. Dla uzyskania jasności, w uchwale 7 sędziów SN z 21 lutego 1990 r., V KZP 30/84 stwierdzono, że zastosowane w tej regulacji określenie ogólne „sąd" znaczy sąd, który jest właściwy w danej sprawie do jej rozpoznania, rozumiejąc przez to każdy jego skład orzekający w danym stadium procesu. W tej samej uchwale ustalono, że formą właściwą na wydanie przedmiotowego zezwolenia jest postanowienie opatrzone uzasadnieniem. Art. 13 ustęp 4 pr. pras. przyznaje możliwość wniesienia zażalenia na postanowienie sądu, a także prokuratora w przedmiocie zezwolenia na ujawnienie danych i wizerunku. Zażalenie na postanowienie prokuratora jest stosunkowym *novum*, które zawdzięczamy interwencji ówczesnego Rzecznika Praw Obywatelskich — J. Kochanowskiemu, który złożył wniosek do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności z Konstytucją regulacji nieprzewidującej możliwości złożenia do sądu zażalenia na przedmiotowe postanowienie prokuratora. Efektem było rzeczywiste stwierdzenie przez TK niekonstytucyjności przepisu w tym zakresie oraz mobilizacja parlamentu do dodania omawianego ustępu 4, który funkcjonuje od 2011 roku. Ustawa wprowadza wymóg ważnego interesu społecznego, jako warunku wydania zezwolenia przez sąd lub prokuratora. Takie określenie interesu należy interpretować jako uzasadniony pewnymi doniosłymi i wysoce znaczącymi racjami. Interes społeczny stanowi zwrot niedookreślony, o charakterze klauzuli generalnej, która znajduje się w wielu przepisach cywilnych, pozwalając tym samym na nieco dowolności w zastosowaniu wykładni. Oznacza to, że będzie on każdorazowo podlegał ocenie właściwego prokuratora lub sądu wydającego w danym przypadku zgodę. W piśmiennictwie wskazuje się, że zezwolenie na ujawnienie danych będzie więc uzasadniać pewna istotna korzyść społeczna, która może w tym wypadku opierać się na ostrzeżeniu społeczeństwa przed zagrożeniem, co może skutkować także powstrzymaniem oskarżonego przed dalszym działaniem, przysłużeniu się do ujawnienia jeszcze nieznanych organom ścigania faktów z przestępczej działalności osoby oskarżonej, czy też ukojeniu i wyciszeniu opinii publicznej, poprzez zagwarantowanie pociągnięcia do odpowiedzialności sprawcy czynu. Z całą pewnością ośmieszenie czy też skompromitowanie podejrzanego lub już oskarżonego w oczach społeczeństwa nie będzie służyło żadnemu interesowi społecznemu i nie może stanowić podstawy do ujawnienia jego danych lub wizerunku.

Przeważający pogląd doktryny głosi, że wyjątek od zakazu publikacji danych i wizerunku jakim jest zgoda na ich ujawnienie powinien dotyczyć jedynie spraw odznaczających się szczególnie wysokim stopniem szkodliwości oraz rozgłosem, który spowodowali sami sprawcy. Zezwolenie to nie powinno być zatem wydawane w sprawach bagatelnych, związanych z życiem prywatnym, nawet kiedy przestępstwo zostało popełnione z winy umyślnej.

Co więcej, uzyskanie zezwolenia na ujawnienie wizerunku i danych nie jest równoznaczne z nakazem ich publikacji, a dziennikarz jest w dalszym ciągu zobowiązany do dokonania oceny, czy aby na pewno zamierzona publikacja znajduje uzasadnienie w społecznym interesie.

Warto wspomnieć, że zezwolenie na utrwalenie przy pomocy aparatury przebiegu rozprawy (obrazu i dźwięku) o które mogą starać się media w trybie uregulowanym przez Kodeks postępowania karnego (art. 357), nie jest jednoznaczne i łączne z omawianym wyżej zezwoleniem na ujawnienie danych i wizerunku uregulowanym w prawie prasowym. W doktrynie pojawiają się co prawda aż trzy przeciwstawne poglądy w tej kwestii. Zgodnie z pierwszym z nich regulacja zawarta w k.p.k. ma charakter szczególny i zezwolenie na utrwalenie obrazu oraz dźwięku z rozprawy głównej jest równoznaczne z zezwoleniem na upublicznienie wizerunku osoby oskarżonej, szczególnie w sytuacji, gdy sąd wprost nie zakazał uwieczniania jego wizerunku, co może zrobić udzielając zgody na audio rejestrację. Według drugiej koncepcji obie regulacje mają odmienny przedmiot i nie łączy je stosunek typu *lex specialis* i *lex generalis*. Zezwolenie unormowane w k.p.k. dotyczy samej rejestracji, zaś zezwolenie ugruntowane w pr. pras. — ujawnienia uwiecznionych treści. Są to zatem dwa odmienne oraz niezależne od siebie etapy działania i nie można z zezwolenia sądu na rejestrację wnioskować zezwolenie na publikację. Kolejne stanowisko, które można wyodrębnić opowiada się za uznaniem szczególnego charakteru regulacji pr. pras. wobec k.p.k. w zakresie zezwolenia i kładzie nacisk na decyzyjność sądu co do ujawnienia wizerunku osoby oskarżonej.

Główny przedstawiciel tej koncepcji, J. Sobczak, dostrzega przy tym naturalny cel w dokonywaniu zapisu rozprawy jakim jest jego wyemitowanie. Uznaje, że niepotrzebne jest w takim wypadku dodatkowe zezwolenie (w stosunku do oskarżonego) na ujawnienie nagrania, podkreślając jednak obowiązek precyzyjnego formowania zezwolenia na utrwalanie przebiegu rozprawy przez sąd, najlepiej wraz ze stwierdzeniem wyrażającym zgodę także na emisję, aby uniknąć wszelkich wątpliwości w tym zakresie.

Pomimo wyraźnego zastrzeżenia sądu o zakazie ujawnienia wizerunku i danych oskarżonego, przy jednoczesnej zgodzie na dokonywanie zapisu audiowizualnego rozprawy może dojść do naruszenia jego dóbr. Przykładem takiej sytuacji jest jedna ze spraw o pobicie ze skutkiem śmiertelnym prowadzona przed Sądem Okręgowym w Warszawie, w której sąd wydał właśnie taką zgodę z zastrzeżeniem. Dziennikarz jednak publikując nagranie z rozprawy nie zasłonił twarzy jednego z oskarżonych (zasłaniając twarze pozostałych) ponieważ przez pomyłkę uznał go za osobę z publiczności (z braku miejsca nie siedział przy ławie oskarżonych tylko w pierwszym rzędzie przeznaczonym już dla publiczności). Co prawda w sytuacji tej uznano rażące niedbalstwo dziennikarza, jednak sprawa ta pokazuje, jak niebezpieczne może być rozdzielanie tych zezwoleń.

Warto dodać, że udzielając zgodę na utrwalenie dźwięku i obrazu z rozprawy, należy poddać ocenie zasadność jej udzielenia pamiętając przy tym, że media (zarówno prasa, radio jak i telewizja) są źródłem informacji o przestępstwach i w pewnym stopniu ostrzegają przed sprawcami tych przestępstw, co może stanowić uzasadniony interes społeczny w wydaniu takiego zezwolenia. Ponadto dzięki

mediom, poddana kontroli w imieniu społeczeństwa może zostać prawidłowość działania i funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości, co stanowi jedną z gwarancji demokratycznego państwa prawa. Z drugiej jednak strony, zezwolenie takie może być potencjalnym źródłem naruszeń dóbr oskarżonych ponieważ sądy, poza wyznaczaniem granic publikacji takich materiałów, nie mają faktycznej możliwości nadzoru i kontroli nad tym co dokładnie zostanie ujawnione w emisji.

Podsumowując, wprowadzenie zakazu ujawniania danych osobowych i wizerunku osób przeciwko którym prowadzone jest postępowanie przygotowawcze lub sądowe, miało na celu ochronę dóbr osobistych podejrzanego i oskarżonego. Natomiast każdorazowe wyrażenie zgody przez właściwego prokuratora lub sąd, ze względów oczywistych, takie dobra narusza z tym, że w takich przypadkach ustawodawca daje prymat ważnemu interesowi społecznemu nad dobrami osobistymi oskarżonego.

Ustawodawca uznał, że w pewnych sytuacjach ważniejsze jest poinformowanie społeczeństwa o toczącym się postępowaniu, niż ochrona dóbr osobistych oskarżonego. W sytuacji kiedy taka zgoda została wydana, publikacja wizerunku i danych osobowych nie jest już bezprawna. Oznacza to, że wówczas oskarżony nie ma w stosunku do dziennikarza czy redakcji, która opublikowała te dane, jakichkolwiek roszczeń z tytułu naruszenia dóbr osobistych, właśnie ze względu na to, że publikacja nie jest wówczas bezprawna ze względu na istnienie zgody.

## 4. Odpowiedzialność za naruszenie dóbr osobistych w prawie prasowym

Odpowiedzialność za naruszenie prawa, które zostało spowodowane opublikowaniem w prasie określonego materiału, jak stanowi art. 37 pr. pras., egzekwowana jest na zasadach ogólnych (chyba że ustawa stanowi inaczej). Oznacza to, iż do odpowiedzialności cywilnej stosuje się regulacje zawarte w Kodeksie cywilnym oraz w Kodeksie postępowania cywilnego, chyba że w regulacjach prawa prasowego znajdują się przepisy normujące w inny sposób zasady odpowiedzialności cywilnej.

Osobie uprawnionej w wyniku naruszenia regulacji zawartej w art. 13 pr. pras. przysługują więc wszelkie roszczenia cywilnoprawne. Prawo prasowe określa dodatkowo dwie kwestie. Po pierwsze, art. 38 pr. pras. wymienia podmioty, które ponoszą odpowiedzialność. Są to: autor materiału prasowego, redaktor, czyli osoba, która decyduje o opublikowaniu materiału, a także inna osoba, która doprowadziła do publikacji, łącznie z wydawcą. W sytuacji, gdy roszczenie przybrałoby charakter majątkowy, osoby te odpowiadałyby w sposób solidarny. Co istotne, możliwość wystosowania tych roszczeń nie jest zależna od winy dziennikarza ponieważ wystarczające jest już samo naruszenie dobra uprawnionego. Autorzy tej tezy podkreślają, że już samo uchybienie regulacjom zawartym w art. 13 ust. 2 pr. pras. jest równoznaczne z bezprawnym działaniem dziennikarza, nie przesądzając jednak o jego umyślnej winie. Po drugie, art. 31a pr. pras. wprowadza szczególną formę środka ochrony w postaci oświadczenia przewidzianego w art. 24 k. c. Jest to sprostowanie, które na wniosek zainteresowanego redaktor naczelny musi bezpłatnie opublikować.

Sprostowanie następuje w przypadku opublikowania informacji nieprawdziwej albo nieścisłej oraz musi odnosić się do faktów i spełniać kryterium rzeczowości. Oznacza to, że powinno charakteryzować się konkretnością, zwartością i jasnością wypowiedzi oraz mieć oczywisty związek z treścią materiału prasowego. Jest to o tyle istotne, że redaktor naczelny ma prawo, a nawet obowiązek odmówić publikacji sprostowania, które nie spełnia tych wymogów. Zgodnie z art. 33 ust. 3 pr. pras., jeżeli redaktor zdecyduje się na taką odmowę, ma obowiązek zawiadomić o tym wnioskodawcę, podając przyczyny odmowy i wskazując te fragmenty, które nie spełniają kryteriów i nie mogą być opublikowane. Jeżeli wprowadzono poprawki zgodnie ze wskazówkami redaktora naczelnego, nie może on po raz drugi odmówić publikacji. Sprostowanie musi być opublikowane w odpowiedniej formie, terminie i miejscu, które określa art. 32 pr. pras. Zabronione jest komentowanie w tej samej publikacji zamieszczonego sprostowania, za wyjątkiem umieszczenia krótkiej i prostej zapowiedzi odniesienia się do sprostowania w innym numerze czy audycji, co daje sygnał opinii publicznej o kontynuacji debaty, dzięki czemu osoby zainteresowane mogą dalej ją śledzić, bez uszczerbku dla samego przekazu i funkcji sprostowania.

Należy jednak pamiętać, że w sytuacji naruszenia przez prasę dóbr osób oskarżonych, przyznane środki ochrony cywilnej mogą być wysoce nieskuteczne. Wynika to przede wszystkim z wyjątkowo negatywnych skutków takich naruszeń, w przypadku których żadne zadośćuczynienie czy też sprostowanie nie zwróci osobie uprawnionej dobrego imienia w środowisku społecznym. Co więcej, oświadczenie w formie sprostowania jest środkiem budzącym wątpliwości, ponieważ wydaje się nie być możliwe usunięcie w ten sposób skutków naruszenia, nie powodując przy tym mimowolnie ponownego ujawnienia danych, które miały zostać objęte tajemnicą.

W pewnych wyjątkowych okolicznościach naruszenie regulacji z art. 13 pr. pras. może stać się podstawą do odpowiedzialności karnej, pomimo że sam w sobie nie zawiera sankcji. Jak już zostało wskazane, zadaniem tej regulacji jest nie tylko ochrona dóbr osobistych uczestników postępowania, ale także prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości.

Taką ochronę odzwierciedla również art. 241 k.k. ustanawiając przestępstwo przeciwko wymiarowi sprawiedliwości w postaci rozpowszechniania informacji z postępowania przygotowawczego nim zostały one ujawnione w postępowaniu sądowym oraz z rozprawy sądowej, która jest prowadzona z wyłączeniem jawności. Sprawcą takiego przestępstwa może być w zasadzie każdy, w tym przede wszystkim dziennikarz z racji swoich funkcji informacyjnych i sprawozdawczych. Dziennikarz będzie więc ponosił odpowiedzialność karną w przypadku wyczerpania przez niego znamion przestępstwa określonego w przytoczonym artykule.

Nie sposób zgodzić się z tymi przedstawicielami doktryny, którzy twierdzą, że naruszenie zakazów sformułowanych w art. 13 pr. pras. (w tym zakazu dotyczącego ujawniania wizerunku i danych osobowych uczestników postępowania) nie pociąga za sobą odpowiedzialności karnej dziennikarza. Jak trafnie stwierdził J. Sobczak jest całkiem odwrotnie. Ujawnienie wszelkich danych (także wizerunku i nazwiska) z postępowania bez odpowiedniej zgody prokuratora będzie skutkowało odpowiedzialnością karną z omawianego przepisu, pomimo braku sankcji karnych w art. 13 pr. pras. Innym przypadkiem jest co prawda prywatne śledztwo dziennikarza, które może być prowadzone nawet przed samym wszczęciem postępowania przygotowawczego — w takiej sytuacji, jeśli uzyskane wiadomości są efektem jego własnych działań, nie zaś tajemniczego przepływu informacji z postępowania przygotowawczego, nie będzie on ponosił odpowiedzialności karnej.

Co więcej, w pewnych okolicznościach dziennikarz może odpowiadać za przestępstwo z art. 266 § k.k., polegające na ujawnieniu informacji uzyskanych w związku z wykonywanym zawodem, pomimo przyjętego na siebie zobowiązania lub przepisom ustawy. Sytuacja taka może mieć miejsce kiedy opublikuje on wizerunek lub dane osobowe osoby przeciw której prowadzone jest postępowanie przygotowawcze albo sądowe, jeżeli osoba ta bądź odpowiedni organ nie wyraził na to zgody. Będzie to stanowiło działanie wbrew przepisom ustawy, a konkretniej prawa prasowego i zakazu uregulowanego w art. 13 ust. 2.

Warto zaznaczyć, że zarówno zakaz ujawniania wiadomości z postępowania przygotowawczego jak i nakaz zachowania w tajemnicy pewnych informacji, może służyć nie tylko interesowi wymiaru sprawiedliwości i jego prawidłowemu funkcjonowaniu, ale także samemu podejrzanemu i oskarżonemu, ponieważ zawsze w ich dobrym interesie będzie nieupublicznienie ich tożsamości oraz relacji związanych z prowadzoną przez nich działalnością przestępczą.

## 5. Fikcyjność anonimizacji osoby oskarżonej

Anonimizacja polega na przekształceniu określonej treści (nazwiska, wizerunku, czy też innych danych osobowych) w taki sposób, aby niemożliwe stało się ich rozpoznanie, czy też przypisanie tożsamości konkretnej osobie. Jej celem jest, aby identyfikacja stała się w zasadzie niemożliwa bez poniesienia nadmiernych kosztów, działań i czasu. Należy przy tym zachować jak największy element prawdziwości i czytelności. Proces anonimizacji jest więc swego rodzaju kompromisem pomiędzy ujawnieniem pewnych wiadomości opinii publicznej z racji jej prawa do informacji a nienaruszaniem ochrony, jaką są objęte dobra osobiste przez ustawodawstwo.

Obecny stan prawny nie reguluje żadnych nakazów i zasad w przedmiocie anonimizacji. Z praktyki, najczęściej stosowanymi metody kamuflażu przez środki masowego przekazu są w odniesieniu do imienia i nazwiska — ujawnienie pełnego imienia wraz z jedynie pierwszą literą nazwiska, natomiast w przypadku wizerunku — zakrycie oczu, jako charakterystycznej i identyfikacyjnej części ciała, czarnym paskiem lub cyfrowe zatarcie twarzy. Szczegółowymi regułami anonimizacji posługują się za to sądy, w celu zamieszczania swoich orzeczeń na portalu internetowym do publicznej wiadomości. W sądowych wytycznych dotyczących anonimizacji podaje się, że z treści orzeczeń muszą być usuwane wszelkie informacje, które pozwalają na zidentyfikowanie określonej osoby. Przykładem poprawnie przeprowadzonej anonimizacji może być takie zdanie: Pan K. zamieszkały w P. nad rzeką W pokłócił się z B. N jadąc samochodem marki F. Jak więc widać sądowa anonimizacja jest całkiem szczegółowa.

Stosowane przez prasę metody anonimizacji stanowią jedną z sytuacji, w których nagminnie dochodzi do niczym nieuzasadnionych naruszeń. Media dostarczają wielu przykładów naruszenia prawa do wizerunku oraz danych osobowych. Pomimo, że w praktyce stosują wskazane wyżej techniki anonimizacji, to jednak często w taki sposób, że i tak łatwo domyślić się lub dowiedzieć o kogo chodzi. Dobry przykład odzwierciedlający ten problem stanowi sprawa Mirosława H., który został tymczasowo aresztowany i oskarżony o kradzież broni wojskowej. Opisująca to wydarzenie prasa posługiwała się inicjałem nazwiska oraz określeniem — syn polskiego kosmonauty. Bez wątpienia jest to charakterystyczny określnik. Ponadto bohater artykułów został uniewinniony, a nawet otrzymał zadośćuczynienie i odszkodowanie za czas półtora roku jaki spędził w areszcie. Pokazuje to, jak krzywdzące mogą być tego typu publikacje, szczególnie w sytuacji, gdy ich bohater uznany zostaje w dalszym postępowaniu za niewinnego. Innym przykładem jest upublicznienie przez prasę tożsamości Macieja J. z określnikiem — mąż posłanki SLD, który został zatrzymany w sprawie śledztwa prowadzonego przez prokuraturę. W publikacji nie poprzestano na wskazanym określniku. Posłużono się dalej idącym opisem przeszukania przez policję domu rodziny podejrzanego. Warto nadmienić, że przez zatrzymanego nie były pełnione żadne funkcje publiczne oraz nie ujawniono danych innych zatrzymanych.

Problemem odnośnie stosowania skróconego nazwiska do jego pierwszej litery, w publikacjach opisujących określone wydarzenia o charakterze kryminalnym, jest więc przede wszystkim dołączanie innych charakterystycznych określników, które mogą wpłynąć na rozpoznanie tej osoby. Mogą one dotyczyć nie tylko koligacji rodzinnych z osobą powszechnie znaną, jak zostało wskazane w przykładach, ale także innych informacji osobistych jak miejsce zamieszkania lub pracy, zajmowane stanowisko oraz inne indywidualizujące konkretną osobę informacje. Co ważne, nie muszą one być wskazane bezpośrednio w publikacji ponieważ istotne znaczenie ma cały wydźwięk tekstu.

Metoda anonimizacji poprzez publikację jedynie imienia wraz z pierwszą literą nazwiska, może być szczególnie nieskuteczna w przypadku osób powszechnie znanych. W zależności od stopnia ich rozpoznawalności w społeczeństwie mogą to być dane wystarczające do identyfikacji nawet bez szczegółowych określników. Odnosząc się do tego problemu w odpowiedzi na interpelację z upoważnienia ministra, se-

kretarz stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości przyjął dość skrajną wersję ochrony osób publicznych, co do których prowadzone jest postępowanie stwierdzając, że w takim przypadku w ogóle nie powinno dochodzić do publikacji danych osobowych tej osoby. Za niedopuszczalną uznał także wyżej omówioną sytuację publikowania jednocześnie imienia i skróconego do pierwszej litery nazwiska wraz z innymi dodatkowymi informacjami, charakterystycznymi dla określonej osoby na tyle, że pozwalają ustalić jej tożsamość. Pomimo takiej interpretacji i zapatrywania Ministerstwa, praktyka funkcjonowania środków masowego przekazu wygląda jednak zgoła inaczej. Jeszcze częstszą sytuacją fikcyjnej anonimizacji jest nieudolna próba zakamuflowania wizerunku danej osoby.

O ile metoda polegająca na komputerowym zamazaniu rysów twarzy i wszystkich jej znaków szczególnych może przynieść zamierzony rezultat, to jednak duże zastrzeżenia budzi stosowanie czarnego paska na wysokości oczu, który jest znacznie częstszą formą anonimizacji stosowaną przez media. Należy zwrócić uwagę, że nie tylko oczy są szczególną cechą człowieka dzięki której można go rozpoznać, a więc zastosowanie takiej metody może się okazać wysoce niewystarczające. Na wizerunek składają się wszelkie charakterystyczne i utrwalone cechy fizyczne człowieka, indywidualizujące jego osobę i pozwalające na rozpoznanie wśród innych ludzi. Dlatego też dziennikarz, ograniczony ochroną wizerunku osoby przeciwko której prowadzone jest postępowanie, powinien przeprowadzić proces anonimizacji w taki sposób, aby uniemożliwić rozpoznanie jakiejkolwiek z charakterystycznych cech oskarżonego. W Sądzie Rejonowym w Lubinie dnia 9 maja 2011 r., I C 266/10 toczyła się sprawa właśnie w zakresie nieskuteczności ochrony wizerunku przy użyciu czarnego paska na oczy, dodanego do wizerunku oskarżonego na zdjęciu zamieszczonym w publikacji prasowej. Sąd powołał w tej sprawie biegłego, który badał efektywność tej metody oraz przesłuchiwał świadków na okoliczność możliwości rozpoznania osoby oskarżonej na przedstawionej im fotografii. Biegły uznał jednoznacznie, że zastosowanie takiej metody pozwala na dostrzeżenie innych indywidualnych cech tej osoby jak kształt nosa, uszu, ust, kości policzkowych, podbródka, a nawet długości szyi czy owłosienia, które w znacznym stopniu umożliwiają rozpoznanie oskarżonego. Po tak kategorycznej opinii biegłego oraz zeznań świadków potwierdzających możliwość rozpoznania przez nich tożsamości powoda, sąd uznał, że pozwany mógł swoją relację ograniczyć jedynie do samego tekstu, pomijając przy tym zamieszczone zdjęcie. Jednakże skoro już zdecydował się na opublikowanie tej fotografii powinien był dołożyć należytej staranności w tym, aby uczynić wizerunek powoda nierozpoznawalnym. Sąd w tej sprawie uznał oczywiście, że doszło do naruszenia wizerunku i zasądził zadośćuczynienie pieniężne.

Odrębny problem stanowi kamuflaż stosowany w przekazach telewizyjnych. Pomimo wykorzystania skuteczniejszej metody jaką jest komputerowe zamazanie całej twarzy osoby oskarżonej, bardzo często zdarza się, że osoba ta jest ukazana w sytuacji niezaprzeczalnie naruszającej szeroko rozumianą cześć i integralność człowieka, kiedy znajduje się w kajdankach, czy też stosowany jest wobec niej inny środek przymusu, który mogą zobaczyć wszyscy zainteresowani widzowie. W takiej sytuacji nie dość, że ukazana jest cała sylwetka, która niewątpliwie może być nacechowana indywidualnie i rozpoznawalna, to w dodatku naruszane są inne dobra tej osoby, niż jedynie ujawnienie jej tożsamości. Co warto podkreślić, naruszenie takie jest o tyle dotkliwe, że jego zasięg jest ogólnokrajowy, a nawet może wykraczać poza granice państwa.

Nietrudno dostrzec słabą jakość prasowych metod anonimizacji. Dlatego też, de lege ferenda, warto byłoby unormować tę sytuację poprzez wprowadzenie jasnych wytycznych, co do anonimizacji danych i wizerunku osoby oskarżonej przez środki masowego przekazu. Taka regulacja nie wydaje się być przesadna i naruszająca daleko idącą wolność prasy, która nadal mogłaby prowadzić działalność sprawozdawczą oraz informacyjną i to wcale nie w bardziej ograniczonym zakresie, co do jakości publikowanych wiadomości. Można by uznać, że skoro ustawodawstwo zdecydowało się zagwarantować ochronę wizerunku i danych osób przeciw którym prowadzone jest postępowanie, to powinno także zagwarantować odpowiednie do tej ochrony środki pełniące realną ochronę, a nie jedynie prowizoryczną, która funkcjonuje w obecnym stanie prawnym.

## 6. Podsumowanie

Analizując regulacje prawa polskiego wraz z odnoszącymi się do nich poglądami doktryny oraz judykatury można stwierdzić, iż wolność prasy doznaje znacznych ograniczeń w imię ochrony wizerunku i nazwiska osób oskarżonych i skazanych, zaś przed dziennikarzami relacjonującymi wydarzenia z zakresu dużego zainteresowania opinii publicznej, jakim charakteryzują się sprawy o zabarwieniu przestępczym, stają trudne wyzwania w postaci pogodzenia takich wartości jak właśnie wolność prasy i słowa, a ochrona dóbr osobistych innych osób. Wskazuje na to przede wszystkim interpretowana w sposób sensu largo przyznana przez ustawodawcę ochrona wizerunku i nazwiska osób, przeciwko którym prowadzone jest postępowanie, potraktowanie przepisu regulującego tę ochronę jako lex specialis i objęcie nią także osób powszechnie znanych, oraz instytucja zatarcia skazania mająca na celu skuteczny powrót osoby skazanej do życia w społeczeństwie.

W porównaniu do polskiej regulacji, nawet orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka zdaje się być mniej restrykcyjne. W jednej ze spraw z tego zakresu uznano, że obowiązkiem środków masowego przekazu jest dostarczanie informacji, zaś prawem społeczeństwa jest ich otrzymywanie. Natomiast w innej sprawie opowiedziano się za ujawnieniem wizerunku osoby oskarżonej zważywszy na powagę stawianych jej zarzutów oraz to, że była osobą powszechnie znaną. W sposób bardziej rygorystyczny ETPC podszedł za to do ujawniania wizerunku osoby skazanej stwierdzając, że zakaz jaki wprowadziło jedno z państw eu-

ropejskich w tym zakresie jest proporcjonalną i niezbędną ingerencją w demokratycznym państwie prawa mającą na celu ochronę prywatności osób skazanych.

Nie można więc zaprzeczyć, że dobra osobiste oskarżonych i skazanych są objęte dość szeroką ochroną. Media jednak poradziły sobie z tym, wypracowując powszechnie uznawane metody anonimizacji. Powstaje jednak pytanie, na ile takie zabiegi są skuteczne i czy rzeczywiście chronią wizerunek i nazwisko przedstawionych osób. Jak zostało zaprezentowane, w wielu przypadkach zastosowany kamuflaż nie tylko nie spełnia swojego celu w postaci ukrycia tożsamości, ale także narusza dobra osobiste przedstawionych w taki sposób osób.

Należy pamiętać, że negatywne skutki nieudanej anonimizacji w środowisku społecznym mogą być dotkliwe i długotrwałe, a niekiedy nawet nieodwracalne. Publikacje takie są stygmatyzujące i pozostają w pamięci opinii publicznej, na długo wyrabiając zdanie na temat określonej osoby, które niebywale trudno jest później odmienić. Niewiele pomoże także fakt późniejszego uniewinnienia przedstawionej w materiale prasowym osoby, ponieważ takie informacje często nie docierają już do większości adresatów poprzednich, nacechowanych negatywnie publikacji.

Odczuwalny jest więc brak ścisłych regulacji odnoszących się przede wszystkim do sposobów anonimizacji nie tylko skutecznej, ale i chroniącej inne dobra osobiste związane z wizerunkiem i nazwiskiem osoby przedstawianej. Skoro już ochrona została przyznana i to przez samo ustawodawstwo, oczekiwane jest, aby w najlepszy możliwy sposób zapewnione było jej realne funkcjonowanie, chociażby dla zachowania wiarygodności obowiązującego prawa oraz zaufania obywateli do państwa. Szczególnie, że środki ochrony cywilnej, które zostały przyznane, nie są w stanie w pełni zrealizować faktycznej ochrony w przypadku naruszenia dóbr osobistych poprzez ujawnienie wizerunku i danych osobowych osób oskarżonych i skazanych.

## Bibliografia


Barta, J., Markiewicz, R., Matlak, A. (2005). *Prawo mediów* (wyd. I). Warszawa.

Brommekamp, B. (2000). The Human Right Act 1998 in Comparison with the Protectio oh Privacy and Personality in German. Yearbook of Copyright and Media Law, Oxford University Press 2000.

Czajkowska, A. (2007). *Zmiana imion i nazwisk — geneza, komentarz, orzecznictwo, wzory decyzji* (wyd. I). Warszawa.

Gajewska-Kraczkowska, H. (1993). O audiowizualnych rejestracjach rozprawy głównej — *de lege ferenda*. W: S. Waltoś (red.), *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora M. Cieślaka*. Kraków.

Koper, R. (2010). *Jawność rozprawy głównej a ochrona prawa do prywatności w procesie karnym*. Warszawa.

Kosmus, B., Kuczyński, G. (2010). *Prawo prasowe. Komentarz*. Warszawa.

Michalski, B. (1967). Domniemanie niewinności a prasa. *Gazeta Sądowa i Penitencjarna*, (1).

Michalski, B. (1974). Telewizja na sali sądowej. *Prawo i Życie*, (9).

Paprzycki, L. K. (2006). W: J. Grajewski (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 1–424 k.p.k.* (Tom I). Kraków.

Prawo prasowe z 26.1.1984 r. (Dz. U. 1984 Nr 5 poz. 24 ze zm.).

Sadomski, J. (2003). *Naruszenie dóbr osobistych przez media*. Warszawa.

Sobczak, J. (2000). *Dziennikarz — sprawozdawca sądowy. Prawa i obowiązki*. Warszawa.

Sobczak, J. (2008). *Prawo prasowe. Komentarz*. Warszawa.

Sobczak, J. (1999). *Ustawa — prawo prasowe. Komentarz*. Warszawa.

Stanowska, M. (2001). Udostępnianie dziennikarzowi akt sądowych i prokuratorskich. *PS*, (10), 96.

Szewczyk, M. (1999). W: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz* (Tom II). Kraków.

Święcka, K. (2010). *Okoliczności wyłączające bezprawność naruszenia dóbr osobistych przez prasę*. Warszawa.

Tugendhat, M., Christie, I. (2002). *The Law of Privacy and the Media*. Oxford.

Waltoś, S. (1986). *Prasa i proces karny* (w świetle prawa prasowego z 1984 r.). ZP.

Zaremba, M. (2007). *Prawo prasowe. Ujęcie praktyczne*. Warszawa.

ETPC, wyr. z 29.08.1997 r., 22714/93, Worm v. Austria, HUDOC.

ETPC, wyr. z 11.01.2000 r., 31457/96, News Verlags GmbH & Co. KG v. Austria, HUDOC.

ETPC, wyr. z 16.04.2009 r., 34438/04, Egeland and Hanseid v. Norway, HUDOC

SR w Lubinie, wyr. z 9.05.2011 r., I C 266/10, http://orzeczenia.lubin.sr.gov.pl.

SN (7), uchw. z 21.02.1990 r., V KZP 30/84, OSN 1990, nr 4–6, poz. 11.

SN, wyr. z 5.06.2003 r., II CKN 14/01, Legalis nr 63177.

http://orka2.sejm.gov.pl/IZ6.nsf/main/3294A147; (dostęp na dzień 22.01.2019 r.).

http://www.rpo.gov.pl/pliki/12523210650.pdf; (dostęp na dzień 22.01.2019 r.).

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.33

# Zawieranie „umów gwarancyjnych" przez towarzystwa funduszy inwestycyjnych z podmiotami zarządzającymi portfelem inwestycyjnym funduszu obejmującym sekurytyzowane wierzytelności jako dodatkowa ochrona uczestnika niestandaryzowanego sekurytyzacyjnego funduszu inwestycyjnego zamkniętego

## Conclusion of "guarantee agreements" by investment fund societies with investment portfolio managing entities concerning securitized receivables as an additional protection for participants of non-standardized securitized closed-end funds

***mgr Paweł Rudzki***

E-mail: pawelrudzki1@gmail.com

**Streszczenie**

W artykule omawiana jest problematyka związana z „umowami gwarancyjnymi" zawieranymi przez towarzystwa funduszy inwestycyjnych z podmiotami zarządzającymi portfelami inwestycyjnymi niestandaryzowanych sekurytyzacyjnych funduszy inwestycyjnych zamkniętych w świetle Komunikatu Komisji Nadzoru Finansowego z dnia 28 maja 2018 r. Celem artykułu jest przybliżenie głównych charakterystyk sekurytyzacyjnych funduszy inwestycyjnych zamkniętych oraz wyjaśnienie pojęcia sekurytyzacji i związanym z nim zarządzaniem sekurytyzowanymi wierzytelnościami. Artykuł ma również za zadanie pokazać, że „umowy gwarancyjne" dotyczące sekurytyzowanych wierzytelności' mają na celu ochronę inwestorów i nie powodują obciążenia ich znaczącym ryzykiem inwestycyjnym, tak jak wskazuje na to Komisja Nadzoru Finansowego w swoim Komunikacie, o którym mowa powyżej.

**Słowa kluczowe:** fundusz inwestycyjny zamknięty, niestandaryzowany sekurytyzacyjny fundusz inwestycyjny zamknięty, sekurytyzacja, umowy gwarancyjne, Komisja Nadzoru Finansowego.

**Summary**

In this article, the author discusses the "guarantee agreements" concluded by investment fund societes with entities managing non-standardized closed-end securitized investment funds in the light of the Polish Financial Supervision Authority's Statement dated 28 May 2018. The purpose of this article is to explain: (i) the main features of closed-end securitization investment funds; and (ii) the concept of securitization and the management of securitized receivables of closed-end securitization investment funds by an investment portfolio managing entity. The article is also to show that "guarantee agreements" concerning securitized receivables are designed to protect investors and do not impose a significant investment risk to them, as indicated by the Polish Financial Supervision Authority in the Statement, as referred to above.

**Key words:** closed-end investment funds, closed-end securitization investment funds, securitization, guarantee agreements, Polish Financial Supervision Authority.

## 1. Wprowadzenie

W praktyce rynkowej spotykane są różnego rodzaju zabezpieczenia wykonywania czynności zleconych przez towarzystwa funduszy inwestycyjnych. Jednym z nich jest zawarcie „umowy gwarancyjnej" z podmiotem, któremu towarzystwo powierzyło zarządzanie sekurytyzowanymi wierzytelnościami funduszu inwestycyjnego zamkniętego.

**Teza**

**Zawarcie przez towarzystwo funduszy inwestycyjnych (dalej: „Towarzystwo", „TFI") „umowy gwarancyjnej" — takiej, która ma zagwarantować odpowiedni poziom stopy zwrotu z inwestycji, w przypadku zawarcia jej z podmiotem zarządzającym sekurytyzowanymi wierzytelnościami sekurytyzacyjnego funduszu inwestycyjnego zamkniętego, przynosi korzyść uczestnikom danego funduszu.**

## 2. Stanowisko Komisji Nadzoru Finansowego

Urząd Komisji Nadzoru Finansowego (dalej: „UKNF", „Urząd") w swoim stanowisku z dnia 25 maja 2018 roku w sprawie umów gwarancji zawieranych przez towarzystwa z podmiotami trzecimi na rzecz uczestników funduszu inwestycyjnego zamkniętego (a takimi są m.in. niestandaryzowane sekurytyzacyjne fundusze inwestycyjne zamknięte), odniósł się do tego typu umów w sposób krytyczny. We wstępie czytamy: *Urząd Komisji Nadzoru Finansowego pragnie zwrócić uwagę na konieczność przyjęcia przez towarzystwa ostrożnościowego podejścia do zawierania powyższych umów jako powodujących znaczne obciążenie ryzykiem inwestorów oraz konieczność rzetelnego przedstawienia informacji w przedmiotowym zakresie wynikającą z przepisów ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi* (Dz. U. z 2018 poz. 1355 z późn. zm.; dalej: „Ustawa". Stanowisko, 25.05.2018 r.).

UKNF w swoim stanowisku z dnia 25 maja 2018 roku, wskazał, że mając na uwadze obszary problemowe identyfikowane w toku nadzoru systemowego nad funduszami inwestycyjnymi zamkniętymi, w szczególności zaś w zakresie dotyczącym umów zawieranych przez towarzystwa funduszy inwestycyjnych, w ramach których podmioty trzecie zobowiązują się do wypłaty uczestnikom funduszy inwestycyjnych zamkniętych kwoty stanowiącej różnicę pomiędzy ceną wykupu certyfikatu inwestycyjnego, a ceną emisyjną tego certyfikatu, powiększoną o tzw. gwarantowany zysk, towarzystwa powinny podejść w sposób ostrożnościowy do tego typu umów (Stanowisko, 25.05.2018 r.).

W szczególności, w swoim stanowisku Urząd wskazał, że zgodnie z art. 19 ust. 2 Ustawy, przy określeniu celu inwestycyjnego funduszu, na towarzystwie ciąży obowiązek zamieszczenia w statucie zastrzeżenia, że fundusz inwestycyjny nie gwarantuje osiągnięcia celu inwestycyjnego. Intencją ustawodawcy było uświadomienie nawet najmniej zorientowanych uczestników rynku kapitałowego, że inwestycja w fundusz inwestycyjny nie daje pewności zysku.

Czytając stanowisko Urzędu, nie sposób nie odnieść wrażenia, że UKNF w tego typu umowach dostrzega ryzyko błędnego zrozumienia gwarancji przez uczestników funduszy, którzy mogą mieć wrażenie, że zysk w danym funduszu (takim który zawarł umowę gwarancyjną) jest gwarantowany. Dzieje się tak poprzez niezrozumienie przez inwestora istoty tego rodzaju umowy. Zdaje się, że szansa na błędną interpretację przez uczestnika funduszu jest niewielka, a to chociażby przez obligatoryjną obecność w statucie funduszu informacji o tym, że fundusz nie gwarantuje zysku. Przy zachowaniu należytej staranności przez Towarzystwo, zawieranie tego typu umów przez TFI powinno w dodatkowy sposób chronić interes uczestnika funduszu. W dalszej części artykułu postaram się to wykazać, na przykładzie umów spotykanych w praktyce rynkowej — zawieranych przez Towarzystwa z Serwiserami Niestandaryzowanych Sekurytyzacyjnych Funduszy Inwestycyjnych Zamkniętych.

Jedną z form funduszu inwestycyjnego zamkniętego jest fundusz sekurytyzacyjny, dokonujący emisji certyfikatów inwestycyjnych w celu zgromadzenia środków na nabycie wierzytelności (Krupa, 2008, s. 112).

## 3. Niestandaryzowany Sekurytyzacyjny Fundusz Inwestycyjny Zamknięty

Sekurytyzacyjny Fundusz Inwestycyjny Zamknięty zgodnie z art. 183 ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (dalej: „Ustawa") jest to fundusz dokonujący emisji certyfikatów inwestycyjnych w celu zgromadzenia środków na nabycie wierzytelności, w tym wierzytelności finansowanych ze środków publicznych w rozumieniu odrębnych przepisów, lub praw do świadczeń z tytułu określonych wierzytelności.

Fundusz sekurytyzacyjny może zostać utworzony jako standaryzowany fundusz sekurytyzacyjny lub niestandaryzowany fundusz sekurytyzacyjny. Fundusze te różnią się od siebie stopniem ryzyka związanego z emitowanymi certyfikatami inwestycyjnymi, a także konstrukcją prawną (Krupa, 2008, s. 116).

Pojęcie sekurytyzacji nie jest jednoznacznie rozumiane w doktrynie. W szerszym znaczeniu przyjmuje się, że oznacza ono jeden ze sposobów przepływów środków pomiędzy podmiotami wykazującymi ich nadwyżkę, a podmiotami cechującymi się ich niedoborem. Podmiot chcąc uzyskać finansowanie dokonuje emisji papierów wartościowych kierując swoją ofertę na rynek finansowy. Drugie, równie szerokie znaczenie sekurytyzacji jest związane z problematyką instrumentów finansowych. W przeciwieństwie do refinansowania opartego na pasywach, w przypadku sekurytyzacji chodzi o finansowanie oparte na aktywach, należących do szerokiej grupy inwestorów. W przypadku zaś węższego rozumienia tego pojęcia, mamy do czynienia z procesem, w ramach którego następuje wyodrębnienie w bilansie niepłynnej grupy aktywów, przeniesienie praw własności lub praw do czerpania pożytków na specjalnie powołany do tego podmiot, któ-

ry na ich podstawie dokonuje emisji dłużnych papierów wartościowych. Takie pojęcie sekurytyzacji jest nazywane w literaturze sekurytyzacją właściwą, a także wtórną i ustrukturyzowaną (Krupa, 2008, s. 112–113).

Podmiotami biorącymi udział w modelu sekurytyzacji są: inicjator, podmiot emisyjny oraz inwestorzy. Inicjatorem jest podmiot, który chce przenieść całość lub część uprawnień do znajdujących się w jego bilansie aktywów na podmiot emisyjny w zamian za wynagrodzenie. Rolą podmiotu emisyjnego jest nabycie całości lub części praw majątkowych do aktywów inicjatora z uprzednią lub następczą emisją instrumentów finansowych (Certyfikatów Inwestycyjnych), z której wpływy służą pokryciu wynagrodzenia za przeniesienie tych praw majątkowych. Wyróżnić należy sekurytyzację, w skutek której dochodzi do przeniesienia aktywów na pośrednika oraz sekurytyzację syntetyczną, w której na pośrednika zostaje przeniesione jedynie ryzyko związane z przyszłymi przepływami pieniężnymi — Subpartycypacja (Borowski, 2014, s. 628–629).

W ujęciu ekonomicznym istnienie podmiotów skupujących wierzytelności ma kluczowe znaczenie dla rynku. Zbywca może zdobyć środki płynne — oczywiście ze stratą (przyjmijmy, że jest możliwe odkupienie wierzytelności za 30 % wartości) ale w ten sposób może uchronić się często od znacznie większych strat — w przypadku gdyby nie odzyskał środków. Ustawodawca umożliwił tworzenie sekurytyzacyjnych funduszy inwestycyjnych zamkniętych w dwóch kategoriach — standaryzowany sekurytyzacyjny fundusz inwestycyjny zamknięty oraz niestandaryzowany sekurytyzacyjny fundusz inwestycyjny zamknięty. Jego założeniem było stworzenie dwóch rodzajów funduszy różniących się poziomem ryzyka inwestycyjnego, w tym przede wszystkim ryzyka ponoszonego przez uczestników funduszu (Borowski, 2014, s. 630).

Standaryzowany sekurytyzacyjny fundusz inwestycyjny zamknięty posiada wydzielone subfundusze, ma obowiązek lokować co najmniej 75% wartości aktywów każdego subfunduszu w jednolite rodzajowo wierzytelności lub prawa do świadczeń z tytułu jednolitych rodzajowo wierzytelności. Fundusz taki nie może dokonywać kolejnych emisji certyfikatów inwestycyjnych związanych z danym subfunduszem, co powinno zapewnić inwestorom możliwość oszacowania ryzyka inwestycyjnego związanego z uczestnictwem w funduszu jeszcze przed objęciem certyfikatów inwestycyjnych (Borowski, 2014, s. 630–631).

Niestandaryzowany sekurytyzacyjny fundusz inwestycyjny zamknięty może natomiast nabywać wierzytelności niejednolite rodzajowo (takie, które w szczególności wynikają z różnych tytułów prawnych) oraz może przeprowadzać kolejne emisje certyfikatów inwestycyjnych. Niejednolitość wierzytelności, a także możliwość istotnej zmiany składu portfela inwestycyjnego funduszu po jego utworzeniu, wpływa w sposób istotny na poziom ryzyka inwestycyjnego związanego z nabywaniem Certyfikatów Inwestycyjnych. Dzieje się tak z uwagi na niemożność oceny *ex ante* przez uczestników ryzyka wiążącego się z poszczególnymi wierzytelnościami (Borowski, 2014, s. 631).

Między innymi, to właśnie z powodu braku konieczności posiadania przez fundusz jednolitego portfela, a także poprzez możliwość kolejnych emisji Certyfikatów Inwestycyjnych Niestandaryzowane Sekurytyzacyjne Fundusze Inwestycyjne Zamknięte są dużo częściej spotykane w praktyce rynkowej (Lista Funduszy).

## 4. Działalność firm zarządzających sekurytyzowanymi wierzytelnościami funduszu sekurytyzacyjnego

Zrealizowanie zysku przez inwestora funduszu inwestycyjnego zamkniętego mającego w swoim portfelu wierzytelność, zależy od właściwego zarządzania sekurytyzowanymi wierzytelnościami, w tym w szczególności od skutecznego dochodzenia tych wierzytelności. Towarzystwa Funduszy Inwestycyjnych jako podmioty niewyspecjalizowane w dochodzeniu należności często zawierają umowę o powierzenie zarządzania portfelem inwestycyjnym funduszu sekurytyzacyjnego obejmującego sekurytyzowane wierzytelności z podmiotem posiadającym zezwolenie na takie zarządzanie. Zgodnie z Ustawą, towarzystwo funduszy inwestycyjnych może zlecić innemu podmiotowi, w drodze pisemnej umowy, zarządzanie portfelem inwestycyjnym funduszu. Podstawą zawarcia takiej umowy jest art. 45a ust. 1 ustawy, zgodnie z którym, z zastrzeżeniem art. 47 ust. 6 oraz z uwzględnieniem art. 75–82 rozporządzenia 231/2013, towarzystwo może, w drodze umowy zawartej w formie pisemnej, powierzyć przedsiębiorcy lub przedsiębiorcy zagranicznemu wykonywanie czynności związanych z działalnością prowadzoną przez to towarzystwo. Jednocześnie zgodnie z art. 46 ust. 2a ustawy, towarzystwo może zawrzeć umowę w przypadku funduszu sekurytyzacyjnego w zakresie zarządzania całością lub częścią portfela inwestycyjnego obejmującego pulę wierzytelności, lub sekurytyzowane wierzytelności wyłącznie z podmiotem, o którym mowa w art. 192 Ustawy, czyli podmiotem posiadającym zezwolenie Komisji Nadzoru Finansowego na zarządzanie sekurytyzowanymi wierzytelnościami funduszy sekurytyzacyjnych.

W chwili obecnej, zgodnie z informacjami zamieszczonymi na stronie UKNF — takich podmiotów na polskim rynku jest ponad czterdzieści (Lista podmiotów). Co do zasady, sytuacja w której zostaje powierzone podmiotowi posiadającemu odpowiednie zezwolenie zarządzanie portfelem inwestycyjnym funduszu obejmującym sekurytyzowane wierzytelności jest korzystna dla uczestnika funduszu. Jest tak, ponieważ jest to podmiot wyspecjalizowany w dochodzeniu należności, zapewniający skuteczne ich dochodzenie. Podmioty te są także weryfikowane przez UKNF, tak więc spełniają określone standardy, które są istotne dla ochrony interesów uczestników funduszy. UKNF ma zadanie czuwać nad tym, aby w danym podmiocie istniały silne mechanizmy nadzorcze, gwarantujące prawidłowe działanie podmiotu. Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego z dnia 23 października 2018 roku w sprawie podmiotów zarządzających sekurytyzowanymi wierzytelnościami funduszy sekurytyzacyjnych, *obowiązek przestrzegania przepisów ustawy i prowadzenia działalności w sposób zapewniający bezpie-*

*czeństwo uczestników funduszy sekurytyzacyjnych oraz przestrzeganie zasad uczciwego obrotu spoczywa przede wszystkim na organach statutowych podmiotów zarządzających sekurytyzowanymi wierzytelnościami funduszy sekurytyzacyjnych. Dotyczy on niewątpliwie zarówno organów prowadzących sprawy podmiotu (np. zarząd, komplementariusze spółki komandytowej, partnerzy zarządzający), jak również organów nadzorczych (np. rada nadzorcza, komisja rewizyjna);* (Stanowisko, 25.05.2018 r.). Urząd Komisji Nadzoru Finansowego słusznie zauważa, że w celu zapewnienia jak najskuteczniejszej ochrony interesu uczestników funduszy inwestycyjnych, których wierzytelnościami zarządza podmiot posiadający stosowne zezwolenie, zasadnym jest, aby wewnętrzna struktura organizacyjna tego podmiotu zapewniała funkcjonowanie skutecznego nadzoru w tym podmiocie. W dalszej części swojego stanowiska, Urząd Komisji Nadzoru Finansowego podkreśla, że nawet w przypadku podmiotów, których forma prawna nie obliguje bądź nawet nie przewiduje istnienia organu nadzorczego, szczególnie istotne jest to, aby wyodrębnić w regulacjach wewnętrznych podmiotu komórki organizacyjnej jedno lub wieloosobowej (w zależności od skali działalności) odpowiedzialnej za nadzór nad prawidłowym wykonywaniem działalności w zakresie zarządzania sekurytyzowanymi wierzytelnościami funduszy sekurytyzacyjnych (Stanowisko, 23.10.2018 r.).

Powierzenie wykonywania czynności zarządzania sekurytyzowanymi wierzytelnościami funduszu sekurytyzacyjnego nie wyłącza obowiązku nadzoru towarzystwa funduszy inwestycyjnych nad tym podmiotem zgodnie z art. 45a ust. 4a. ustawy. Jak zauważa Urząd Komisji Nadzoru Finansowego w swoim stanowisku z dnia 15 maja 2018 roku w sprawie zlecania przez towarzystwa funduszy inwestycyjnych zarządzania portfelami inwestycyjnymi funduszy inwestycyjnych zamkniętych, to *towarzystwo funduszy inwestycyjnych powinno zadbać, aby relacja prawna ukształtowana pomiędzy towarzystwem, a podmiotem, któremu zamierza zlecić zarządzanie sekurytyzowanymi wierzytelnościami funduszu sekurytyzacyjnego, umożliwiała sprawowanie bieżącego nadzoru przez towarzystwo, a także umożliwiała badanie przez towarzystwo, czy czynności podejmowane przez zarządzającego portfelem inwestycyjnym funduszu inwestycyjnego zamkniętego nie wpływają niekorzystnie na prowadzenie działalności przez towarzystwo zgodnie z interesem uczestników funduszu* (Stanowisko, 15.05.2018 r.).

Można być zatem przekonanym, że w przypadku przekazania czynności podmiotowi posiadającemu zezwolenie na zarządzanie sekurytyzacyjnymi wierzytelnościami funduszu sekurytyzacyjnego nie powoduje to zwiększenia ryzyka uczestników funduszu. Działają dwa mechanizmy nadzorcze: nadzór UKNF oraz nadzór Towarzystwa. W przypadku nadzoru wykonywanego przez Towarzystwo, nadzór ten jest oceniany przez Komisję Nadzoru Finansowego w ramach nadzoru nad Towarzystwem.

Urząd Komisji Nadzoru Finansowego w swoim stanowisku, w sprawie zlecania przez towarzystwa funduszy inwestycyjnych zarządzania portfelami inwestycyjnymi funduszy inwestycyjnych zamkniętych wskazuje ponad to, co było wcześniej powiedziane, że zgodnie z art. 64 ust. 1 ustawy, towarzystwo funduszy inwestycyjnych odpowiada wobec uczestników funduszu inwestycyjnego zamkniętego za wszelkie szkody spowodowane niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem swoich obowiązków w zakresie zarządzania funduszem i jego reprezentacji, chyba że wykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków jest spowodowane okolicznościami, za które towarzystwo odpowiedzialności nie ponosi. Stosownie do art. 45a ust. 5 ustawy, zawarcie umowy, o której mowa w art. 45a ust. 1 Ustawy, nie zwalnia towarzystwa z tej odpowiedzialności. Wobec powyższego przez cały czas trwania zarządzania portfelem inwestycyjnym funduszu inwestycyjnego zamkniętego przez inny podmiot, towarzystwo funduszy inwestycyjnych pozostaje odpowiedzialne za właściwe wykonanie przekazanych zadań, w tym wykonywanie ich zgodnie z przepisami prawa. Odpowiedzialność towarzystwa za szkody spowodowane niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy ma charakter odpowiedzialności solidarnej z podmiotem, z którym zawarło umowę, o której mowa w art. 45 a ust. 1 ustawy (Stanowisko, 25.05.2018 r.). Urząd Komisji Nadzoru Finansowego zauważa w tym punkcie, że towarzystwo powinno dopilnować, aby podmiot, któremu zlecono zarządzanie portfelem inwestycyjnym funduszu inwestycyjnego zamkniętego stosował standardy jakości, które stosowałoby samo towarzystwo, ponieważ w innym przypadku działanie takiego podmiotu mogłoby narazić towarzystwo na poniesienie odpowiedzialności (Stanowisko, 15.05.2018 r.)

Nie dziwi zatem fakt, że skoro towarzystwa funduszy inwestycyjnych są narażone na poniesienie odpowiedzialności solidarnej z podmiotem, któremu zostało powierzone zarządzanie sekurytyzowanymi wierzytelnościami funduszu sekurytyzacyjnego, za skutki jego działań lub zaniechań, to szukają one mechanizmów, które w odpowiedni sposób zabezpieczą interes uczestników funduszy. Jednym z takich mechanizmów jest, np. posiadanie przez podmiot zarządzający sekurytyzowanymi wierzytelnościami funduszu sekurytyzacyjnego Certyfikatów Inwestycyjnych w danym funduszu, podporządkowanych innym Certyfikatom Inwestycyjnym, tj. mogą one być wykupione przez uczestnika funduszu, którym jest firma zarządzająca sekurytyzowanymi wierzytelnościami dopiero po wykupieniu wszystkich Certyfikatów Inwestycyjnych przez innych inwestorów.

## 5. Ochrona uczestnika funduszu

Aby skuteczniej chronić inwestorów, Towarzystwa zaczęły zawierać z firmami zarządzającymi sekurytyzacyjnymi wierzytelnościami funduszu sekurytyzacyjnego tzw. „umowy gwarancyjne", umowy które mają na celu „zmotywowanie" Serwiserów do skuteczniejszego dochodzenia wierzytelności. Celem inwestora jest osiągnięcie zysku. Zysk ten osiągnie, jeżeli wzrośnie wartość aktywów funduszu. Aby był możliwy wzrost wartości aktywów funduszu w przypadku niestandaryzowanego sekurytyzacyjnego funduszu inwestycyjnego zamkniętego, konieczne jest prawidłowe zarządzanie wierzytelnościami takiego funduszu, które obejmują co najmniej 75% portfela inwestycyjnego zgodnie z art. 187

ust. 3 ustawy. Przez prawidłowe zarządzanie takimi wierzytelnościami powinniśmy rozumieć skuteczne dochodzenie wierzytelności, zbywanie aktywów, które przestają być rentowne, a także nabywanie nowych wierzytelności. Kluczowym jednak jest, aby skutecznie dochodzić wierzytelności, które jeżeli są dochodzone sprawnie, zwiększają wartość portfela inwestycyjnego poprzez poprawianie jego rentowności, a co za tym idzie wycen.

Towarzystwa chcąc wymusić skuteczniejsze dochodzenie wierzytelności przez podmiot zarządzający sekurytyzowanymi wierzytelnościami funduszu sekurytyzacyjnego, zawierają z nim „umowę gwarancyjną". Określają w niej o ile wartość aktywów funduszu powinna wzrosnąć w danym czasie. W przypadku, w którym po upływie określonego czasu, aktywa funduszu nie osiągną zakładanego poziomu, uruchamiany jest mechanizm zawarty w tego typu umowie, powodujący zlikwidowanie różnicy między zakładanym poziomem wartości aktywów, a poziomem osiągniętym poprzez pokrycie różnicy w wycenie środkami pochodzącymi od podmiotu zarządzającego.

Urząd Komisji Nadzoru Finansowego w swoim stanowisku zwraca uwagę, że umowy zawierane przez towarzystwa z podmiotami trzecimi, które zobowiązują się do wypłaty „gwarancji" są umowami, które należą do stosunków cywilnoprawnych, które nie są objęte nadzorem Komisji i nie są uregulowane w ustawie. Według UKNF, taka konstrukcja umowy nie stanowi dodatkowego uprzywilejowania zgodnie z brzmieniem art. 121 Ustawy, gdyż wszelkie roszczenia wobec podmiotu gwarantującego wynikają z zawartej z tym podmiotem umowy, a nie statutem funduszu (Stanowisko, 25.05.2018 r.). Moim zdaniem, w przypadku dochowania należytej staranności przez Towarzystwo, w tym poprzez odpowiednie wyjaśnienie inwestorom ryzyka związanego z tak skonstruowaną umową cywilnoprawną, każdorazowo zawarcie tego typu umowy będzie korzystne dla inwestora. W przypadku bowiem najczarniejszego scenariusza: upadku podmiotu, braku możliwości dochodzenia od niego roszczenia tytułem „umowy gwarancyjnej", samo zawarcie tego typu umowy, celem umotywowania podmiotu dochodzącego sekurytyzowanych wierzytelności do skuteczniejszego ich dochodzenia pod groźbą poprawienia rentowności funduszu własnymi środkami jest pozytywne dla inwestora w chwili zawarcia umowy.

Wydaje się nawet, że jest skuteczniejsze niż posiadanie własnych certyfikatów inwestycyjnych przez podmiot zarządzający sekurytyzowanymi wierzytelnościami funduszu sekurytyzacyjnego w danym funduszu, podporządkowanych certyfikatom inwestycyjnym inwestorów. Może być tak, ponieważ dany podmiot może mieć świadomość, że strata jaką poniesie w związku z wypłatą środków na rzecz funduszu związanych z mniejszą rentownością niż się zobowiązał, w większości przypadków będzie większa niż utrata wartości jego certyfikatów inwestycyjnych, których spadek wartości byłby dotkliwy dopiero po spadku ich wartości poniżej ceny emisyjnej, po której je obejmował.

Nasuwa się wniosek, że zawarcie „umowy gwarancyjnej" przez Towarzystwo jest korzystne dla inwestora, ponieważ zwiększa szanse na rentowność funduszu. Należy jednak oddać słuszność poglądowi Komisji Nadzoru Finansowego, że uczestnicy funduszu, powinni być w takim wypadku odpowiednio poinformowani. Należy dołożyć należytej staranności, aby postanowienia zawarte w dokumentach dostępnych inwestorom, w sposób jasny pokazywały, że fundusz nie gwarantuje osiągnięcia stopy zwrotu z inwestycji, a wszelkiego rodzaju umowy gwarancyjne są jedynie narzędziem, które zwiększa szanse na osiągnięcia zakładanego zwrotu. Powstałe bowiem zobowiązania podmiotu, który zarządza wierzytelnościami funduszu sekurytyzacyjnego, będą posiadały podobne ryzyka niezaspokojenia, jak w przypadku obligatariuszy firm rynku finansowego. W przypadku złej kondycji podmiotu, funduszowi oraz Towarzystwu będzie ciężko dojść należności z tytułu umów gwarancyjnych, podobnie jak obligatariuszom podmiotów w złej kondycji finansowej. Spory sądowe mogą trwać latami, a nawet już zasądzonych należności może być nie sposób uzyskać z powodu braku aktywów danego podmiotu.

## Bibliografia

Ustawa z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi zamkniętymi, (Dz. U. 2018 poz. 1355, z późn. zm.).

Krupa, D. (2008). *Zamknięte Fundusze Inwestycyjne*. Warszawa: CeDeWu Sp. z o.o.

Borowski, G. (2014). *Ustawa o Funduszach Inwestycyjnych. Komentarze*. Warszawa: LEX. Wolters Kluwer S.A.

**Źródła internetowe**

Stanowisko Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego z dnia 15 maja 2018 roku w sprawie zlecenia przez towarzystwa funduszy inwestycyjnych zarządzania portfelami inwestycyjnymi funduszy inwestycyjnych zamkniętych; (dostęp 30 listopada 2018 r.); https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Stanowisko_UKNF_w_sprawie_przekazania_zarzadzania_portfelami_funduszy_61766.pdf.

Stanowisko Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego z dnia 25 maja 2018 roku w sprawie umów gwarancji zawieranych przez towarzystwa z podmiotami trzecimi na rzecz uczestników funduszu inwestycyjnego zamkniętego, (dostęp 30 listopada 2018 r.); https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Stanowisko_UKNF_ws_umow_gwarancji_zawieranych_przez_towarzystwa_z_podmiotami_trzecimi_na_rzecz_uczestnikow_funduszu_inwestycyjnego_zamknietego_61895.pdf.

Stanowisko Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego z dnia 23 października 2018 roku w sprawie podmiotów zarządzających sekurytyzowanymi wierzytelnościami funduszy sekurytyzacyjnych, (dostęp 30 listopada 2018 r.); https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Stanowisko_UKNF_w_sprawie_podmiotow_zarzadzajacych_sekurytyzowanymi_wierzytelnosciami_funduszy_sekurytyzacyjnych_63505.pdf.

Lista Funduszy — Podmioty Rynku Kapitałowego, Towarzystwa Funduszy Inwestycyjnych i Fundusze Inwestycyjne, (dostęp 30 listopada 2018 r.); https://www.knf.gov.pl/podmioty/Podmioty_rynku_kapitalowego/TFI_i_FI).

Lista Podmiotów posiadających zezwolenie na zarządzanie sekurytyzowanymi wierzytelnościami funduszu sekurytyzacyjnego; (dostęp 30 listopada 2018 r.).

https://www.knf.gov.pl/podmioty/Podmioty_rynku_kapitalowego/Podmioty_posiadajace_zezwolenie_KNF_na_zarzadzanie_sekurytyzowanymi_wierzytelnosciami_funduszu_sekurytyzacyjnego).

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.34

# Zakres podmiotowy prawa do strajku w świetle zmiany ustawy o związkach zawodowych

## The subjective scope of the right to strike in the light of the amendment to the Trade Unions Act

***mgr Jakub Rumian***

E-mail: kuba.rumian@gmail.com

**Streszczenie**

Artykuł jest poświęcony problematyce zakresu podmiotowego prawa do strajku w świetle nowelizacji ustawy o związkach zawodowych z 5 lipca 2018 r. Poprzez niniejsze zmiany, zostanie poszerzony także krąg podmiotów, które będą posiadać prawo do strajku, a zwłaszcza osoby wykonujące pracę zarobkową na innej podstawie niż stosunek pracy. W tym kręgu znajdują się zwłaszcza osoby zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych. Artykuł prezentuję także różnice pomiędzy dotychczasowym zakresem podmiotowym prawa do strajku, a zakresem który będzie obowiązywał od 1 stycznia 2019 r. czyli od wejścia ustawy o zmianie ustawy o związkach zawodowych w życie. Autor przedstawia także kompleksowo, jakie kategorie podmiotów legitymują się prawem do strajku w świetle omawianej nowelizacji, co ma także wydźwięk praktyczny.

**Słowa kluczowe:** związki zawodowe, strajk, zakres podmiotowy prawa do strajku, zmiana ustawy o związkach zawodowych, spory zbiorowe.

**Summary**

The article is devoted to the issue of subjective scope of the right to strike in the light of the amendment to the Trade Union Act in July 2018.Thanks to this amendment, the subcjective scope of the right to strike will be expanded for people who does work in return for payment, but on the other base than employment relationship. It includes escpecially people who do work on civil law relationsips. As well as the article presents difference beetwen current scope of the right to the strike and scope which will apply from 2019. The author also presents comprehensively which categories of entities hold the right to strike in the light of the discussed amendment, what also has practical meaning.

**Key words:** trade unions, the strike, the subjective scope of the right to strike, change of the Trade Unions Act, collective disputes.

### 1. Uwagi wstępne

1 stycznia 2019 r. wejdzie w życie ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o związkach zawodowych oraz niektórych innych ustaw. Niniejsza zmiana wprowadza wiele modyfikacji w zakresie funkcjonowania związków zawodowych w polskim porządku prawnym, lecz głównym jej celem jest rozszerzenie zakresu podmiotowego prawa do tworzenia i wstępowania do związków zawodowych[1]. Ustawa zmieniająca, o której mowa powyżej jest bezpośrednim skutkiem wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 2 czerwca 2015 r., sygn. akt K 1/13 (Dz. U. poz. 791). Trybunał Konstytucyjny, stwierdził bowiem, że art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych (Dz. U. z 2014 r. poz. 167) w zakresie, w jakim ogranicza wolność tworzenia i wstępowania do związków zawodowych osobom wykonującym pracę zarobkową niewymienionym w tym przepisie, jest niezgodny z art. 59 ust. 1 w związku z art. 12 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego podmiotem wolności zrzeszania się w związku zawodowym — przewidzianej w art. 59 ust. 1 Konstytucji — są pracownicy, rozumiani jako ogół osób zatrudnionych wykonujących pracę zarobkową, podejmujących wspólne i zorganizowane działania mające zapewnić ochronę praw i interesów związanych bezpośrednio z ich pracowniczym statusem.

Należy stwierdzić, że tym samym Trybunał Konstytucyjny podkreślił istotną różnicę pomiędzy pojęciem pracownika w świetle przepisów prawa pracy, a jego definicją konstytucyjną. Warto wskazać, że w doktrynie nie ma sporu co do różnego pojmowania tych definicji na gruncie poszczegól-

nych aktów prawnych, a formułowanie definicji autonomicznych na gruncie przepisów Konstytucji dla spójności systemu prawa jest nieodzowne. Konstytucja bowiem jako akt o wysokim stopniu generalizacji, wyznaczający przede wszystkim podstawowe wartości dla organizacji państwowości, musi posługiwać się pojęciami ogólniejszymi, obejmującymi szersze spektrum życia społecznego. Jednym z takich pojęć jest właśnie pojęcie pracownika[2].

Skutki zmiany ustawy o związkach zawodowych, są jednak dużo szersze i nie ograniczają się tylko i wyłącznie do ustawy związkowej, o czym świadczy, chociażby ilość aktów prawnych, w których, ustawa nowelizacyjna wprowadza zmiany. Nierzadko bowiem inne akty prawne, wprost nakazywały rozumienia pojęcia pracownika w myśl ustawy o związkach zawodowych, czego przykładem jest ustawa o rozwiązywaniu sporów zbiorowych z dnia 23 maja 1991 r. (Dz. U. nr 55, poz. 236). Nowelizacja, o której mowa powyżej pociąga więc za sobą zmianę zakresu podmiotowego także i w tych aktach prawnych, gdzie przepisy nakazują rozumieć pracownika w taki właśnie sposób, jak ustawa o związkach zawodowych. Omówienie zakresu podmiotowego rzeczonej ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych w świetle zmiany ustawy o związkach zawodowych wymaga odrębnego opracowania, dlatego w niniejszym wywodzie chciałbym skupić, się przede wszystkim na istotnych zmianach dotyczących zakresu podmiotowego prawa do strajku oraz to w jaki sposób nowelizacja, wpłynie na ten niepokojowy sposób rozwiązywania sporów zbiorowych. Równocześnie, należy zaznaczyć, że ulegnie zmianie wraz z zakresem podmiotowym prawa do strajku, zakres zdolności strajkowej. Zdolność strajkowa rozumiana jako nie tylko możność organizacji i uczestniczenia w strajku, ale także bycie podmiotem praw i obowiązków, które prawo przyznaje strajkującym. Samo omówienie zdolności strajkowej, winno być również przedmiotem odrębnego opracowania, należy jedynie zasygnalizować, że pojęcie zdolności strajkowej chociaż nie ulegnie zmianie, to zdecydowanie zostanie rozszerzona wprost proporcjonalnie do zmiany zakresu podmiotowego prawa do strajku.

## 2. Dotychczasowy zakres podmiotowy prawa do strajku

Legalną definicję strajku zawiera art. 17 ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych, zgodnie z którą strajk polega na zbiorowym powstrzymywaniu się pracowników od wykonywania pracy w celu rozwiązania sporu dotyczącego warunków pracy, płac lub świadczeń socjalnych oraz praw i wolności związkowych pracowników lub innych grup, którym przysługuje prawo zrzeszania się w związkach zawodowych. Podmiotem strajku są więc w obecnym brzmieniu ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych takie osoby, których zbiorowe powstrzymywanie się od wykonywania pracy czyni takie zachowanie strajkiem z punktu widzenia tejże ustawy. Definicja ustawowa określa podmioty strajku jako pracowników, co zdaje się być, nawet w obecnym brzmieniu ustawy pojęciem znacząco za wąskim. Poza zakresem pojęcia „pracownik" mieszczą się bowiem wszystkie osoby świadczące pracę na innych podstawach niż zawartych w art. 2 Kodeksu pracy, a które także mogą brać udział w strajku, na podstawie poszczególnych przepisów ustawowych. W tym miejscu należy wskazać, że krąg osób posiadających zdolność strajkową — rozumianą jako możność udziału w strajku oraz bycia podmiotem praw i obowiązków, które ustawodawca przyznaje strajkującym, jest *de lege lata* szersza. Pojęcie pracownika, którym ustawodawca posługuje się w art. 17 ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych, należy rozumieć z perspektywy kodeksowej definicji wyrażonej w art. 2 Kodeksu pracy. Tak więc pracownikiem jest osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę. Oczywistym zdaje się być, że osoby świadczące pracę na powyższych podstawach legitymują się zdolnością strajkową. Obecnie nierzadko jednak zatrudnienie oparte jest na innych niż stosunek pracy podstawach zatrudnienia zwłaszcza na podstawie umów cywilnoprawnych. W tym miejscu pojawia się pytanie czy świadczenie pracy na podstawie innej niż wyrażone w art. 2 Kodeksu pracy przyznaje takim osobom zdolność strajkową?

W celu uzyskania odpowiedzi na postawione pytanie należy odnieść się do artykułu 6 ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych, gdzie jak podkreśla J. Żołyński znajdujemy wyraźne rozróżnienie kręgu osób, do których mają zastosowanie przepisy ustawy. Artykuł ten stanowi, że przepisy ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych, które odnoszą się do pracowników, mają odpowiednie zastosowanie do osób, o których mowa w art. 2 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych (Dz. U. nr 55, poz. 234)[3]. Właśnie ten zapis, kluczowy jest dla dalszej części przedmiotowego wywodu bowiem, wyraźnie zaznacza, że zmiana zakresu podmiotowego ustawy o związkach zawodowych, jest równocześnie zmianą zakresu podmiotowego ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych, co za tym idzie zakresu podmiotowego prawa do strajku. Art. 2 ust. 2 ustawy o związkach zawodowych mówiący, że osobom wykonującym pracę nakładczą przysługuje prawo wstępowania do związków zawodowych działających w zakładzie pracy, z którym nawiązały umowę o pracę nakładczą utracił moc na skutek orzeczenia o jego niekonstytucyjności przez Trybunał Konstytucyjny z dnia 2 czerwca 2015 roku. Ponadto — co zostało zaznaczone już na wstępie — w przywołanym wyroku Trybunał orzekł także o niezgodności z Konstytucją art. 2 ust. 1 ustawy o związkach zawodowych z tym, że przepis, aż do podpisania przez Prezydenta RP ustawy o zmianie ustawy o związkach zawodowych pozostawał bez zmian i de lege lata obowiązuje (prawo tworzenia i wstępowania do związków zawodowych mają pracownicy bez względu na podstawę stosunku pracy, członkowie rolniczych spółdzielni produkcyjnych oraz osoby wykonujące pracę na podstawie umowy agencyjnej, jeżeli nie są pracodawcami). Trybunał Konstytucyjny uznał wskazane przepisy za niezgodne z art. 59 ust. 1 Konstytucji RP zapewniający wolność zrzeszania w związkach zawodowych. W uzasadnieniu wskazano, że niekonstytucyjność polega w tym miejscu na ograni-

czeniu wolności zrzeszania się w związkach osobom wykonującym pracę zarobkową, które nie zaliczają się do jednej z trzech kategorii podmiotów wymienionych w tym przepisie. Wadliwość regulacji ustawowej wynika zatem z jej zbyt wąsko ujętego zakresu podmiotowego. Uniemożliwia realizowanie wolności zrzeszania się w związkach zawodowych pewnej grupie osób będących adresatami wolności, o której mowa w art. 59 ust. 1 w związku z art. 12 Konstytucji[4]. Jak zostało podkreślone w doktrynie, Trybunał Konstytucyjny nie zakwestionował treści niniejszych przepisów, lecz ich zakres, który określił jako zbyt wąski, a prawo do zrzeszania się w związkach zawodowych przysługuje szerokiej kategorii pracowników[5]. Dlatego też przepis art. 2 ust. 1 ustawy o związkach zawodowych nie utracił obowiązującej mocy, gdyż stanowisko Trybunału nie podważało wolności tworzenia związków zawodowych osób posiadających status pracownika w rozumieniu art. 2 Kodeksu pracy, członków rolniczych spółdzielni produkcyjnych ani też osób wykonujących pracę na podstawie umowy agencyjnej i wstępowania do nich. Tak jak jednak zostało wskazane powyżej, chociaż artykuł pozostał w dotychczasowym brzmieniu, wyrok Trybunału zobowiązał poniekąd ustawodawcę do zmiany jego treści, czego implikacją jest właśnie zmiana ustawy o związkach zawodowych.

Trybunał zaznaczył, również w uzasadnieniu, że niezależnie od działań ustawodawcy, wyrok ten ma charakter wiążący i niepodważalny, a wolność zrzeszania przysługuje każdemu pracownikowi w rozumieniu konstytucyjnym. Odgrywa to kluczową rolę dla niniejszego wywodu i problematyki podmiotowości strajku oraz samej zdolności strajkowej. W związku z faktem, że ustawodawca w art. 6 ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych czyni odwołanie do omawianych i niezgodnych z Konstytucją przepisów, nasuwało się przez cały czas — podczas gdy ustawodawca nie podejmował odpowiednich kroków w celu normatywnego uregulowania postanowień wynikających z wyroku Trybunału Konstytucyjnego — pytanie, kto rzeczywiście może być podmiotem strajku? Czy należy brać pod uwagę literalne brzmienie art. 2 ust. 1 ustawy o związkach zawodowych i krąg osób tam wskazanych traktować, jako pracowników w rozumieniu ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych, czy też rozumieć pracownika w jego znaczeniu konstytucyjnym i w świetle wyroku Trybunału Konstytucyjnego czyli jako podmiotu świadczącego pracę zarobkową na rzecz innego podmiotu niezależnie od podstawy tego stosunku? Takie pojmowanie mogłoby w znaczący sposób wpłynąć na zakres podmiotowy prawa do strajku i zdolności strajkowej oraz prowadzić do wniosku, że także osoby świadczące pracę na podstawie m.in. umów cywilnoprawnych będą legitymowały się zdolnością strajkową. Moim jednak zdaniem teleologiczna wykładnia przepisów ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych nie pozwalała dotychczas (i do 1 stycznia 2019 roku nie pozwala) na takie szerokie rozumowanie. Należy ciągle zaznaczać, że Trybunał Konstytucyjny odnosił się wyłącznie do wolności zrzeszania się w związkach zawodowych nie poruszając problematyki związku takiego rozszerzenia podmiotowego z prawem do strajku. Do tej pory należało rozumieć, że prawo do strajku przysługiwać powinno tym grupom które wskazane są w przepisie art. 2 ust. 1 ustawy o związkach zawodowych czyli członkom rolniczych spółdzielni produkcyjnych, osobom wykonującym pracę na podstawie umowy agencyjnej, jeśli nie są pracodawcami i oczywiście pracownikom w rozumieniu art. 2 Kodeksu pracy. Argumentem za takim rozumieniem dotychczasowego i wciąż obecnego zakresu podmiotowego prawa do strajku, był też fakt, że prawo do strajku mimo, że mieści się w szeroko pojętej wolności związkowej, to zostało ono odrębnie uregulowane w art. 59 ust. 3 Konstytucji. Nie znajduje dlatego w mojej ocenie uzasadnienia, przyznania zdolności strajkowej osobom, które świadczą pracę na innych podstawach niż wynikające z literalnego brzmienia przepisów, a zwłaszcza wynikających z prawa cywilnego. Katalog przewidziany przez ustawę o rozwiązywaniu sporów zbiorowych ma bowiem charakter enumeratywny i nie można dokonywać jego wykładni rozszerzającej *de lege lata* nawet w świetle przywołanego powyżej wyroku Trybunału Konstytucyjnego.

## 3. Zakres podmiotowy prawa do strajku od 1 stycznia 2019 r.

Ustawa o zmianie ustawy o związkach zawodowych wprowadza znaczącą modyfikację w zakresie podmiotowym prawa koalicji, gdzie kluczowym kryterium decydującym o przyznaniu tego prawa jest wykonywanie pracy zarobkowej. Zgodnie bowiem z art. 2 ust. 1 znowelizowanej ustawy o związkach zawodowych prawo tworzenia i wstępowania do związków zawodowych przysługuje osobom wykonującym właśnie pracę zarobkową. Przez wykonywanie pracy zarobkowej należy zaś rozumieć pracownika lub osobę świadczącą pracę za wynagrodzeniem na innej podstawie niż stosunek pracy, jeżeli nie zatrudnia do tego rodzaju pracy innych osób, niezależnie od podstawy zatrudnienia, oraz ma takie prawa i interesy związane z wykonywaniem pracy, które mogą być reprezentowane i bronione przez związek zawodowy (art. 11 ustawy o zmianie ustawy o związkach zawodowych oraz niektórych innych ustaw z dnia 5 lipca 2018 r.; Dz. U. 2018 poz. 1608). Przytoczone przepisy mają istotne znaczenie dla zakresu podmiotowego prawa do strajku, gdyż to właśnie one będą poniekąd stanowiły o tymże zakresie podmiotowym. Ustawa o zmianie ustawy o związkach zawodowych wprowadza bowiem także nowelizację omówionego w punkcie uprzednim art. 6 ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych. Jego dotychczasowe brzmienie (przepisy ustawy, w których jest mowa o pracownikach, mają odpowiednie zastosowanie do osób, o których mowa w art. 2 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych) zostanie uchylone, a od 1 stycznia 2019 r. będzie obowiązywało w następującej treści: Przepisy ustawy, w których jest mowa o pracownikach, mają odpowiednie zastosowanie do innych niż pracownicy osób wykonujących pracę zarobkową, o których mowa w art. 11 pkt 1 ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych, oraz osób, o których mowa w art. 2 ust. 5

i 6 ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych. Nie ma więc wątpliwości, że w art. 17 zawierającym legalną definicję strajku, ustawodawca używa pojęcia „pracownicy", a więc art. 6 będzie miał zastosowanie w kontekście określenia zakresu podmiotowego prawa do strajku. Przed przystąpieniem do szczegółowej analizy zakresu podmiotowego prawa do strajku, należy zaznaczyć że wspomniana, legalna definicja strajku nie ulega zmianie w świetle omawianej nowelizacji, stad też powyższy wniosek.

Przechodząc więc do analizy zakresu podmiotowego prawa do strajku należy zadać sobie podstawowe pytanie: kto będzie w rozumieniu art. 17 ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych podmiotem prawa do strajku, czyli kto będzie posiadał tzw. zdolność strajkową rozumianą jako możność organizacji i udziału w strajku oraz bycia podmiotem praw i obowiązków, które ustawodawca przyznaje strajkującym? W obecnym brzmieniu część rozważań de lege lata, przeprowadzonych w punkcie 2 niniejszego wywodu straci bowiem swoje znaczenie z powodu chociażby literalnego brzmienia znowelizowanych przepisów ustawy o związkach zawodowych jak i ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych. Należy zgodzić się z K.W. Baranem, że zakres podmiotowy prawa koalicji ma charakter pełnozakresowy i składają się nań dwie kategorie podmiotów, które posiadają zdolność koalicji czyli pracownicy i nie pracownicy[6]. Wydaje się jednak, że na potrzeby określenia zakresu podmiotowego prawa do strajku należy ten katalog ukształtować w nieco inny sposób, gdyż przywołany przez autora podział jest zbyt szeroki, w kontekście niniejszego opracowania. Art. 6 ustawy o rozwiazywaniu sporów zbiorowych (w jego znowelizowanej wersji od 1 stycznia 2019 r.), przewiduje katalog osób, które w świetle ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych należy rozumieć pod pojęciem pracownika, a więc także w przypadku art. 17 ustawy definiującej strajk. Na potrzeby opracowania wyróżnić można kilka kategorii osób, które mieszczą się w zakresie podmiotowym prawa do strajku. Przepis art. 6 ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych literalnie wskazuje, że przepisy ustawy, w których jest mowa o pracownikach, *mają odpowiednie zastosowanie do innych niż pracownicy* (…). A contrario należy rozumieć więc, że prawo do strajku będą mieć na pewno pracownicy, jako pierwsza z kategorii, o których mowa powyżej. Drugą kategorią będą osoby wykonujące pracę zarobkową, o których mowa w art. 11 pkt 1 ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych. Ustawodawca, nakazuje także rozumieć pod pojęciem pracownika w ustawie o rozwiazywaniu sporów zbiorowych osoby, o których mowa w art. 2 ust. 5 i 6 ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych czyli odpowiednio: osoby skierowane do zakładów w celu odbycia służby zastępczej oraz funkcjonariusze Policji, Straży Granicznej i Służby Więziennej oraz strażaków Państwowej Straży Pożarnej, a także pracownicy Najwyższej Izby Kontroli z uwzględnieniem ograniczeń wynikających z odrębnych ustaw. Należy przyjąć, że katalog ten ma charakter wyczerpujący, tak więc, zakres podmiotowy prawa do strajku może być zakreślony tylko w obrębie tych czterech kategorii osób, co nie oznacza jednak, że jest on tożsamy z zakresem podmiotowym prawa do strajku, co zostanie ocenione poniżej.

Na początku rozważań chciałbym pochylić się nad pierwszą kategorią wchodzącą do zakresu podmiotowego, czyli pracownikami. Podmiotem prawa do strajku będzie zawsze pracownik w rozumieniu art. 2 Kodeksu pracy. Takie rozumowanie wynika wprost z ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych i znowelizowanej od 1 stycznia 2019 roku ustawy o związkach zawodowych, która przez pracownika nakazuje rozumieć osobę, o której mowa w art. 2 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. — Kodeks pracy i zasadniczo w tym zakresie nie dochodzi do żadnej zmiany, a rozważania z punktu 2 tego wywodu pozostają aktualne. Wynika to także z art. 11 ust. 3 ustawy o związkach zawodowych, w związku z art. 2 ust. 1 ustawy o związkach zawodowych w związku z art. 6 ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych który nakazuje rozumieć pracownika przez pryzmat art. 2 Kodeksu pracy. Zakres podmiotowy prawa do strajku obejmuje więc wszystkie osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę. Osoby te zawsze będą legitymowały się zdolnością strajkową oczywiście jeżeli nie dotyczą ich ustawowe wyłączenia o charakterze podmiotowym lub przedmiotowym.

O ile kwestie prawa do strajku przysługujące osobom pozostającym w stosunku pracy w świetle przepisów kodeksu pracy nie nastręczają wielu trudności i są raczej oczywiste, to zupełnie odwrotnie przedstawia się sytuacja co do drugiej kategorii, czyli osób wykonujących pracę zarobkową, o których mowa w art. 11 pkt 1 ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych.

Pojawia się bowiem kluczowe pytanie: kogo należy rozumieć pod pojęciem takich osób? W oparciu o przepisy ustawy o związkach zawodowych od 1 stycznia 2019 roku, na pewno nie jest możliwe opracowanie zamkniętego katalogu, który będzie zawierał podstawy zatrudnienia, które mieścić się będą we wskazanej wyżej definicji. Możliwe jest jednak wyprowadzenie na podstawie tych przepisów przesłanek, w oparciu o które będzie można stwierdzić czy dana osoba świadcząca pracę na innej podstawie niż stosunek pracy będzie znajdować się w zakresie podmiotowym prawa do strajku. Wynikają one z art. 11 ust. 1 znowelizowanej ustawy o związkach zawodowych i aby zatrudniona osoba mogła znaleźć się w zakresie podmiotowym prawa do strajku:

– praca musi być świadczona za wynagrodzeniem;

– praca musi być świadczona na innej podstawie niż stosunek pracy;

– osoba świadcząca pracę musi posiadać prawa i interesy związane z wykonywaniem pracy, które mogą być reprezentowane i bronione przez związek zawodowy;

– osoba taka nie może zatrudniać innych osób[7].

Niezależnie więc od podstawy zatrudnienia, przy spełnieniu powyższych przesłanek możemy mówić, że taka osoba będzie legitymować się zdolnością strajkową, będzie mieć podmiotowe prawo do strajku w rozumieniu art. 17 ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych. W tym katalogu mieścić się więc będą osoby świadczące pracę na podstawie wszelkich umów cywilnoprawnych. Warto wspomnieć, co zostało już nadmienione na wstępie, że sam wyrok Trybu-

nału Konstytucyjnego z 2015 roku, jak i nowelizacja ustawy o związkach zawodowych pod kątem zwłaszcza zakresu podmiotowego prawa do koalicji jest wywołana tendencją zatrudniania w Polsce na podstawie umów cywilnoprawnych zwłaszcza umów zlecenie (art. 734 Kodeksu cywilnego), czy jej kwalifikowanej formy czyli umowy o świadczenie usług (art. 750 Kodeksu cywilnego). Ponadto należy zwrócić uwagę, że osoby prowadzące jednoosobową działalność gospodarczą (samozatrudnienie) pod warunkiem, że nie zatrudniają pracowników, również mieszczą się w zakresie podmiotowym prawa do strajku. W tym wypadku jednak w ramach swojej działalności osoba musi być złączona stosunkiem zatrudnienia z innym podmiotem, gdyż trudno wyobrazić sobie realizację prawa do strajku osoby samozatrudnionej, nie pracującej na rzecz innej osoby. Dlatego można wysnuć wniosek de lege ferenda, że jedną z przesłanek powinno być dodanie określenia pracy zarobkowej na rzecz innej osoby. W obecnym brzmieniu art. 2 ust. 1 ustawy o związkach zawodowych ustawodawca wskazuje też dwie grupy podmiotów, które zostały pominięte w nowelizacji, a przez pryzmat art. 6 ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych także rozumieć należy jako mające podmiotowe prawo do strajku, mianowicie: członków rolniczych spółdzielni produkcyjnych oraz osoby wykonujące pracę na podstawie umowy agencyjnej. Ustawodawca, co prawda usunął ten zapis, ale należy postawić tezę, że te osoby nadal mieszczą się w zakresie osób wykonujących pracę za wynagrodzeniem i chociaż nie wskazane expressis verbis, także znajdują się w zakresie podmiotowym prawa do strajku.

Wymienione powyżej podstawy zatrudnienia, mają jedynie charakter przykładowy, gdyż nie sposób wymienić wszystkich, z których będzie wynikać posiadanie prawa do strajku a tym samym, które będą składać się na zakres podmiotowy prawa do strajku w świetle nowelizacji, wchodzącej w życie 1 stycznia 2019 roku. Istotą jest wskazanie, że zakres podmiotowy prawa do strajku jest wyznaczany przez cztery wskazane powyżej przesłanki, po spełnieniu, których możemy mówić, że dana osoba mieści się w zakresie podmiotowym prawa do strajku. W praktyce jednak, największą grupą, której będzie przysługiwało prawo do strajku w świetle omawianej nowelizacji, będą zatrudnieni właśnie na podstawie umów cywilnoprawnych zarówno tych nazwanych jak i nienazwanych, konstruowanych w oparciu o zasadę swobody umów wyrażoną w art. 3531 Kodeksu cywilnego.

Oznacza to, że osoby spełniające powyższe cztery przesłanki mają prawo do strajku i przy spełnieniu pozostałych wymaganych przez ustawę o rozwiązywaniu sporów zbiorowych przesłanek dla organizacji legalnego strajku nie spowodują — jak de lege lata — jego nielegalności. Można postawić nawet tezę, że w świetle obecnych przepisów ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych w przypadku przerwania pracy przez osoby zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych, nie tylko strajk miałby charakter nielegalny, ale trudno w ogóle można będzie mówić o strajku w rozumieniu art. 17 ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych. Takie rozumowanie wynika bowiem z samej legalnej definicji strajku, gdzie to pracownik w rozumieniu ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych musi przerwać pracę, żeby w ogóle można było mówić o strajku. Omawianą zmianę można więc określić jako diametralną bowiem nie tylko rozszerza w znaczny sposób krąg podmiotów mogących legalnie strajkować, ale także rozszerza przepisy dotychczas zaliczane do przepisów prawa pracy, na osoby nie pozostające w stosunku pracy przyznając uprawnienia i prawa stricte pracownicze, osobom innym niż pracownicy w rozumieniu kodeksu pracy. Ocena jednak wpływu na stosunki przemysłowe, ekonomiczne i gospodarcze, takiego rozszerzenia zakresu podmiotowego prawa do strajku jest nie tylko w obecnej chwili niemożliwa, ponieważ przepisy faktycznie jeszcze nie weszły w życie i można chyba zaryzykować stwierdzenie, że trudno takie skutki będzie ocenić już po pierwszych miesiącach obowiązywania tych przepisów, ale także znajduje się poza przedmiotem niniejszych oraz prawnych rozważań.

Co do trzeciej kategorii osób stanowiących zakres podmiotowy prawa do strajku, o których mowa w art. 2 ust. 5 ustawy o związkach zawodowych, czyli osób skierowanych do służby zastępczej do zakładu pracy, nie budzi ona większych wątpliwości. Osoby te traktowane są jako pracownicy i przysługuje im prawo do strajku w rozumieniu art. 17 ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych.

Czwartą kategorię zatrudnionych, którą art. 6 ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych nakazuje traktować jako pracowników w rozumieniu tejże ustawy, to zgodnie z art. 2 ust. 6 ustawy o związkach zawodowych funkcjonariusze Policji, Straży Granicznej i Służby Więziennej oraz strażaków Państwowej Straży Pożarnej, a także pracownicy Najwyższej Izby Kontroli z uwzględnieniem ograniczeń wynikających z odrębnych ustaw. Zatrudnieni, w służbach o których mowa powyżej znajdują się jednak poza zakresem podmiotowym prawa do strajku. Wynika to wprost z wyłączenia przewidzianego w art. 19 ust. 2 ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych, który stanowi, że niedopuszczalne jest organizowanie strajku w Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służbie Kontrwywiadu Wojskowego, Służbie Wywiadu Wojskowego, Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, Służbie Ochrony Państwa, w jednostkach Policji i Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, Służby Więziennej, Straży Granicznej, Straży Marszałkowskiej, Krajowej Administracji Skarbowej, w których pełnią służbę funkcjonariusze Służby Celno-Skarbowej, oraz jednostkach organizacyjnych ochrony przeciwpożarowej. Ponadto dla osób zatrudnionych w służbach wskazanych w art. 2 ust. 6 ustawy o związkach zawodowych, którzy również traktowani są jako pracownicy w świetle ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych, zakaz strajk wynika także z ustaw dotyczących poszczególnych jednostek. I tak art. 67 ust. 2 ustawy o Policji[8] przewiduje możliwość działania tylko jednego związku zawodowego w Policji, który nie ma prawa do strajku. Zgodnie z art. 14 ust. 2 ustawy o Służbie Więziennej przewiduje, że w Służbie Więziennej może działać tylko jeden związek zawodowy i związek ten nie ma prawa do strajku[9]. Podobnie zakaz strajku dotyczy pracowników Najwyższej Izby Kontroli[10] oraz Straży Granicznej[11]. Tym samym, w zakresie podmiotowym prawa do strajku, nie mieszczą się funkcjonariusze

wskazani art. 2 ust. 6 ustawy o związkach zawodowych pomimo, że ustawa o rozwiazywaniu sporów zbiorowych traktuje ich jako pracowników.

Podsumowując niniejsze rozważania podmiotowy zakres prawa do strajku od 1 stycznia 2019 r. będzie obejmował: pracowników w rozumieniu art. 2 Kodeksu pracy, osoby świadczące pracę za wynagrodzeniem na innej podstawie niż stosunek pracy, jeżeli nie zatrudnia do tego rodzaju pracy innych osób, niezależnie od podstawy zatrudnienia, oraz ma takie prawa i interesy związane z wykonywaniem pracy, które mogą być reprezentowane i bronione przez związek zawodowy oraz osób skierowanych do zakładów pracy celem odbycia służby zastępczej. Jest to katalog zamknięty, co oznacza, że inne kategorie osób zatrudnionych nie mają podmiotowego prawa do strajku. Oczywiście należy mieć na względzie, ustawowe ograniczenia lub wyłączenia prawa do strajku dla pewnych kategorii podmiotów, natomiast ich omówienie nie jest przedmiotem niniejszego opracowania.

## 4. Podsumowanie

Konkludując, ustawa zmieniająca ustawę o związkach zawodowych, niesie za sobą modyfikację zakresu podmiotowego prawa do strajku, znacząco ten zakres rozszerzając. Z powyższych rozważań należy wysnuć następujące wnioski, dotyczące zakresu podmiotowego prawa do strajku od 1 stycznia 2019 roku:

– definicja strajku z art. 17 ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych nie ulega zmianie;

– prawo do strajku posiada każda osoba pozostająca w stosunku pracy w rozumieniu art. 2 Kodeksu pracy niezależnie od jego podstawy;

– prawo do strajku przysługuje osobom wykonującym pracę zarobkową, tj. zatrudnionym na innej podstawie niż stosunek pracy, za wynagrodzeniem, posiadającą prawa i interesy związane z wykonywaniem pracy, które mogą być reprezentowane i bronione przez związek zawodowy oraz osoba taka nie zatrudnia innych osób;

– prawo do strajku posiadają osoby skierowane do zakładu pracy w celu odbycia służby zastępczej;

– nowelizacja zakresu podmiotowego, nie wpływa na dotychczasowe wyłączenia zarówno przedmiotowe, jak i podmiotowe prawa do strajku wynikające z ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych oraz z pragmatyk służbowych.

Konieczne jest zwrócenie uwagi, że w praktyce może pojawiać się wiele wątpliwości, zwłaszcza w zakresie definiowania praw i interesów związanych z wykonywaniem pracy, które mogą być reprezentowane przez związek zawodowy, co ustawodawca czyni przesłanką dla osób wykonujących pracę zarobkową, aby mogły mieć prawo do strajku. Jest to sformułowanie nie tyle nie precyzyjne, co w rzeczywistości w ogóle może nie stanowić żadnego ograniczenia. Już bowiem samo wykonywanie pracy za wynagrodzeniem, implikuje nam interes związany z wykonywaniem pracy — czyli właśnie kwestię zapłaty za wykonaną pracę. Nie ma tutaj bowiem wątpliwości, że kwestie płacowe są najbardziej doniosłym interesem pracownika. Pomimo jednak istnienia tej przesłanki, można zastanawiać się nad jej iluzorycznością.

Podstawową jednak konkluzją płynącą nie tylko z powyższych rozważań, ale także i z samej nowelizacji ustawy o związkach zawodowych, jest fakt, że prawo do strajku — będące do tej pory przykładem prawa stricte pracowniczego, zostaje rozszerzone na osoby nie wykonujące pracy na podstawie stosunku pracy, co można niewątpliwie określić zjawiskiem bezprecedensowym.

---

[1] Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o związkach zawodowych.

[2] Musiała A. Kim jest: „pracownik" w ujęciu przepisów Konstytucji?, *Monitor Prawa Pracy*, 2017, nr 4, s. 173

[3] Żołyński J., *Ustawa o rozwiązywaniu sporów zbiorowych. Komentarz. Wzory pism*, Warszawa 2012, s. 51

[4] Wyrok TK z dnia 2 czerwca 2015 r. K1/13.

[5] Domańska M., Hauser A., Królikowski J., Talaga R. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego. *Europejski Przegląd Sądowy*, 2015, nr 10. s. 54–64.

[6] Baran K.W., O zakresie prawa koalicji w związkach zawodowych po nowelizacji prawa związkowego z 5 lipca 2018 r., *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, 2018, nr 9, s. 3.

[7] Baran K.W., O zakresie prawa koalicji w związkach zawodowych po nowelizacji prawa związkowego z 5 lipca 2018 r., *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, 2018, nr 9, s. 3.

[8] Ustawa o Policji (Dz. U. 1990 Nr 30, poz. 179 t.j. Dz. U. z 2017 poz. 2067).

[9] Ustawa o Służbie Więziennej (Dz. U. 1996 nr 61, poz. 283; t.j. Dz. U. 2002 nr 207, poz. 1761).

[10] Art. 87 Ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli (Dz. U. 1995 nr 13, poz. 59 t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 524).

[11] Art. 72 ust. 2 Ustawy o Straży Granicznej (Dz. U. 1990 nr 78, poz. 462 t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2365).

## Bibliografia

Baran, K. W. (2018). O zakresie prawa koalicji w związkach zawodowych po nowelizacji prawa związkowego z 5 lipca 2018 r. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (9).

Domańska, M., Hauser, A., Królikowski, J., Talaga, R. (2015). Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego. *Europejski Przegląd Sądowy*, (10).

Musiała, A. (2017). Kim jest: „pracownik" w ujęciu przepisów Konstytucji? *Monitor Prawa Pracy*, (4).

Żołyński, J. (2012). *Ustawa o rozwiązywaniu sporów zbiorowych. Komentarz. Wzory pism*. Warszawa.

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.35

# *Compliance* w sporcie

## Compliance in sport

***mgr Ewelina Rutkowska***

**Streszczenie**

Artykuł traktuje o systemie zarządzania zgodnością w sporcie. Rozważane jest czy *de lege lata* regulacje *compliance* znajdują zastosowanie w klubach sportowych, co zostaje omówione na przykładzie systemu licencyjnego ustanowionego przez PZPN. Ponadto, przedstawione zostają założenia projektowanej ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych oraz jej wpływ na obowiązki stawiane organizacjom prowadzącym działalność sportową. Pokrótce omówiony zostaje nowy reżim odpowiedzialności klubu sportowego jako podmiotu zbiorowego. Główne tezy: Wprowadzenie systemów zarzadzania zgodnością przez podmioty prowadzące działalność sportową jest pożądane. Regulacje *compliance* w sporcie przyczynią się do profesjonalizacji sportu. Kluby sportowe powinny przestrzegać takich samych zasad jak inni uczestnicy obrotu gospodarczego. Systemy licencyjne tworzone dla poszczególnych dyscyplin sportowych są elementem budowania sytemu *compliance*. Projektowana ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych nakłada na kluby sportowe nowe obowiązki z zakresu *compliance*.

**Słowa kluczowe:** *compliance*, regulacje wewnętrzne, kluby sportowe.

**Summary**

The article concerns the compliance management system in sport. It is considered whether *de lege lata* compliance regulations are applicable in sports clubs, which is described by the example of a licensing system established by PZPN. In addition, the assumptions of the draft Act on the liability of collective entities and its impact on the obligations imposed on organizations conducting sports activities are presented. The new regime of the liability of sports club as a collective entity is briefly characterized. Main theses: The introduction of compliance management systems by entities conducting sport activities is advisable. Compliance regulation in sport will contribute to the professionalization of sport. Sports clubs should follow the same rules as other market participants. License systems established by sport associations are part of compliance system. The draft Act on the Liability of Collective Entities imposes new compliance obligations on sports clubs.

**Key words:** compliance, internal regulations, sport clubs.

### 1. Wprowadzenie

Termin *compliance* nie jest zdefiniowany ustawowo. Przez *compliance* rozumie się szereg działań podejmowanych w celu zapewnienia zgodności działalności danej organizacji z prawem oraz etyką. Zakłada on wdrożenie pakietu regulacji wewnętrznych mających z jednej strony zapobiegać powstawaniu nadużyć, a z drugiej wskazywać sposób postępowania, gdy nieprawidłowość zostanie ujawniona. Regulacje z zakresu *compliance* obejmują różne obszary działalności organizacji, w tym przeciwdziałanie przestępstwom korupcyjnym i innym nadużyciom, umożliwienie zgłaszania nieprawidłowości w organizacji, zapewnienie zgodności w obszarze prawa oraz stosowania dobrych praktyk i obyczajów.

Jak dotąd termin *compliance* używany był przede wszystkim w naukach ekonomicznych i przedstawiany był jako model zarządzania organizacją, dlatego też można powiedzieć, że system *compliance* powstał w otoczeniu biznesowym jako odpowiedź na wymagania rynku — coraz bardziej konkurencyjnego, w którym przedsiębiorstwa muszą brać pod uwagę nie tylko zgodność swojej działalności z prawem, ale także z etyką i zasadami moralnymi, oraz powinny realizować zasady ochrony wolnego rynku, konkurencyjności i bezpieczeństwa obrotu.

Firmy w Polsce zaczęły wdrażać regulacje compliance, ponieważ niejednokrotnie wymagali tego ich zagraniczni kontrahenci, regulacje *compliance* mają już bowiem swoją bogatą historię zagranicą. Amerykański *FCPA*[1] obowiązuje od 1977, brytyjski *Bribery Act*[2] od 2010, a najmłodsza z regulacji, francuska *Sapin II*[3] od 2017. Jako, że regulacje te mają charakter eksterytorialny, to oznacza to dla polskich uczestników rynku tyle, że są oni w pewnym zakresie obowiązani do ich przestrzegania i wdrożenia regulacji compliance, zwłaszcza w zakresie przeciwdziałania łapówkarstwu i korupcji. Transgraniczność stosunków gospodarczych wymusiła więc i na polskich podmiotach gospodar-

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.35

czych implementację szczątkowych przynajmniej regulacji z tego zakresu.

W Polsce jak dotąd nie ma normatywnej podstawy do wdrożenia regulacji compliance, nie licząc pewnych obowiązków, które na podmioty obowiązane nakłada ustawa o przeciwdziałaniu praniu brudnych pieniędzy[4]. Należny jednak wskazać, że aktualnie procedowana jest ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych[5], która po raz pierwszy obowiązek ten może nałożyć. Jako, że zakresem obowiązywania ustawy objęte zostaną wszystkie osoby prawne oraz jednostki nieposiadające osobowości prawnej, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, to bezsprzecznie obowiązek ten zostanie nałożony także na kluby sportowe. Działalność sportowa jest bowiem prowadzona w szczególności w formie klubu sportowego — te zaś działają jako osoby prawne. W skład ligi zawodowej wchodzą zaś wyłącznie kluby sportowe działające jako spółki akcyjne lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, którym z uwagi na profesjonalny charakter ich zorganizowania zostanie poświęcony w dużej mierze artykuł. Pokusić się można o stwierdzenie, że wymóg zapewnienia zgodności w pewnym zakresie, omówionym szerzej poniżej, jest już stawiany profesjonalnym podmiotom prowadzącym działalność sportową poprzez obowiązek podporządkowania się wymogom systemu licencyjnego. Wejście w życie ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych w projektowanym kształcie stanowić będzie jednakże znaczącą zmianę w systemie zarządzania klubami sportowymi.

## 2. Wymogi *compliance* na przykładzie systemu licencyjnego obowiązującego w piłce nożnej

Jak wspomniano, wdrożenie systemu *compliance* w organizacjach prowadzących działalność sportową przynajmniej w ograniczonym zakresie wymuszają przepisy licencyjne. Czy obowiązujący w piłce nożnej system licencyjny rzeczywiście realizuje założenia polskiego związku sportowego i pozwala na zapewnienie oczekiwanej zgodności?

Uprawnienia nadzorcze polskich związków sportowych nad klubami sportowymi wchodzącymi w skład ligi zawodowej znajdują swą podstawę normatywną w ustawie o sporcie[6], która wylicza wyłączne uprawnienia polskich związków sportowych w tym przede wszystkim prawo do organizowania i prowadzenia współzawodnictwa sportowego o tytuł Mistrza Polski oraz o Puchar Polski w danym sporcie, a także do ustanawiania i realizacji nie tylko reguł sportowych, ale i organizacyjnych. Przepis normujący uprawienia wyłączne polskich związków sportowych jest równocześnie podstawą do utworzenia systemu licencyjnego przez polskie związki sportowe i egzekwowania jego przestrzegania.

System licencyjny obowiązujący w lidze zawodowej prowadzonej w dyscyplinie piłka nożna znajduje zastosowanie nie tylko do rozgrywek krajowych, ale i rozgrywek klubowych UEFA. Jak wskazał PZPN w obowiązującym podręczniku licencyjnym[7], celem systemu licencyjnego jest przede wszystkim zapewnienie, że kluby sportowe współzawodniczące w lidze zawodowej są odpowiednio zarządzane, w tym organizowane jest szkolenie młodzieży, obiekty sportowe są bezpieczne i odpowiednio zaadaptowane do poziomu rozgrywek, klub spełnia swoje zobowiązania wobec zawodników, pracowników oraz wszelkich organów, w tym wobec WZPN, PZPN, UEFA, a prawa wierzycieli są chronione. Ponadto wymienia się wartości takie jak uczciwość rozgrywek oraz ich ciągłość i przejrzystość oraz wiarygodność uczestników gier. Wskazuje się ponadto na cel „globalny" jakim jest stała poprawa *we wszelkich aspektach funkcjonowania piłki nożnej w Polsce*, co sprawia, że tak przyjęty zakres ingerencji polskich związków sportowych w sposób organizacji rozgrywek, jak i funkcjonowania ich uczestników jest szeroki. Tak ogólnie sformułowane cele z jednej strony kreują trudność w skonkretyzowaniu obowiązków jakie przyjął na siebie polski związek sportowy, ale z drugiej strony rodzą oczekiwanie, by cele te wdrożyć.

Jak wskazano, celem systemu licencyjnego PZPN jest zapewnienie, że klub posiada odpowiedni poziom zarządzania i organizacji[8], które z pewnością jest kluczowym elementem systemu compliance. Wyrazem realizacji tego celu jest zaś ustanowienie kryteriów, które musi spełniać klub sportowy, aby uzyskać licencję. Wśród kryteriów sportowych wymieniono obowiązek zapobiegania korupcji w sporcie i nałożono na wnioskujący klub sportowy obowiązek dowiedzenia, że *przynajmniej pierwszy zespół, zespoły młodzieżowe oraz pierwszy trener lub asystent trenera pierwszego zespołu i zespołów młodzieżowych wzięli udział w sesji lub szkoleniu poświęconym zapobieganiu korupcji w sporcie*[9]. Dodatkowo, podmiot ubiegający się o licencję ma obowiązek opracowania i implementowania polityki przeciwko rasizmowi i dyskryminacji, określającej sposoby reakcji na przejawy dyskryminacji i rasizmu jak i metody im zapobiegania. Oprócz tego *compliance* według PZPN stawia wymóg posiadania drużyn młodzieżowych, przedstawienia planu szkolenia młodzieży, przeprowadzenia szkolenia zawodników z zasad gry i sędziowania, a także realizacji kryteriów o charakterze organizacyjno-prawnym takich jak m. in. spełnienie stadionowych norm bezpieczeństwa, posiadania regulaminu obiektu i regulaminu imprezy masowej, zapewnienie identyfikacji uczestników imprezy — kibiców czy zapewnienie pomieszczenia kontroli antydopingowej. Ponadto, stawiany jest szereg wymogów dotyczących organów zarządzających, personelu, administracji, współpracy z mediami, marketingu klubowego, infrastruktury oraz finansów klubu. Uprawnione będzie twierdzenie, że system licencyjny i stawiane prze niego wymogi są podstawą do budowania w klubach sportowych systemu *compliance* oraz nakładają obowiązek wdrożenia procedur wewnętrznych przynajmniej w zakresie przeciwdziałania korupcji, dyskryminacji i rasizmowi. Stawiane przez system licencyjny wymagania natury organizacyjno-prawnej sprawiają, że kluby zobligowane są do stałego monitorowania aktywności klubu, ponieważ wnioskodawcy — kluby sportowe, otrzymują licencję na dany sezon, co oznacza, że spełnienie opisanych obowiązków jest audytowane co najmniej raz w roku, co można nazwać swoistym *compliance-check*. Dodatkowo,

organy licencyjne mają w zakresie swoich kompetencji nadzorczych prawo do sprawdzenia w wybranym momencie sezonu licencyjnego czy dany klub sportowy w dalszym ciągu spełnia kryteria, które były podstawą do wydania licencji. W tym kontekście warto wskazać, że klub sportowy ma obowiązek podporządkowania się nie tylko krajowym ustawowym, jak i wewnętrznym ustanowionym przez polski związek sportowy, ale i przepisom uchwalanym przez organizacje międzynarodowe takie jak UEFA. Potencjalne naruszenia przepisów UEFA dotyczące systemu licencyjnego i finansowego *fair play* podlegają jurysdykcji UEFA. Toteż UEFA dokonuje tzw. UEFA *Compliance Audit*, który realizuje się w możliwości dokonywania w dowolnym momencie kontroli zgodności licencjodawcy, jak i licencjobiorcy w myśl zasady, że nawet najlepszy system zarządzania zgodnością musi być stale monitorowany[10].

Przedstawione powyżej kryteria nakładają na kluby sportowe obowiązki z zakresu compliance, jednak nie wymagają stworzenia kompleksowego systemu. Skuteczny system zarządzania zgodnością powinien obejmować jeszcze system reagowania na nieprawidłowości i to nie tylko te wymienione przez polski związek sportowy, tj. korupcję, rasizm i dyskryminację. Jednak, co warto odnotować, wymogi stawiane przez system licencyjny mogą niedługo znaleźć dodatkowe „normatywne wsparcie" w postaci przepisów ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, o których poniżej.

## 3. Regulacje wewnętrzne w ujęciu projektu ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych

Wejście w życie ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych nałoży na Spółki obowiązek implementowania regulacji wewnętrznych w zakresie przeciwdziałania nieprawidłowościom i usuwania ich skutków. Projekt ustawy wprowadza obowiązek prawny wdrożenia systemu *compliance* poprzez wypracowanie wewnętrznych procedur w zakresie przeciwdziałania czynom zabronionym, nieprawidłowościom i wszelkim niepożądanym zachowaniom w organizacji, a także umożliwienia zgłaszania ujawnionych czy podejrzewanych nadużyć. Projekt ustawy wprost nakazuje przeprowadzenie wewnętrznych postępowań wyjaśniających i usunięcie stwierdzonych w ramach tych postępowań naruszeń, a co za tym idzie, umożliwienie dokonywania zgłoszeń o ujawnionych nieprawidłowościach, które takie postępowania będą inicjować — tj. systemu *whistleblowingowego*. Projekt nakłada też obowiązki w zakresie funkcjonowania organizacji — nakazuje starannie dobierać pracowników i kontrahentów, jasno określać podział zadań i kompetencji w organizacji, a co najmniej średnim przedsiębiorcom nakazuje wyznaczyć odrębną jednostkę odpowiedzialną za compliance.

Regulację tę oceniać należy pozytywnie, zakres obowiązków z zakresu *compliance* doprowadzi do jeszcze większej profesjonalizacji sportu, zapewni system zarządzania oczekiwany od podmiotów obrotu gospodarczego, nawet jeśli dotyczy klubów sportowych, w których biznesowy aspekt prowadzonej działalności schodzi niejednokrotnie na drugi plan. Dodatkowo, jest to dobry kierunek zmian, mający na celu zwiększenie pewności obrotu i tworzenie etycznego środowiska biznesowego, w którym funkcjonują także podmioty prowadzące działalność sportową. Zalążek regulacji z zakresu *compliance* przewidywał już projekt ustawy o jawności życia publicznego[11], jednak w chwili obecnej prace nad ustawą straciły tempo. W projekcie ustawy o jawności życia publicznego został nałożony obowiązek stworzenia kodeksu antykorupcyjnego, zaznajamiania z zasadami odpowiedzialności za przestępstwa korupcyjne, stworzenie systemu *whistleblowingowego* oraz cykliczne szkolenia z tego zakresu. Zdaje się jednak, że projekt ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych „wchłonął" przepisy projektu o jawności życia publicznego w zakresie zarządzania zgodnością w organizacji.

Projekt ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych daje wyczekiwany impuls do wdrażania regulacji wewnętrznych w klubach sportowych w obliczu zjawisk korupcyjnych towarzyszących cały czas rozgrywkom sportowym, ale i także innych poważnych nieprawidłowości. Należy uznać, że nawet bez wspomnianej podstawy normatywnej, podmioty działające w sporcie powinny takie regulacje przyjąć. Dobrym przykładem tego rodzaju regulacji jest tzw. „Program antykorupcyjny" obowiązujący w tenisie ziemnym[12]. Oprócz oczywistych postanowień dotyczących zdefiniowania czynów zabronionych w rozumieniu regulacji oraz zakresu jej obowiązywania, wdrożono obowiązek raportowania o wykrytych nieprawidłowościach. *Tennis Integity Unit* wprowadza, więc nie tyle kanał raportowania, ale i obowiązek *whistleblowingowy* dla każdego gracza oraz członka sztabu, mającego wiedzę o propozycji korupcyjnej. Ponadto, regulowany jest tryb postępowania wyjaśniającego, któremu to zawodnicy, członkowie sztabu i inne osoby mają obowiązek się podporządkować, wprowadzono m.in. obowiązek stawienia się na przesłuchaniu przed niezależną komisją, która bada zgłoszenie i wydaje decyzję końcową. Opisywane postępowanie gwarantuje jego dwuinstancyjność oraz prawo do korzystania z pomocy profesjonalnego pełnomocnika.

Tryb ten jest sposobem ustalonym przez organ „nadzorczy" nad zawodnikami — w opisywanym przykładzie w dyscyplinie tenisa ziemnego — jednak program ten może stanowić wzór i być transponowany do wewnętrznych procedur poszczególnych klubów, aby te mogły w sposób odpowiedzialny zbadać potencjalną nieprawidłowość. Wystarczające będzie powołanie na poziomie wewnątrzklubowym niezależnej Komisji w trybie jednoinstancyjnym. Jest to szczególnie ważne w kontekście obowiązku przeprowadzania postępowań wyjaśniających i wykazania należytej staranności w zarządzaniu organizacją, która to stanie się niedługo wymogiem stawianym organizacjom zgodnie z projektem ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych. Prewencyjne wdrożenie omawianej regulacji będzie także świadczyło o tym, że nie ma *nieprawidłowości w organizacji działalności podmiotu zbiorowego, która ułatwiła lub*

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.35

*umożliwiła popełnienie czynu zabronionego, chociaż inna organizacja działalności mogła zapobiec popełnieniu tego czynu*[13], która to okoliczność według procedowanej ustawy będzie badana w potencjalnych postępowaniach przeciwko podmiotowi zbiorowemu — także klubowi sportowemu.

## 4. *Compliance* a przestępstwa korupcyjne

Projektowana ustawa wprowadza także nowy reżim odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, w tym klubów sportowych. Według jej założeń klub sportowy będzie mógł odpowiadać za wszystkie przestępstwa i przestępstwa skarbowe. *Novum* jest to, że do skazania podmiotu zbiorowego nie będzie konieczny już prejudykat w postaci uprzedniego prawomocnego skazania osoby reprezentującej podmiot zbiorowy, co oznacza, że postępowanie względem Spółki i względem osoby fizycznej będzie mogło toczyć się dwutorowo. Odpowiedzialność klubu sportowego powstawać będzie w sytuacji, gdy znamiona czynu zabronionego zostały wyczerpane przez działanie lub zaniechanie organu lub jego członka pozostające bezpośrednio w związku z prowadzoną przez ten podmiot działalnością, a także za działania lub zaniechania osoby fizycznej uprawnionej do reprezentowania podmiotu, podejmowania decyzji czy sprawowania nadzoru, a nawet osoby fizycznej dopuszczonej do działania wskutek nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków. Podmiot zbiorowy odpowiadał będzie także za czyn zabroniony popełniony przez osobę przez niego zatrudnioną w związku ze świadczeniem pracy na jego rzecz. Jeżeli zaś z czynu zabronionego podmiot zbiorowy osiągnął chociaż pośrednio korzyść majątkową to może on odpowiadać za czyn zabroniony popełniony przez podwykonawcę czy pracownika. Powoduje to istotne implikacje praktyczne dla klubów sportowych.

Wyobraźmy sobie następującą sytuację: kapitan klubu piłkarskiego X ustala z kapitanem klubu piłkarskiego Y wynik meczu ostatniej kolejki rozgrywek organizowanego w ramach ligi zawodowej. Kapitan klubu piłkarskiego Y otrzymuje w zamian korzyść majątkową, z którą podzielić się ma z zawodnikami klubu Y. Opisany czyn wypełnia znamiona przestępstwa z art. 46 ustawy o sporcie. Zgodnie z założeniami projektowanej ustawy w takim wypadku odpowiedzialność za czyn zabroniony poniosą indywidulni zawodnicy, ale i kluby sportowe. Klub sportowy jako podmiot zbiorowy odpowiadał będzie wtedy za czyn zabroniony popełniony przez osobę zatrudnioną w związku ze świadczeniem pracy na jego rzecz. Przez osobę zatrudnioną należy rozumieć nie tylko pracownika, także osobę, z którą podmiot zbiorowy współpracuje w ramach umowy cywilnoprawnej — w tym katalogu znajdują się zaś zawodnicy klubu sportowego związani z klubami umowami cywilnoprawnymi. Ustawodawca celowo posługuje się w projekcie dwoma różnymi terminami: „osoba zatrudniona" i „pracownik", by pokazać, że zakresem znaczeniowym tego pierwszego są objęte także stosunki B2B. Wątpliwości nie pozostawia także fakt, że zawodnicy dopuścili się czynu zabronionego w związku z działalnością prowadzoną przez podmioty zbiorowe, będące klubem sportowym. Czyn dotyczył bowiem ustawienia wyniku meczu w zamian za korzyść majątkową, działalność prowadzoną przez klub sportowy jest w głównej mierze działalnością sportową, obejmującą współzawodnictwo w danym sporcie w ramach ligi zawodowej.

Konsekwencje takiego stanu rzeczy i ustalenie odpowiedzialności klubu sportowego za czyn zabroniony popełniony przez jego zawodnika są bardzo poważne. Katalog kar ustawowych przewiduje, że na podmiot zbiorowy może zostać nałożona kara finansowa w wysokości do 30.000.000 zł, a także środki karne w postaci m. in. przepadku mienia, korzyści majątkowych, albo ich równowartości, zakaz promocji lub reklamy, obowiązek naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę. W przypadkach skrajnych orzeczone może zostać także rozwiązanie podmiotu zbiorowego.

Gdyby zmodyfikować przedstawiony kazus i dodać okoliczność, że klub sportowy Y został anonimowo poinformowany o „układzie" ustalonym przez kluby, ale zaniechał przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w tej sprawie i nie podjął żadnych kroków mających na celu sprawdzenie okoliczności związanych z zawiadomieniem to w razie stwierdzenia, że do popełnienia czynu zabronionego rzeczywiście doszło, na klub sportowy może zostać nałożona kara w podwójnej wysokości ustawowego zagrożenia — do 60.000.000 zł.[14].

Co warto podkreślić, projektowana regulacja zakłada retroaktywność ustawy, o ile równocześnie spełnione są przesłanki odpowiedzialności określone w uchylanej ustawie o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych z 2002 r.[15]. Ta zaś w swoim brzmieniu przewiduje, że podmiot zbiorowy odpowiada jedynie za przestępstwa enumeratywnie wymienione w ustawie. W rozpoznawanym przez nas kazusie przesłanka ta jest naturalnie spełniona. Za przestępstwo z art. 46 ustawy o sporcie podmiot zbiorowy może ponosić odpowiedzialność na podstawie obowiązującej ustawy z 2002 r., ponieważ czyn ten jest wprost wymieniony w art. 16.1.3c tej ustawy. Czy w takim wypadku kluby sportowe będą mogły odpowiadać za przestępstwa korupcyjne popełnione w przeszłości na podstawie nowej ustawy z wszelkimi konsekwencjami takiego stanu rzecz, tj. grożącymi surowymi karami? Zdaje się, że odpowiedź będzie negatywna. Projekt pozostawia bowiem bufor bezpieczeństwa w przepisach przejściowych, z którego wynika, że jeżeli do podmiotu zbiorowego można co do zasady stosować przepisy nowej ustawy (ponieważ czyn zabroniony mieści się w katalogu czynów, za które podmiot zbiorowy mógł być karany jeszcze na podstawie ustawy z 2002 r.) ale przepisów „nowych" nie stosuje się, jeżeli przepisy ustawy poprzedniej są dla podmiotu zbiorowego względniejsze. Zostaje tu więc zrealizowana jedna z podstawowych zasad prawa karnego — przepis zawiera tylko jeden wyjątek. W wypadku stosowania względniejszej „starej" ustawy, obowiązek uzyskania prejudykatu w postaci skazania osoby fizycznej, działającej w imieniu podmiotu zbiorowego zostanie wyłączony.

## 5. Podsumowanie

Wprowadzenie systemów zarzadzania zgodnością przez podmioty prowadzące działalność sportową jest wysoko pożądane. Z uwagi na skalę nieprawidłowości, w tym przestępstw korupcyjnych, ujawnianych w sporcie, potrzeba jest stawiania podmiotom współzawodniczących w sporcie wyższych wymagań, co do funkcjonowania ich organizacji. Regulacje *compliance* w sporcie przyczynią się do jego profesjonalizacji i podkreślenia tego, że kluby sportowe nie są tylko podmiotami współzawodniczącymi w danym sporcie, ale i przedsiębiorcami, którzy powinni przestrzegać takich samych zasad, jak inni uczestnicy obrotu gospodarczego. Wdrożenie systemu *compliance* w klubach sportowych powinno w założeniu zwiększyć fachowość w zarządzaniu klubem sportowym jako przedsiębiorstwem.

Wskazać należy, że systemy licencyjne tworzone dla poszczególnych dyscyplin sportowych są już elementem budowania sytemu compliance, z czego wynika, że podmiotom profesjonalnie działającym w sporcie, szybciej od innych podmiotów gospodarczych, postawiono wymogi z zakresu compliance. Obowiązki te mają jednak ograniczony zakres. Projektowana ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych z uwagi na swój represyjny charakter i surowość przewidywanych dla podmiotów zbiorowych kar, w tym dla klubów sportowych, ma w założeniu przyczynić się do ograniczenia zjawisk korupcyjnych w Polsce, jednak przesłanki przypisania odpowiedzialności podmiotowi zbiorowemu, jak i brak jasnych dyrektyw co do miarkowania surowych kar finansowych budzą wiele wątpliwości. Pozytywnie należy ocenić jednakże nowe obowiązki z zakresu zarządzania organizacją, które są już od lat standardem na świecie.

---

[1] The Foreign Corrupt Practices Act, https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf; (dostęp 28.01.2019 r.).

[2] Bribery Act, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf; (dostęp 28.01.2019 r.).

[3] Sapin II, https://www.cjoint.com/doc/16_12/FLknuHuFltM_loisapin2.pdf; (dostęp 28.01.2019 r.).

[4] Ustawa z dnia 1 marca 2018 o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, Dz. U. 2018 poz. 723 t.j.

[5] Projekt ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary z dnia 21 grudnia 2018 r., https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12312062/12511932/12511933/dokument374224.pdf; (dostęp 28.01.2019 r.), dalej: projekt ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych.

[6] Ustawa z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie, Dz. U. 2010 nr 127, poz. 857 t.j.

[7] Podręcznik licencyjny PZPN, https://www.pzpn.pl/public/system/files/site_content/692/2368-PODR%C4%98CZNIK%20LICENCYJNY%20DLA%20KLUB%C3%93W%20EKSTRAKLASY%20SEZON%202018%202019%20I%20NAST%C4%98PNE.pdf; (dostęp 28.01.2019 r.).

[8] Tamże, art. 1.1. c), s. 4.

[9] Tamże s. 53.

[10] Tamże, s. 49.

[11] Projekt ustawy o jawności życia publicznego z dnia 8 stycznia 2018 r., https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12304351; (dostęp 28.01.2019 r.).

[12] Tennis Anti-corruption Program, https://www.tennis.com.au/wp-content/uploads/2017/01/Tennis-Integrity-Unit-Tennis-Anti-Corruption-Program-as-of-1-January-2017.pdf; (dostęp 28.01.2019 r.).

[13] Art. 6.3.2) projektu ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych.

[14] Art. 12 projektu ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych.

[15] Ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych pod groźbą kary za czyny zabronione, Dz. U. 2002 nr 197, poz. 1661, t.j.

## Bibliografia


Bribery Act, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf; (dostęp 28.01.2019 r.).

Compliance and Investigation Activity Report 2015–17, https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/uefaorg/FinancialFairPlay/02/55/19/67/2551967_DOWNLOAD. pdf; (dostęp 28.01.2019 r.).

Podręcznik licencyjny PZPN, https://www.pzpn.pl/public/system/files/site_content/692/2368-PODR%C4%98CZNIK%20LICENCYJNY%20DLA%20KLUB%C3%93W%20EKSTRAKLASY%20SEZON%202018%202019%20I%20NAST%C4%98PNE.pdf; (dostęp 28.01.2019 r.).

Projekt ustawy o jawności życia publicznego z dnia 8 stycznia 2018 r., https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12304351; (dostęp 28.01.2019 r.).

Projekt ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary z dnia 21 grudnia 2018 r., https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12312062/12511932/12511933/dokument374224.pdf; (dostęp 28.01.2019 r.).

Sapin II, https://www.cjoint.com/doc/16_12/FLknuHuFltM_loisapin2. pdf; (dostęp 28.01.2019 r.).

Tennis Anti-corruption Program, https://www.tennis.com.au/wp-content/uploads/2017/01/Tennis-Integrity-Unit-Tennis-Anti-Corruption-Program-as-of-1-January-2017.pdf; (dostęp 28.01.2019 r.).

The Foreign Corrupt Practices Act, https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf; (dostęp 28.01.2019 r.).

Ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, Dz. U. 2018 poz. 723 t.j.

Ustawa z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie, Dz. U. 2010 nr 127, poz. 857 t.j.

Ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych pod groźbą kary za czyny zabronione, Dz. U. 2002 nr 197, poz. 1661, t.j.

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.36

# Regulacja finansowania społecznościowego w prawie UE

## Regulation of crowdfunding in EU law

***mgr Artur Sadowski***

E-mail: artur.sadowski@uw.edu.pl

**Streszczenie**

W pierwszej części artykułu przedstawiono przebieg dotychczasowych prac nad regulacją finansowania społecznościowego w Komisji Europejskiej. Począwszy od 2013 r. służby Komisji monitorowały rozwój sytuacji rynkowej finansowania społecznościowego, kiedy to przeprowadziły konsultacje, w 2014 r. opublikowały komunikat, a w 2016 r. dokument roboczy służb Komisji, w międzyczasie powstawały raporty przygotowywane dla Komisji.

W kolejnej części przeanalizowano etap legislacyjny regulacji finansowania społecznościowego przez Komisję Europejską w postaci Wniosku legislacyjnego dotyczącego Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie europejskich dostawców usług w zakresie finansowania społecznościowego (ECSP) dla przedsiębiorstw (COM, 2018, 113 *final*) i Wniosku legislacyjnego Komisji Europejskiej dotyczącego Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającej dyrektywę 2014/65/UE w sprawie rynków instrumentów finansowych (COM, 2018, 099 *final*).

W ostatniej części artykułu przedstawiono projektowane regulacje w sprawie europejskich dostawców usług w zakresie finansowania społecznościowego (ECSP).

**Słowa kluczowe:** finansowanie społecznościowe, crowdfounding udziałowy, platformy internetowe, MŚP.

**Summary**

The first part of the article presents the course of previous work on the regulation of crowdfunding in the European Commission. Starting from 2013, the Commission services monitored the development of the crowdfunding market situation when they consulted, published a communication in 2014, and a Commission staff working document in 2016, in the meantime, reports prepared for the Commission.

The next part of the article presents the legislative stage of the regulation of crowdfunding by the European Commission in the form of a Proposal for a Regulation of The European Parliament and of The Council on European Crowdfunding Service Providers (ECSP) for Business (COM, 2018, 113 final) and Proposal for a Directive of The European Parliament and of The Council amending Directive 2014/65/EU on markets in financial instruments (COM, 2018, 099 *final*).

The last part of the article presents the proposed regulations on European Crowdfunding Service Providers (ECSP).

**Key words:** crowdfounding, equity crowdfunding, internet platforms, SMEs.

### 1. Dotychczasowy przebieg prac nad regulacją *crowdfoundingu* w Komisji Europejskiej

Parlament Europejski począwszy od roku 2012 poprzez pytania parlamentarne i Rezolucję Parlamentu Europejskiego z dnia 15 stycznia 2014 r. w sprawie reindustrializacji Europy z myślą o promowaniu konkurencyjności i trwałego rozwoju (procedura: 2013/2006; INI) wielokrotnie wzywał Komisję Europejską do podjęcia działań regulacyjnych dotyczących finansowania społecznościowego do kwoty 1 mln EUR na przedsięwzięcie, w związku z rosnącym z roku na rok wykorzystaniem finansowania społecznościowego w Unii Europejskiej.

Komisja Europejska po konsultacji z zainteresowanymi stronami dotyczącymi zarówno potencjalnych korzyści finansowania społecznościowego, jak również jego zagrożeń i zaprojektowania optymalnych ram politycznych w celu wykorzystania potencjału tej formy finansowania opublikowała dokument z ich podsumowaniem pt.: „Finansowanie społecznościowe w UE — badanie wartości dodanej potencjalnego działania UE", a następnie w dniu 27 marca 2014 r. opublikowała Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów pt.: „Uwolnienie potencjału finansowania społecznościowego w Unii Europejskiej" (COM, 2014, 172 *final*). Komunikat ten przedstawia pierwszą ocenę sytuacji finansowania społecznościowego w Unii Europejskiej i miał służyć jako punkt wyjścia do dyskusji nad możliwymi, przyszłymi działaniami. W dokumencie tym Ko-

misja zwraca uwagę na zarówno na zagrożenia, jak i na kluczowe wyzwania stojące przed finansowaniem społecznościowym w Unii Europejskiej wskazane przez zainteresowane strony w procesie konsultacji, aby następnie przedstawić kilka propozycji dalszych działań, takich jak utworzenie Europejskie Forum Stron Zainteresowanych Finansowaniem Społecznościowym oraz zaangażowanie Komisji w celu dalszej oceny, poprzez specjalne badanie rosnącego znaczenia finansowania społecznościowego w Unii Europejskiej. Natomiast w dokumencie Komunikat w sprawie finansowania społecznościowego w Unii Europejskiej — najczęściej zadawane pytania wymieniono przyszłe działania zaproponowane przez Komisję Europejską.

W badaniu pt.: „*Crowdfunding*: Badanie map rynków i wydarzeń w UE" z dnia 30 września 2015 r. opracowanym dla Komisji Europejskiej przez Crowdsurfer Ltd. we współpracy z Ernst&Young przedstawiono dane i analizy dotyczące poszczególnych rynków finansowania społecznościowego w całej Unii Europejskiej, w tym analizę tendencji rynkowych i wpływu prawodawstwa krajowego na rynek.

Dokument roboczy służb Komisji pt.: „*Crowdfunding* w unii rynków kapitałowych UE" (SWD, 2016, 154 *final*) z dnia 3 maja 2016 r. zawiera podsumowanie prac wykonanych przez służby Komisji od czasu przyjęcia w 2014 roku Komunikat w sprawie *crowdfoundingu*, przegląd obecnego statusu finansowania społecznościowego w UE, ze szczególnym uwzględnieniem rozwój rynku i innowacyjnych modeli biznesowych, przegląd krajowych rozwiązań regulacyjnych i nadzorczych w państwach członkowskich UE, ocenę zakresu działań transgranicznych w zakresie *crowdfundingu* oraz wnioski w sprawie rozwoju europejskiego sektora finansowania społecznościowego, będącego częścią planu działania dotyczącego budowy unii rynków kapitałowych (CMU) Komisji Europejskiej, mającego na celu zwiększenie roli finansowania alternatywnego, w tym finansowania społecznościowego. Niniejszy dokument przedstawia sytuację rynkową i regulacyjną w tym obszarze.

W raporcie końcowym sprawozdania pt.: „Ocena potencjału finansowania społecznościowego i innych form finansowania alternatywnego w celu wspierania badań i innowacji" ze stycznia 2017 r. opublikowanym przez Dyrekcję Generalną ds. Badań i Innowacji Komisji Europejskiej *przedstawiono ocenę tego, czy alternatywne środki finansowe mogą pomóc Europie w rozwiązaniu problemu dostępu do finansowania dla innowacyjnych przedsiębiorstw i wypełnić lukę w dostępie do kapitału podwyższonego ryzyka oraz czy działania UE są konieczne, aby wesprzeć rozwój tego sektora. W tym celu badanie przyniosło następujące wyniki:*

*1. Oszacowanie wielkości alternatywnego rynku badań i innowacji, wraz z typologią sektorów i alternatywnych modeli finansowania odpowiednich dla badań a innowacji.*

*2. Analiza europejskiego krajobrazu alternatywnego dla badań i innowacji.*

*3. Analizę wyzwań ograniczających rozwój alternatywnego finansowania, w szczególności finansowania alternatywnego dla badań i innowacji.*

*4. Ocenę opcji politycznych dotyczących tych wyzwań.*

*5. Ostateczne zalecenie dotyczące działań priorytetowych na poziomie UE i krajowym w celu wykorzystania możliwości alternatywnego finansowania badań i innowacji* (Directorate-General for Research and Innovation European Commission, 2017).

Wstępna ocena wpływu z dnia 30 października 2017 r. Wniosku legislacyjnego Komisji Europejskiej dotyczącego unijnych ram dotyczących finansowania grupowego i *peer-to-peer* (Ares 2017, 5288649) przedstawia analizę wpływu różnych opcji politycznych, które Komisja rozważała jako rozwiązanie problemów związanych z *crowdfundingiem* transgranicznym. Jako cele inicjatywy zostało wskazane rozwiązanie dwóch głównych problemów w postaci fragmentacji rynku i braku skali oraz obaw dotyczących rzetelności platform *crowdfundingowych* i platform typu peer-to-peer. Działania UE w zakresie finansowania społecznościowego będą dążyć do umożliwienia platformom skalowania transgranicznego oraz do zapewnienia platformom proporcjonalnych i skutecznych ram zarządzania ryzykiem. Wskazane zostały następujące warianty regulacji:

– brak ram UE;

– podejście oparte na samoregulacji z minimalnymi standardami UE;

– traktowanie platform finansowania społecznościowego, w taki sposób, jak regulowane systemy obrotu lub instytucje płatnicze;

– rozwiązania transgraniczne jako opcjonalny system unijny (Komisja Europejska, 2017).

Raport „Identyfikacja przeszkód rynkowych i regulacyjnych w transgranicznym rozwoju finansowania społecznościowego w UE" z dnia 17 grudnia 2017 roku przygotowany przez European *Crowdfunding* Network i Osborne Clarke Germany dla Komisji Europejskiej wskazuje natomiast na potencjalne bariery dla transakcji transgranicznych, które utrudniają wzrost finansowania społecznościowego opartego na papierach wartościowych i pożyczkach w Unii Europejskiej. Analizuje rozbieżne podejścia regulacyjne do *crowdfoundingu* w poszczególnych państwach członkowskich UE oraz ich wpływ z punktu widzenia ochrony konsumentów i inwestorów.

## 2. Etap legislacyjny regulacji *crowdfoundingu* przez Komisję Europejską

8 marca 2018 r. Komisja Europejska zaprezentowała Plan działania w zakresie technologii finansowej: w kierunku bardziej konkurencyjnego i innowacyjnego europejskiego sektora finansowego (COM, 2018, 109 *final*; zwany w skrócie: FinTech Action Plan).

Tego samego dnia w ramach FinTech Action Plan Komisja Europejska przedstawiła Wniosek legislacyjny dotyczący Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie europejskich dostawców usług w zakresie finansowania społecznościowego (ECSP) dla przedsiębiorstw (COM, 2018, 113 *final*). W dniu 10 sierpnia sprawozdawca Ashley Fox (ECR, Zjednoczone Królestwo) opublikował projekt Sprawozdania Komisja Gospodarczych i Monetarnych Parlamentu Europejskiego (ECON) w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady

w sprawie europejskich dostawców usług finansowania społecznościowego dla przedsiębiorstw (PE, 626.662). W dniu 13 września poprawki do projektu sprawozdania zostały złożone w komisji, natomiast w dniu 9 listopada 2018 r. sprawozdanie komisji zostało przedłożone na sesji plenarnej. Etap osiągnięty w procedurze legislacyjnej to oczekiwanie na pierwsze czytanie w Parlamencie Europejskim. Dnia 5 listopada 2018 r. komisja podjęła decyzję o przystąpieniu do międzyinstytucjonalnych negocjacji z raportem przyjętym w komisji, a w dniu 9 listopada 2018 r. sprawozdanie komisji (A8-0364/2018) zostało przedłożone na sesji plenarnej.

Wniosek legislacyjny Komisji Europejskiej z dnia 8 marca 2018 r. dotyczący Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającej dyrektywę 2014/65/UE w sprawie rynków instrumentów finansowych (COM, 2018, 099 *final*; MiFID II), to dyrektywa, towarzysząca proponowanemu rozporządzeniu w sprawie europejskich dostawców usług w zakresie finansowania społecznościowego, zmienia zakres dyrektywy MiFID II poprzez dodanie dostawców finansowania społecznościowego zatwierdzonych na mocy proponowanego rozporządzenia do wykazu podmiotów objętych zwolnieniem, do których nie ma zastosowania zakres dyrektywy.

W dniu 26 lipca 2018 r. sprawozdawczyni Caroline Nagtegaal (ALDE, Holandia) opublikowała projekt Sprawozdania Komisja Gospodarczych i Monetarnych Parlamentu Europejskiego (ECON) w sprawie wniosku dotyczącego Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającą dyrektywę 2014/65/UE w sprawie rynków instrumentów finansowych (PE, 625.579). W dniu 12 września 2018 r. poprawki do projektu sprawozdania zostały złożone w komisji, natomiast w dniu 9 listopada 2018 r. sprawozdanie komisji zostało przedłożone na sesji plenarnej. Etap osiągnięty w procedurze legislacyjnej to oczekiwanie na pierwsze czytanie w Parlamencie Europejskim. W dniu 5 listopada 2018 r. komisja podjęła decyzję o przystąpieniu do międzyinstytucjonalnych negocjacji z raportem przyjętym w komisji, a w dniu 9 listopada 2018 r. sprawozdanie komisji (A8-0362/2018) zostało przedłożone na sesji plenarnej.

W dniu 11 lipca 2018 r. została przyjęta na sesji plenarnej opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego (EKES) nosząc tytuł: „Wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającej dyrektywę 2014/65/UE w sprawie rynków instrumentów finansowych" (COM, 2018, 99 *final*-2018/0047; COD) oraz „Wniosek dotyczący rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie europejskich dostawców usług w zakresie finansowania społecznościowego dla przedsiębiorstw" (COM, 2018, 113 *final*-2018/0048; COD), w którym EKES wyraża poparcie dla inicjatywy, wskazując we wnioskach na potrzebę dodatkowych środów ochronnych uczestnikom finansowania społecznościowego.

## 3. Projektowane regulacje w sprawie europejskich dostawców usług w zakresie finansowania społecznościowego (ECSP)

Projektowane regulacje w sprawie europejskich dostawców usług w zakresie finansowania społecznościowego (ECSP) stanowią część planu działania Komisji Europejskiej dotyczącego budowy unii rynków kapitałowych (CMU), której jednym z celów jest rozszerzenie dostępu do finansowania dla przedsiębiorstw innowacyjnych, przedsiębiorstw typu start-up i innych nienotowanych przedsiębiorstw.

Zgodnie z Rezolucją Parlamentu Europejskiego z dnia 9 lipca 2015 r. w sprawie tworzenia unii rynków kapitałowych (2015/2634; RSP) *unia rynków kapitałowych powinna doprowadzić do stworzenia odpowiedniego otoczenia regulacyjnego, które ułatwi transgraniczny dostęp do informacji na temat przedsiębiorstw poszukujących instrumentów kredytowych, quasikapitałowych i kapitałowych, aby promować rozwój pozabankowych modeli finansowania, w tym finansowania społecznościowego i pożyczek społecznościowych* (Parlament Europejski, 2015).

W związku z utrudnionym dostępem tych przedsiębiorstw innowacyjnych, przedsiębiorstw typu *start-up* i innych nienotowanych przedsiębiorstw do finansowania, pozyskiwanie finansowania społecznościowego za pośrednictwem platform internetowych może stanowić formę dostępu do źródła kapitału, jako alternatywa dla niezabezpieczonych pożyczek bankowych, będących głównym źródłem zewnętrznego finansowania dla MŚP. Finansowanie bankowe dla tego rodzaju przedsiębiorstw jest trudne dla nich do pozyskania przez brak historii kredytowej oraz brak zabezpieczeń majątkowych, co przekłada się na wysoką jego cenę.

W procesie finansowania społecznościowego występują trzy rodzaje podmiotów:

– właściciel projektu, poszukujący finansowania,

– inwestorzy finansujący proponowane projekty inwestycyjne,

– organizacja pośrednicząca, będąca usługodawcą zrzeszającym właścicieli projektów i inwestorów na platformie internetowej.

Część państw członkowskich Unii Europejskiej wprowadziło już regulacje krajowe dla finansowania społecznościowego, które dostosowane są do potrzeb i cech lokalnych inwestorów oraz rynków, a tym samym regulacje te różnią się, jeżeli chodzi o warunki funkcjonowania platform internetowych, zakres działań dozwolonych, czy wymogi odnośnie licencji. Różnice pomiędzy regulacjami w poszczególnych państwach członkowskich mogą w znacznej mierze stanowić przeszkodę do transgranicznego świadczenia usług przez platformy internetowe w zakresie finansowania społecznościowego. Niezbędne zatem jest zajęcie przez Komisję Europejską zidentyfikowanymi utrudnieniami we właściwym działaniu wewnętrznego rynku usług finansowania społecznościowego.

Rynek finansowania społecznościowego dla przedsiębiorstw w UE jest słabiej rozwinięty w porównaniu do innych wiodących gospodarek światowych oraz nie mogą funkcjonować właściwie w modelu transgranicznym na jednolitym rynku UE w kontekście zdiagnozowanych barier w postaci braku wspólnych zasad dla całej UE.

Wniosek Komisji w sprawie europejskich dostawców usług w zakresie finansowania społecznościowego (ECSP) ustanawia nową instytucję prawną opcjonalnego systemu UE, w postaci one-stop-shop, czyli jednego zestawy zasad dla uzyskania pasz-

portu unijnego, dającego możliwość łatwego dostępu do rynku UE dla platform internetowych świadczących usługi transgranicznego finansowania społecznościowego. Instytucja ta przełamuje dotychczasowe bariery w rozwoju działalności platform internetowych umożliwiając im działanie na wspólnym rynku UE.

Przedmiotowy projekt Rozporządzenia nie zastępuje krajowych regulacji finansowania społecznościowego tam, gdzie one istnieją, a jego celem nie jest ingerencja w istniejące licencje, czy też w krajowe systemy wykonawcze, jak również w przepisy dyrektywy MiFID II, Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego (PSD) oraz Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/61/UE z dnia 8 czerwca 2011 r. w sprawie zarządzających alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (ZAFI), lecz przyjęcie wspólnych zasad dla finansowania społecznościowego na poziomie unijnym i danie możliwości dostawcom usług finansowania społecznościowego uzyskania pod pewnymi warunkami oznakowania unijnego, pozwalającego im zwiększyć skalę swojej działalności na wszystkie kraje UE.

Dostawca usług w zakresie finansowania społecznościowego będzie mógł zdecydować czy będzie świadczył usługi na terenie jego kraju na podstawie przepisów krajowych czy też będzie się ubiegać o zezwolenie pozwalające mu na świadczenie usług finansowania społecznościowego na podstawie procedowanego rozporządzenia. Zezwolenie wydane na jego podstawie będzie pozwalało świadczyć usługi zarówno w jednym z państw członkowskich, jak i transgranicznie we wszystkich państwach członkowskich na podstawie paszportu. W przypadku uzyskania zezwolenia na podstawie przepisów UE zezwolenie wydane na podstawie przepisów krajowych będzie cofnięte.

Rozporządzenie będzie miało zastosowanie dla dostawców usług w zakresie finansowania społecznościowego, ustanawiając jednolite wymogi w zakresie zezwoleń, organizacji, działalności i bieżącego nadzoru. Obejmuje ono swym zakresem usługi finansowania społecznościowego przewidujące wynagrodzenie finansowe dla inwestorów, takie jak finansowanie społecznościowe opierające się na kredytach i inwestycjach, wyłączając z jego zakresu dotacje i finansowanie społecznościowe oparte na nagrodach, ponieważ nie stanowią one usług finansowych. Wyłączone są również pożyczki konsumenckie na cele konsumpcyjne. Rozporządzenia określa terminy i definicje, w szczególności: „usługi finansowania społecznościowego", „platforma finansowania społecznościowego", „dostawca usług finansowania społecznościowego", „oferta finansowania społecznościowego".

Efektywność i ostrożne zarządzanie mają być zapewnione poprzez spełnianie wymogów organizacyjnych przez dostawców usług finansowania społecznościowego oraz przez posiadanie odpowiednich umiejętności i doświadczenia zawodowego przez osoby nimi zarządzające, jak również przez podejmowanie wszelkich działań, mających na celu zapobieganie konfliktom interesów, mogących potencjalnie wpływać negatywnie na interesy klientów.

W zakresie autoryzacji i monitorowania wniosek Komisji gwarantuje stosowanie jednolitych, proporcjonalnych i stosowanych bezpośrednio wymogów dotyczących uzyskania zezwolenia oraz pojedynczy punkt nadzoru w postaci Europejskiego Urzędu Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych (ESMA), któremu mają podlegać dostawcy usług finansowania społecznościowego. Na ESMA nałożono obowiązek w postaci utworzenia rejestru dostawców usług finansowania społecznościowego, a także publicznego udostępniania i aktualizacji.

Przejrzystość i ochrona inwestorów mają być zagwarantowane poprzez dostarczenie potencjalnym inwestorom niezbędnych informacji dotyczących *crowdfoundingu*, jak również dotyczących zagrożeń z nim związanych. Ma to być zapewnione poprzez kompletność, jasność i poprawność wszelkich informacji, włącznie z informacjami marketingowymi, kierowanych przez dostawców usług finansowania społecznościowego do swoich klientów. Rozporządzenie przewiduje przeprowadzanie wstępnej oceny stosowności potencjalnych klientów oraz możliwość symulacji zdolności potencjalnych inwestorów do ponoszenia strat, jak również definiuje arkusz kluczowych informacji inwestycyjnych, biuletyn informacyjny i prawo inwestorów do dostępu do dokumentacji.

Rozporządzenie określiło również szczegółowe wymogi odnośnie komunikatów marketingowych, a na aby właściwe organy krajowe nałożyło wymóg publikowania i utrzymywania na swoich stronach internetowych krajowych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych mających zastosowanie do komunikatów marketingowych kierowanych przez dostawców usług finansowania społecznościowego.

Procedowany projekt rozporządzenia określa przepisy w zakresie uprawnień i kompetencji ESMA, poufności informacji wymienianych między prawnikiem a klientem, wezwań do udzielenia informacji, dochodzeń ogólnych, kontroli na miejscu, wymiany informacji, tajemnicy zawodowej, środków nadzorczych, które mogą być stosowane przez ESMA oraz sankcji administracyjnych i innych środków takich, jak grzywy, okresowe kary pieniężne, zawiadamiania o grzywnach oraz charakterze i egzekucji grzywien, jak również odpowiednie przepisy w zakresie stosowania środków nadzoru oraz nakładania grzywien. ESMA uzyska również kompetencję do przekazywania określonych zadań nadzorczych właściwym organom danego państwa członkowskiego wraz z wytycznymi ESMA w tym zakresie.

Przedmiotowy projekt rozporządzenia mając na uwadze konieczność minimalizacji ryzyka prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu uwzględnia odpowiednie zabezpieczenia takie, jak w szczególności:

– obowiązek dokonywania płatności dotyczących transakcji finansowania społecznościowego za pośrednictwem podmiotów posiadających zezwolenie na mocy dyrektywy w sprawie usług płatniczych, podlegających czwartej dyrektywie w sprawie przeciwdziałania praniu pieniędzy, bez względu na to, czy płatności jest przeprowadzane będą przez samą platformę, czy też przez osobę trzecią;

– obowiązek zapewnienia przez dostawców finansowania społecznościowego, aby właściciele projektów dokonywali akceptacji finansowania ofert finansowania społecznościowego lub jakiejkolwiek płatności wyłącznie za pośrednictwem podmiotu posiadającego zezwolenie na mocy dyrektywy w sprawie usług płatniczych;

– wymóg dotyczący „nieposzlakowanej opinii" kierownictwa, w szczególności niekaralności, jeżeli chodzi o naruszenia dotyczące przeciwdziałania praniu pieniędzy.

## 4. Podsumowanie

Nowe regulacje mają za zadanie poprawienie dostępu drobnym inwestorom i przedsiębiorcom potrzebującym funduszy, w szczególności nowym przedsiębiorstwom, do innowacyjnej formy finansowania w postaci finansowania społecznościowego oraz zapewnienie inwestorom korzystającym z platform finansowania społecznościowego wyższego poziomu gwarancji i lepszego systemu ochrony opartego na:

– jasnych zasadach dotyczących ujawniania informacji właścicielom projektów i platformom finansowania społecznościowego;

– zasadach dotyczących zarządzania i zarządzania ryzykiem;

– spójnym podejściu do nadzoru.

Wdrażane regulacje mają zwiększyć liczbę potencjalnych inwestorów oraz oferowanych projektów, a także zapewnić pewność prawną obowiązujących przepisów mających za zadanie ochronę inwestorów.

Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny wskazuje w swojej opinii na *przyszłościowy charakter wniosków w ramach planu działania na rzecz technologii finansowej (FinTech), który ma dać wyraz ambicji uczynienia z Europy globalnego centrum FinTech. Przez wykorzystanie innowacyjnych i wspieranych przez nowoczesne technologie produktów i rozwiązań wniosek ten doskonale wpisuje się w proces realizacji jednolitego rynku cyfrowego.* (Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny, 2018).

## Bibliografia


Crowdsurfer Ltd., Ernst & Young (2015). *Crowdfunding: Badanie map rynków i wydarzeń w UE*; https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crowdfunding-study-30092015_en.pdf; (30.11.2018).

European Crowdfunding Network, Osborne Clarke Germany (2017). *Identyfikacja przeszkód rynkowych i regulacyjnych w transgranicznym rozwoju finansowania społecznościowego w UE*; https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/171216-crowdfunding-report_en.pdf; (30.11.2018).

Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny (2018). Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego (EKES). Wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającej dyrektywę 2014/65/UE w sprawie rynków instrumentów finansowych COM, 2018, 99 final — 2018/0047; COD). Wniosek dotyczący rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie europejskich dostawców usług w zakresie finansowania społecznościowego dla przedsiębiorstw (COM, 2018, 113 final-2018/0048; COD), Dz. U. C 367/65 z 10.10.2018.

Komisja Gospodarcza i Monetarna (2018a). Projekt sprawozdania w sprawie wniosku dotyczącego Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającą dyrektywę 2014/65/UE w sprawie rynków instrumentów finansowych (PE625.579) http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-625.579+01+DOC+PDF+V0//PL&language=PL; (30.11.2018).

Komisja Gospodarcza i Monetarna (2018b). Projekt sprawozdania w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie europejskich dostawców usług finansowania społecznościowego dla przedsiębiorstw (PE626.662) http://www.europarl.europa. eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-626.662+02+DOC+PDF+V0//PL&language=PL; (30.11.2018).

Komisja Gospodarcza i Monetarna (2018c). Sprawozdanie w sprawie wniosku dotyczącego Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającą dyrektywę 2014/65/UE w sprawie rynków instrumentów finansowych (A8-0362/2018) http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2018-0362+0+DOC+XML+V0//PL; (30.11.2018).

Komisja Gospodarcza i Monetarna (2018d). Sprawozdanie w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie europejskich dostawców usług, finansowania społecznościowego dla przedsiębiorstw (COM, 2018, 0113 — C8-0103/2018- 2018/0048 (COD); http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2018-0364+0+DOC+PDF+V0//PL; (30.11.2018).

Komisja Europejska (2013). Finansowanie społecznościowe w UE — badanie wartości dodanej potencjalnego działania UE; http://ec.europa.eu/finance/consultations/2013/crowdfunding/docs/consultation-document_en.pdf; (30.11.2018).

Komisja Europejska (2014a). Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów pt.: Uwolnienie potencjału finansowania społecznościowego w Unii Europejskiej (COM, 201, 172 final) https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar: 3e0b89b3-b6eb-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0012.01/DOC_1&format=PDF; (30.11.2018).

Komisja Europejska (2014b). Komunikat w sprawie finansowania społecznościowego w Unii Europejskiej — najczęściej zadawane pytania, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-240_en.htm; (30.11.2018).

Komisja Europejska (2016). Dokument roboczy służb Komisji pt.: Crowdfunding w unii rynków kapitałowych UE (SWD, 2016, 154 final). https://ec.europa.eu/info/system/files/crowdfunding-report-03052016_en.pdf; (30.11.2018).

Directorate-General for Research and Innovation European Commission (2017). Assessing the potential for crowdfunding and other forms of alternative finance to support research and innovation. Luksemburg: Publication Office of the European Union.

Komisja Europejska (2017). Wstępna ocena wpływu z dnia 30 października 2017 r. Wniosku legislacyjnego Komisji Europejskiej dotyczącego unijnych ram dotyczących finansowania grupowego i peer-to-peer (Ares, 2017, 5288649); https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2017-5288649_en; (30.11.2018).

Komisja Europejska (2018a). Crowdfunding. https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/growth-and-investment/financing-investment/crowdfunding_pl; (30.11.2018).

Komisja Europejska (2018b). Plan działania w zakresie technologii finansowej: w kierunku bardziej konkurencyjnego i innowacyjnego europejskiego sektora finansowego (COM (2018) 109 final) https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:6793c578-22e6-11e8-ac73-01aa75ed71a1.0007.02/DOC_1&format=PDF; (30.11.2018).

Komisja Europejska (2018c). Wniosek legislacyjny dotyczący Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie europejskich dostawców usług w zakresie finansowania społecznościowego (ECSP) dla przedsiębiorstw (COM, 2018, 113 final). http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2018/0113/COM_COM (2018)0113_PL.pdf; (30.11.2018).

MiFID II (2018). Wniosek legislacyjny Komisji Europejskiej z dnia 8 marca 2018 r. dotyczący Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającej dyrektywę 2014/65/UE w sprawie rynków instrumentów finansowych (COM (2018) 099 final) http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2018/0099/COM_COM (2018) 0099_PL.pdf; (30.11.2018).

Parlament Europejski (2014a). Paliamentary questions on crowdfunding http://www.europarl.europa.eu/EPRS/Paliamentary_questions_on_crowdfunding.pdf; (30.11.2018).

Parlament Europejski (2014b). Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 15 stycznia 2014 r. w sprawie reindustrializacji Europy z myślą o promowaniu konkurencyjności i trwałego rozwoju (procedura: 2013/2006 (INI)), Teksty przyjęte, P7_TA (2014) 0032.

Parlament Europejski (2015). Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 9 lipca 2015 r. w sprawie tworzenia unii rynków kapitałowych (2015/2634; RSP). Dz. U. C 265/76 z 11.8.2017.

PSD (2015). Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego (PSD). Dz. U. L 337/35 z 23.12.2015.

ZAFI (2011). Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/61/UE z dnia 8 czerwca 2011 r. w sprawie zarządzających alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (ZAFI). Dz. U. L 174/1 z 01.07.2011.

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.37

# Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa w polskim porządku prawnym — prawnoporównawcza analiza wybranych polskich przepisów prawa oraz tych implementujących Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943

## Definition of the trade secret in the Polish legal order — comparative analysis of the selected Polish law provisions and those implementing Directive of the European Parliament and of the Council (EU) 2016/943

***mgr Adam Stępień***

E-mail: stepien.adam@gmail.com

**Streszczenie**

Niniejsza publikacja stanowi podsumowanie i analizę dotychczas obowiązującego, jak i nowego, kształtu definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w polskim porządku prawnym ze szczególnym uwzględnieniem ostatnich zmian wprowadzonych w drodze implementacji przepisów Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 roku w sprawie ochrony niejawnego *know-how* i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem. Opracowanie przedstawia stan prawny przepisów odnoszących się do tajemnicy przedsiębiorstwa przed jak i po wejściu w życie Dyrektywy 2016/943, jak również przybliża główne założenia i cele samej Dyrektywy 2016/943. Publikacja wyjaśnia również jakie elementy składowe są niezbędne do uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa oraz do uzyskania ich ochrony. Ponadto, niniejsza publikacja odnosi się do kwestii związanych z naruszeniem tajemnicy przedsiębiorstwa jako czynu nieuczciwej konkurencji oraz związanych z tym naruszeniem konsekwencjami.

**Słowa kluczowe:** tajemnica, przedsiębiorstwo, dyrektywa, ustawa.

**Summary**

This publication is a summary and analysis of the hitherto and new definition of the trade secret in the Polish legal system, with particular reference to the recent changes introduced by the implementation of Directive of the European Parliament and of the Council (EU) 2016/943 of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure. The study presents the legal status of the provisions relating to the trade secret before the entry into force of the Directive 2016/943 and after its entry into force, as well as the main assumptions and objectives of the Directive 2016/943 itself. The publication also explains what constituent elements are necessary to recognize the information as a trade secret and to obtain protection thereof and refers to the violation of the trade secret as an act of unfair competition and consequences thereof.

**Key words:** secret, company, directive, act (of law).

### 1. Uwagi wstępne

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 roku w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem[1] (dalej: „Dyrektywa" lub „Dyrektywa 2016/943") stanowi wynik blisko 5-letnich prac, jakie prowadzone były przez organy Unii Europejskiej w celu harmonizacji przepisów dotyczących standardów ochrony poufnych informacji przedsiębiorstwa.

Akt ten ma na celu opracowanie minimalnego standardu w zakresie informacji poufnych przedsiębiorstwa jako narzędzia zarządzania konkurencyjnością i innowacyjnością. Oznacza to, że poziom ochrony informacji stanowiących ta-

jemnicę przedsiębiorstwa nie może być niższy w prawodawstwie innych państw członkowskich Unii Europejskiej niż został on ustanowiony w przedmiotowej Dyrektywie 2016/943.

Ustawodawca unijny przewidział 2-letni termin na transpozycję przepisów Dyrektywy 2016/943, który to termin upłynął z dniem 9 czerwca 2018 roku. Choć wyznaczony przez Parlament Europejski i Radę Unii Europejskiej czas w przypadku polskiego ustawodawcy nie został dochowany (w Polsce przepisy implementujące Dyrektywę 2016/943 weszły w życie w dniu 4 września 2018 roku), należy zaznaczyć, że w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, obywatel każdego państwa członkowskiego Unii Europejskiej w każdej chwili może odwołać się do przepisów Dyrektywy 2016/943 w przypadku sprzeczności prawa krajowego z jej postanowieniami (Sprawa European Commission v. Belgium, 1980).

Niniejsza publikacja stanowi podsumowanie i analizę dotychczas obowiązującego, jak i nowego kształtu definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w polskim porządku prawnym, ze szczególnym uwzględnieniem ostatnich zmian wprowadzonych w wyniku implementacji przepisów Dyrektywy 2016/943.

## 2. Główne założenia Dyrektywy 2016/943

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem przedstawiła nowe brzmienie definicji tajemnicy przedsiębiorstwa co zostało przedstawione w art. 2 pkt 1 Dyrektywy 2016/943.

Zgodnie z brzmieniem art. 2 pkt 1 Dyrektywy 2016/943, tajemnica przedsiębiorstwa oznacza informacje, które spełniają wszystkie następujące wymogi:

a) są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji;

b) mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą;

c) poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy.

Nowe regulacje prawne zaprezentowane w Dyrektywie 2016/943 odnoszą się w szczególności do uregulowania kwestii związanych z ochroną niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych określonych jako tajemnica przedsiębiorstwa i regulują takie działania jak pozyskiwanie, ujawnianie, czy też wykorzystywanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, rozszerzając tym samym ochronę właściciela tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ponadto, Dyrektywa 2016/943 opisuje i reguluje liczne wyjątki wyłączające bezprawność naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz daje gwarancje procesowe zachęcające ich pełnoprawnych posiadaczy do dochodzenia swoich roszczeń w postępowaniu sądowym.

## 3. Implementacja Dyrektywy 2016/943 w polskim systemie prawnym

Przepisy związane z ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa w polskim porządku prawnym wchodzą w zakres regulacji prawnych dotyczących zwalczania nieuczciwej konkurencji. Aktem prawnym regulującym przepisy dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa była obowiązująca do dnia 4 września 2018 roku ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 roku[2] (dalej: „u.z.n.k.").

Zgodnie z dotychczasowym brzmieniem art. 11 ust. 1 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji było przekazanie, ujawnienie lub wykorzystywanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa albo ich nabycie od osoby nieuprawnionej, jeżeli zagrażało to lub naruszało interes przedsiębiorcy będącego właścicielem takich informacji.

Przepis art. 11 ust. 4 definiował tajemnicę przedsiębiorstwa jako nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności.

Polski ustawodawca, podobnie jak wszystkie inne państwa członkowskie Unii Europejskiej, zobowiązany był na gruncie traktatu akcesyjnego z 16 kwietnia 2003 roku, wiążącego Unię Europejską oraz Polskę od dnia 1 maja 2004 roku, do transpozycji przepisów Dyrektywy 2016/943 do naszego prawa krajowego i dostosowania już obowiązujących w Polsce przepisów do tych minimalnych wymogów harmonizacyjnych stawianych przez Dyrektywę 2016/943. Zgodnie z brzmieniem art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej[3], dyrektywy są jednym ze źródeł prawa pochodnego w Unii Europejskiej i wiążą każde Państwo Członkowskie, do którego są kierowane, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków.

W związku z Dyrektywą 2016/943, dotychczasowe krajowe przepisy odnoszące się do tajemnicy przedsiębiorstwa wymagały przeprowadzenia niezbędnych zmian i wprowadzenia nowych rozwiązań wypracowanych przez unijne organy legislacyjne w celu ujednolicenia porządku prawnego państw członkowskich Unii Europejskiej w zakresie definicji zgodnego z prawem pozyskiwania, wykorzystywania i ujawniania tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto, zgodnie z założeniami Dyrektywy 2016/943, ujednolicenie powinno objąć również regulację okoliczności, w których przedsiębiorca nie uzyska ochrony prawnej oraz regulację kwestii związanej z terminem przedawnienia roszczeń z tytułu podejmowanych bezprawnych działań odnoszących się do tajemnicy przedsiębiorstwa.

Stan prawny w Polsce, związany z szeroko rozumianą definicją tajemnicy przedsiębiorstwa oraz z wiążącymi się z nią regulacjami prawnymi, odbiegał od unijnych standardów wypracowanych w Dyrektywie 2016/943, nie tylko w odniesieniu do samej definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednocześnie nie regulował on odpowiednio szeroko takich elementów, jak kwestie związane z pozyskaniem, ujawnianiem czy też wykorzystywaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z tym powstała ko-

nieczność interwencji legislacyjnej nie tylko w stosunku do dotychczas obowiązującej u.z.n.k., ale również takich aktów prawnych, jak chociażby ustawa z dnia 17 listopada 1964 roku Kodeks postępowania cywilnego[4].

Poprzez porównanie struktury, jak i samej treści przepisów obowiązującej do 4 września 2018 roku u.z.n.k. oraz znowelizowanej u.z.n.k. zauważyć należy, że nasz krajowy ustawodawca dokonał transpozycji unijnych przepisów poprzez zmianę i aktualizację przepisów prawnych odnoszących się do tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z uzasadnieniem do polskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw[5], nasz ustawodawca uznał, że próba całościowego uregulowania zagadnień dotyczących naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa poza przepisami dotychczas obowiązującej u.z.n.k. oznaczałaby odejście od (niebudzącej wątpliwości oraz ukształtowanej historycznie) koncepcji traktowania bezprawnego działania w odniesieniu do tajemnicy przedsiębiorstwa jako czynu nieuczciwej konkurencji (Uzasadnienie Rady Ministrów, 2018). Przykładem innego podejścia do trybu implementacji postanowień Dyrektywy 2016/943 jest chociażby ustawodawca niemiecki, który zdecydował się na stworzenie projektu nowego aktu prawnego odzwierciedlającego wypracowane przez unijnego ustawodawcę regulacje prawne dotyczące szeroko pojętej tajemnicy przedsiębiorstwa.

## 3.1. Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa

### 3.1.1. Stan prawny przed wejściem w życie Dyrektywy 2016/943

Bezprawne naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa jako czyn nieuczciwej konkurencji ma w polskim prawie pond 90-letnią tradycję i znajduje swój początek w ustawie z dnia 2 sierpnia 1926 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji6 (Uzasadnienie Rady Ministrów, 2018). Co prawda ustawa ta nie posługiwała się pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa i odnosiła się do dwóch kategorii informacji w postaci „informacji technicznych" i „informacji handlowych" jednak komentatorzy tej ustawy wskazywali m.in., że tajemnice techniczne mogą obejmować „specyficzne postępowanie wytwórcze, jak i same wytwory, ich jakość, materiał, kształt, barwę, rysunek", a także tajemnice handlowe takie jak „listy dostawców, okoliczności ważne dla kształtowania się cen" (Kraus, Zoll F., 1929).

Polskie piśmiennictwo definiuje ponadto tajemnicę przedsiębiorstwa jako podstawowy, zasadniczy element przedsiębiorstwa, doceniając jego wagę i wartość ekonomiczną (Wojcieszko-Głuszko, 2005).

Obowiązująca w polskim prawodawstwie do dnia 4 września 2018 roku definicja tajemnicy przedsiębiorstwa określona była w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. W jej skład wchodziły nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą (Michalak, 2011), co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności.

W skład powyższej definicji wchodziły zatem trzy przesłanki, których kumulatywne spełnienie pozwalało uznać daną informację za tajemnicę przedsiębiorstwa — informacja taka musiała być więc:

1) nieujawniona do wiadomości publicznej;

2) mieć charakter technologiczny, techniczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny — posiadający wartość gospodarczą oraz

3) taka, co do której przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania jej w poufności.

Zgodnie z brzmieniem dotychczas obowiązującego art. 11 ust. 1 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji było przekazanie, ujawnienie lub wykorzystanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa albo ich nabycie od osoby nieuprawnionej, jeżeli zagrażało lub naruszało to interes przedsiębiorcy. Przepis ten, w myśl art. 11 ust. 2 u.z.n.k. sprzed jej nowelizacji, stosowany był również do osoby, która świadczyła pracę na podstawie stosunku pracy lub innego stosunku prawnego — przez okres trzech lat od jego ustania, chyba że umowa stanowiła inaczej, albo ustał stan tajemnicy.

Przepisu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji z art. 11 ust. 1 u.z.n.k., zgodnie z jego dotychczasowym brzmieniem, nie stosowało się wobec tego podmiotu, który od nieuprawnionego nabył, w dobrej wierze, na podstawie odpłatnej czynności prawnej, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Sąd mógł zobowiązać takiego nabywcę informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa do zapłaty stosownego wynagrodzenia za korzystanie z nich przez dany okres czasu, nie dłużej jednak niż do ustania stanu tajemnicy.

### 3.1.2. Stan prawny po wejściu w życie Dyrektywy 2016/943

Dyrektywa 2016/943 sformułowała definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób odmienny od tej, która dotychczas funkcjonowała w polskim porządku prawnym. Zgodnie z art. 2 pkt 1 Dyrektywy 2016/943, za tajemnicę przedsiębiorstwa uznano informacje, które kumulatywnie spełniają wszystkie następujące przesłanki:

1) są poufne w ten sposób, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgu, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji;

2) mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą;

3) oraz poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy.

Polska definicja tajemnicy przedsiębiorstwa, wprowadzona w życie w drodze nowelizacji z dniem 4 września 2018 roku, została zamieszczona w art. 11 ust. 2 znowelizowanej u.z.n.k., który to artykuł stanowi, *że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.*

Jak można zauważyć, porównując europejską i polską definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, obie regulacje mają wspólną przesłankę poufności informacji. Zakres wspólnej przesłanki w tym znaczeniu, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów informacje takie nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji. Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zaprezentowana w Dyrektywie 2016/943 stanowi, że każdy rodzaj informacji, przy spełnieniu określonych wymogów, może zostać uznany za tajemnicę przedsiębiorstwa. Polski ustawodawca również zaprezentował katalog otwarty takich informacji, skupiając się jednak na informacjach o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub innych, posiadających wartość gospodarczą. Kluczowa w naszym prawodawstwie przesłanka wartości gospodarczej występuje jednak w Dyrektywie 2016/943 w nieco innym znaczeniu.

Zgodnie z jej brzmieniem, informacje mają wartość handlową właśnie dlatego, że są objęte tajemnicą, a nie na odwrót. Odmienny ponadto, przy porównaniu definicji z Dyrektywy 2016/943 i tej ze znowelizowanej u.z.n.k., pozostaje ostatni element definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Unijny ustawodawca wymaga, aby informacje, które mają oznaczać tajemnicę przedsiębiorstwa zostały poddane przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy. Zgodnie z obowiązującymi od 4 września 2018 roku przepisami znowelizowanej u.z.n.k., informacje które mają zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać poddane, przez podmiot uprawniony do korzystania lub rozporządzania nimi, przy zachowaniu należytej staranności, działaniom w celu utrzymania ich w poufności. W wyniku zmian w obowiązującym prawie, rozszerzeniu uległ również katalog podmiotów, które muszą podjąć działania w celu utrzymania informacji w poufności o podmiot uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi, gdzie unijny ustawodawca poprzestał jedynie na osobach sprawującymi nad informacjami kontrolę. Co więcej, polski ustawodawca nie zdecydował się na inkorporowanie do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazanej w Dyrektywie 2016/943, konieczności podjęcia (przez osobę sprawującą kontrolę nad informacjami) rozsądnych, w danych okolicznościach, działań w celu utrzymania informacji w tajemnicy, wprowadzając zamiast tego konieczność podjęcia działań (przez uprawnionego do korzystania lub rozporządzania informacjami) przy zachowaniu należytej staranności.

Zgodnie z uzasadnieniem do projektu nowelizacji, ustawodawca wyjaśnia, że Dyrektywa 2016/943 posługuje się terminologią rozsądnego działania, która w tym kontekście nie jest używana w języku polskim aktów normatywnych, stanowiących raczej o działaniach z należytą starannością czy też starannością wymaganą w stosunkach danego rodzaju, o czym stanowi art. 355 ustawy Kodeks cywilny. Przepis ten formułuje legalną definicję należytej staranności w stosunkach obligacyjnych. To właśnie należytą staranność system prawny wskazuje najczęściej jako kryterium oceny zachowania podmiotu, któremu chcemy przypisać odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, albo dopuszczenia się czynu niedozwolonego. W obu przypadkach chodzi o ocenę strony podmiotowej, gdy stwierdzony już został fakt w postaci niewykonania (nienależyte wykonanie) zobowiązania lub deliktu. Nie polega to jednak na ustaleniach co do stanu psychicznego podmiotu, ale na dokonaniu zobiektywizowanej oceny jego postawy (dbałości, rozwagi), jej jakości (Olejniczak, 2014). W związku z tym, znowelizowana u.z.n.k. zamiast pojęciem rozsądnych działań, posługuje się pojęciem działań, które przy zachowaniu należytej staranności uprawniony podjął (powinien podjąć) w celu ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przed ich pozyskaniem, ujawnieniem lub wykorzystaniem przez osobę nieuprawnioną (Uzasadnienie Rady Ministrów, 2018).

Podsumowując powyższe, inkorporacja przepisów Dyrektywy 2016/943 do polskiego prawa nie zmieniła zakresu przedmiotowego informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa, jednak uszczegółowiła, że dotyczy ona takich informacji, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Nowa definicja rozszerzyła tym samym ochronę osób, które na co dzień, w związku z wykonywaną przez nich pracą lub posiadaną przez nich wiedza, mogą z łatwością takie informacje zdobyć.

Należy również wskazać, że polski ustawodawca nową definicję tajemnicy przedsiębiorstwa umieścił w art. 11 ust. 2 znowelizowanej u.z.n.k., uchylając tym samym dotychczasowe brzmienie tego artykułu, który rozszerzał ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa bezpośrednio na pracownika, również w okresie 3 lat od ustania stosunku pracy lub innego stosunku prawnego łączącego go z pracodawcą. Zmiana ta wywołała jednak falę wątpliwości, a co za tym idzie, dwie odmienne interpretacje w stosowaniu dotychczas obowiązującej w tym zakresie regulacji. Według pierwszej z nich, byli pracownicy nie musieliby w ogóle chronić tajemnic przedsiębiorstwa — swojego pracodawcy. W myśl zaś drugiej interpretacji, wręcz przeciwnie, musieliby ją chronić bezterminowo. Zgodnie jednak ze stanowiskiem zajętym w tej sprawie przez Ministerstwo Sprawiedliwości, były pracownik, jak każda osoba fizyczna, ma obowiązek zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa bezterminowo, a skoro Dyrektywa 2016/943 ustanawia minimalny standard ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, w którym nie mieszczą się czasowe ograniczenia, to oznacza to, że przewidujący takie ograniczenia przepis prawa krajowego byłby z nią niezgodny. W związku z powyższym, za uzasadnione może okazać się uregulowanie tej kwestii bezpośrednio w umowie o pracę takiego pracownika lub innej, łączącej go z pracodawcą umowie.

### 3.2. Pozostałe definicje

Wraz ze zmianą samej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, polski ustawodawca zdecydował się zmienić treść art. 11 ust. 1 dotychczas obowiązującej u.z.n.k. określając czyn nieuczciwej konkurencji *jako ujawnienie, wykorzystanie lub pozyskanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa*. Tym samym ustawodawca zdecydował się usunąć z katalogu czynów nieuczciwej konkurencji czyn polega-

jący na przekazaniu cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa albo ich nabycia od osoby nieuprawnionej, jeżeli zagraża to lub narusza interes przedsiębiorcy, dodając za to do art. 11 ust 1 znowelizowanej u.z.n.k. nowy czyn nieuczciwej konkurencji polegający na pozyskaniu cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Nowelizacja przepisów o tajemnicy przedsiębiorstwa dotknęła jednak w sposób szczególny polskich przedsiębiorców i inne podmioty uprawnione do korzystania z poufnych informacji lub rozporządzania nimi. Wymóg podjęcia niezbędnego działania w celu zachowania informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa w poufności został zastąpiony obowiązkiem podjęcia przez nich w tym celu niezbędnych działań przy zachowaniu należytej staranności.

Zaproponowane w Dyrektywie 2016/943 w art. 2 pkt 2 pojęcie „posiadacza tajemnicy przedsiębiorstwa" oraz w art. 2 pkt 3 Dyrektywy 2016/943 pojęcie „sprawcy naruszenia" nie zostało wprost inkorporowane do znowelizowanej u.z.n.k., co polski ustawodawca w uzasadnieniu do projektu ustawy o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustawy wskazał, że pojęcia te stanowią jedynie definicje na potrzeby skrótowego posługiwania się określeniami w dalszej części Dyrektywy 2016/943. Mimo braku dosłownego pojęcia „posiadacza tajemnicy przedsiębiorstwa" w nowych krajowych przepisach dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa, z całą pewnością możemy wpracować to pojęcie z art. 11 ust. 2 znowelizowanej u.z.n.k. Artykuł ten stanowi bowiem, że jest nim każdy podmiot, tj. zarówno osoba prawna jak i osoba fizyczna, uprawniony do korzystania z informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa lub uprawniony do rozporządzania nimi.

Pojęcie „towaru stanowiącego naruszenie", które w myśl Dyrektywy 2016/943 oznacza towary, których projekt, cechy charakterystyczne, funkcjonowanie, produkcja lub wprowadzenie do obrotu znacznie zyskują w wyniku bezprawnego pozyskiwania, wykorzystywania lub ujawnienia tajemnic przedsiębiorstwa, zostało również określone przez polskiego prawodawcę jako definicja na potrzeby skrótowego posługiwania się określeniami w dalszej części Dyrektywy 2016/943. Ponadto, pojęcie to zostało wbudowane do obecnego art. 11 ust. 6 znowelizowanej u.z.n.k. Artykuł ten stanowi, że wykorzystywanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa polegające na produkowaniu, oferowaniu, wprowadzaniu do obrotu, a także przywozie, wywozie i przechowywaniu w tych celach towarów stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jeżeli osoba dokonująca wskazanej czynności wiedziała lub przy zachowaniu należytej staranności mogła wiedzieć o tym, że właściwości towarów, w tym estetyczne lub funkcjonalne, proces ich wytwarzania lub zbywania zostały w znacznym stopniu ukształtowane w następstwie czynu określonego w art. 11 ust. 1 znowelizowanej u.z.n.k. (ujawnianie, wykorzystywanie lub pozyskanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa), dokonanego w okolicznościach określonych w art. 11 ust. 4 znowelizowanej u.z.n.k. (bez zgody podmiotu uprawnionego).

### 3.3. Naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa

Uregulowania prawne związane z naruszeniem tajemnicy przedsiębiorstwa poprzez wykorzystywanie, ujawnianie lub pozyskiwanie informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa były dotychczas ograniczone jedynie do ich wymienienia i wskazania jako czynności stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w sytuacjach zagrażających interesowi przedsiębiorcy, bądź gdy interes ten naruszają.

Wraz z koniecznością implementacji regulacji unijnych, polski ustawodawca zobowiązany był szczegółowo uregulować i opisać powyższe pojęcia, aktualizując lub dodając do znowelizowanej u.z.n.k. do art. 11 ustępy 3, 4, 5, 6, 7 i 8 oraz określając, które zachowania i w jakich okolicznościach nie zostaną uznane za bezprawne.

Art. 11 ust 3 nowej u.z.n.k. stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest pozyskiwanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, który to czyn nie był wskazany w dotychczas obowiązującej do dnia 4 września 2018 roku u.z.n.k. Pozyskanie, zgodnie z brzmieniem znowelizowanej u.z.n.k., uznawane jest za czyn nieuczciwej konkurencji, gdy następuje bez zgody uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i wynika z nieuprawnionego dostępu, przywłaszczenia, kopiowania dokumentów, przedmiotów, materiałów, substancji, plików elektronicznych obejmujących te informacje lub umożliwiających wnioskowanie o ich treści.

Zgodnie z art. 11 ust 4 znowelizowanej u.z.n.k., wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności, gdy następuje:

a) bez zgody uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi;

b) narusza obowiązek ograniczenia ich wykorzystywania lub ujawniania wynikający z ustawy, czynności prawnej lub z innego aktu;

c) albo, gdy zostało dokonane przez osobę, która pozyskała te informacje, dokonując czynu nieuczciwej konkurencji.

Powyżej wskazane pojęcia wykorzystania lub ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zostały dodatkowo uregulowane, przy jednoczesnym dodaniu pojęcia pozyskania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w art. 11 ust. 5 znowelizowanej u.z.n.k. Wyżej wskazanemu ustępowi nadano następujące brzmienie: ujawnienie, wykorzystanie lub pozyskanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji także wówczas, gdy w chwili ich ujawnienia, wykorzystania lub pozyskania osoba wiedziała lub przy zachowaniu należytej staranności mogła wiedzieć, że informacje zostały pozyskane bezpośrednio, lub pośrednio od tego, kto wykorzystał lub ujawnił je w okolicznościach określonych w art. 11 ust. 4 znowelizowanej u.z.n.k. (bez zgody podmiotu uprawnionego).

Jako ostatni ze wskazanych w nowej u.z.n.k. czyn nieuczciwej konkurencji w postaci niezgodnego z prawem wykorzystywania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa został ujęty w art. 11 ust. 6 znowelizowanej u.z.n.k. Stanowi on, że wykorzystywanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa polegające na produkowaniu, oferowaniu, wprowadzaniu do obrotu, a także przywozie, wywozie i przechowywaniu w tych celach towarów jest uznawane za czyn nieuczciwej konkurencji, w sytuacji, gdy osoba dokonująca wskazanej czynności wiedziała lub przy zachowaniu należytej staranności mogła wiedzieć o tym, że właściwości towarów,

w tym estetyczne lub funkcjonalne, proces ich wytwarzania lub zbywania zostały w znacznym stopniu ukształtowane w następstwie czynu określonego w art. 11 ust. 1 u.z.n.k. (ujawnianie, wykorzystywanie lub pozyskanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa) dokonanego w okolicznościach określonych w art. 11 ust. 4 znowelizowanej u.z.n.k. (bez zgody podmiotu uprawnionego).

Ustawodawca zdecydował się również na określenie sytuacji, w których pozyskanie, ujawnienie i wykorzystanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie będzie stanowić czynu nieuczciwej konkurencji. Regulacje te znalazły swoje miejsce w art. 11 ust. 7 i 8 nowej u.z.n.k.

Zgodnie z art. 11 ust. 7 znowelizowanej u.z.n.k., pozyskanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, jeżeli nastąpiło w wyniku niezależnego odkrycia lub wytworzenia albo obserwacji, badania, rozłożenia na części, testowania przedmiotu dostępnego publicznie lub posiadanego zgodnie z prawem przez osobę, która pozyskała informacje i której uprawnienie do pozyskania informacji nie było ograniczone w chwili ich pozyskania. Przepis ten dotyczy w szczególności sytuacji polegającej na pozyskiwaniu poufnych informacji w drodze analizy odtwórczej (tzw. *reverse engineering*). Jak wskazuje sama nazwa „reverse engineering", jest to proces zdobywania informacji na temat produktu za pomocą analizy jego konstrukcji. Zasadniczo taki sposób pozyskiwania danych technicznych uznawany jest w doktrynie za zgodny z prawem i zasadami uczciwej konkurencji (Michalak, 2016). Warunkiem legalności takiej metody jest zapoznanie się z poufnymi informacjami w sposób zgodny z prawem lub dobrymi obyczajami, do których odwołuje się art. 3 znowelizowanej u.z.n.k.

Z kolei art. 11 ust 8 nowej u.z.n.k. stanowi, że ujawnienie, wykorzystanie lub pozyskanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, gdy nastąpiło w celu ochrony uzasadnionego interesu chronionego prawem, w ramach korzystania ze swobody wypowiedzi lub w celu ujawnienia nieprawidłowości, uchybienia, działania z naruszeniem prawa dla ochrony interesu publicznego, lub gdy ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wobec przedstawicieli pracowników, w związku z pełnieniem przez nich funkcji na podstawie przepisów prawa, było niezbędne dla prawidłowego wykonywania tych funkcji. Tym samym, ustawową ochroną objęci zostali tzw. sygnaliści (Whistleblowers). Sygnalista, z ang. Whistleblower, nie ma w języku polskim określenia oddającego znaczenie tego pojęcia. Znaczeniowo jest nim osoba, pracownik w szerokim tego słowa znaczeniu, która ze względu na dobro swojego miejsca pracy i (lub) dobro publiczne, informuje o nieprawidłowościach związanych z funkcjonowaniem swojej organizacji w pierwszej kolejności swojego przełożonego, a następnie — w przypadku gdy nie przyniesie to odpowiedniego skutku — inne, wyższe instancje, takie jak organy ścigania czy media (Makowski, 2016).

### 3.4. Roszczenia uprawnionego

Zmiany w obowiązującym prawie, odnoszącym się do tematyki tajemnicy przedsiębiorstwa, dotknęły również katalogu roszczeń z tytułu czynów nieuczciwej konkurencji. Katalog ten w porównaniu do przepisów u.z.n.k. obowiązujących do dnia 4 września 2018 roku uległ znacznemu rozszerzeniu.

Zgodnie z dotychczas obowiązującymi, jak i zachowanymi w znowelizowanej u.z.n.k. roszczeniami na gruncie prawa cywilnego, określonymi w art. 18 ust. 1 u.z.n.k., przedsiębiorca może skorzystać w przypadku zagrożenia lub naruszenia jego interesu, z takich roszczeń jak:

a) obowiązek zaniechania niedozwolonych działań;

b) usunięcia skutków niedozwolonych działań;

c) złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie;

d) naprawienia wyrządzonej szkody, na zasadach ogólnych;

e) wydania bezpodstawnie uzyskanych korzyści, na zasadach ogólnych oraz

f) zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej na określony cel społeczny związany ze wspieraniem kultury polskiej lub ochronę dziedzictwa narodowego — jeżeli czyn nieuczciwej konkurencji był zawiniony.

Co ciekawe, powyższy katalog roszczeń przysługujący pokrzywdzonemu przedsiębiorcy jest praktycznie lustrzanym odbiciem roszczeń z art. 24 ustawy Kodeks cywilny przysługujących osobom fizycznym z tytułu zagrożenia lub naruszenia ich dóbr osobistych.

Ponadto, oprócz roszczeń z art. 18 ust. 1 u.z.n.k., nowelizacja dopuściła obecnie, w myśl art. 18 ust. 3 znowelizowanej u.z.n.k., możliwość wystąpienia przed sądem, przez uprawniony podmiot, z roszczeniem publikacyjnym polegającym na podaniu do publicznej wiadomości informacji o wyroku albo treści wyroku, w oznaczony sposób i w oznaczonym zakresie, jeżeli jest to uzasadnione ze względu na okoliczności dokonania czynu nieuczciwej konkurencji, w szczególności sposób dokonania czynu, wartość informacji, których dotyczył czyn, skutek czynu oraz prawdopodobieństwo dokonania czynu nieuczciwej konkurencji w przyszłości. W przypadku, jeżeli pozwanym jest osoba fizyczna — jeżeli dodatkowo nie sprzeciwia się temu uzasadniony interes pozwanego, w szczególności wzgląd na ochronę jego dóbr osobistych. Sposób i zakres podania do publicznej wiadomości informacji o wyroku, albo treści wyroku nie może jednak nigdy prowadzić do ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Co więcej, w razie dokonania czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na naruszeniu tajemnicy przedsiębiorstwa sąd, zamiast uwzględniania żądania zaniechania niedozwolonych działań, usunięcia skutków niedozwolonych działań lub orzeczenia o wyrobach, ich opakowaniach, materiałach reklamowych i innych przedmiotach bezpośrednio związanych z popełnieniem czynu nieuczciwej konkurencji (orzeczenia ich zniszczenia lub zaliczenia na poczet odszkodowania), może na wniosek pozwanego, zobowiązać go do zapłaty na rzecz powoda stosownego wynagrodzenia, w wysokości nie wyższej niż wynagrodzenie, które w chwili jego dochodzenia byłoby należne tytułem udzielenia przez uprawnionego zgody na korzystanie z informacji, przez czas nie dłuższy niż do ustania stanu tajemnicy, jeżeli:

1) pozwany w chwili wykorzystywania lub ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie wiedział ani przy zachowaniu należytej staranności nie mógł

wiedzieć, że informacje te pozyskano od osoby, która je wykorzystała lub ujawniła w okolicznościach określonych w art. 11 ust. 4 znowelizowanej ustawy;

2) uwzględnienie żądania zaniechania niedozwolonych działań spowodowałoby dla pozwanego niewspółmierne szkody;

3) zobowiązanie do zapłaty wynagrodzenia nie narusza uzasadnionego interesu powoda.

Dodatkowo, obok wspomnianych już wyżej roszczeń, polski ustawodawca dodał w art. 18 ust. 5 znowelizowanej u.z.n.k. możliwość skorzystania, w przypadku odstąpienia od powyższych roszczeń, z roszczenia o zapłatę zryczałtowanego odszkodowania w wysokości nie wyższej od należnego wynagrodzenia, które w chwili jego dochodzenia byłoby należne tytułem udzielenia przez uprawnionego zgody na korzystanie z informacji, przez czas nie dłuższy jednak niż do ustania stanu tajemnicy.

Polski ustawodawca dopuścił także możliwość żądania, zamiast odszkodowania, o którym mowa w poprzednim akapicie, naprawienia szkody przez zapłatę sumy pieniężnej w wysokości odpowiadającej wynagrodzeniu, które w chwili jego dochodzenia byłoby należne tytułem udzielenia przez uprawnionego zgody na korzystanie z informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W wyniku nowelizacji u.z.n.k. zmianie uległ również przewidziany w przepisach poprzednio obowiązującej u.z.n.k. termin przedawnienia roszczeń z tytułu czynów nieuczciwej konkurencji, w tym naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazując, że termin przedawnienia roszczeń o naprawienie szkody nie może skończyć się wcześniej niż z upływem 20 lat od dnia popełnienia przestępstwa, nie zmieniając przy tym jednak ogólnego terminu przedawnienia roszczeń z tytułu czynów nieuczciwej konkurencji, który wynosi 3 lata i biegnie oddzielnie, co do każdego naruszenia.

### 3.5. Odpowiedzialność naruszyciela

W stosunku do naruszyciela i jego odpowiedzialności za popełniony czyn nieuczciwej konkurencji związany z naruszeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w dalszym ciągu obowiązują sankcje na gruncie prawa karnego, wskazane w dotychczas funkcjonującym, jak i znowelizowanym art. 23 u.z.n.k.

Zgodnie z brzmieniem powyżej wskazanego art. 23 znowelizowanej u.z.n.k., kto w sytuacji, wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi w stosunku do przedsiębiorcy, ujawnia innej osobie lub wykorzystuje we własnej działalności gospodarczej informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wyrządza to poważną szkodę przedsiębiorcy, podlega karze grzywny, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Ponadto, zgodnie z art. 23 ust. 2 nowej u.z.n.k., powyżej wskazanej karze podlega również ten, kto uzyskawszy bezprawnie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa ujawnia ją innej osobie lub wykorzystuje we własnej działalności gospodarczej.

Nowelizacja wprowadziła w art. 23 ust. 3 u.z.n.k. dodatkową odpowiedzialność karną dla osoby, która ujawnia lub wykorzystuje informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, z którą zapoznał a się ona, biorąc udział w rozprawie lub w innych czynnościach postępowania sądowego dotyczącego roszczeń z tytułu czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na naruszeniu tajemnicy przedsiębiorstwa albo poprzez dostęp do akt takiego postępowania, jeżeli w postępowaniu tym została wyłączona jawność rozprawy.

Ustawodawca wydaje się jednak zapomniał o wprowadzonym, w drodze nowelizacji u. z. n. k, nowym czynie nieuczciwej konkurencji, jakim jest pozyskanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyżej wskazane przepisy z art. 23 znowelizowanej u.z.n.k. odnoszą się do sytuacji ujawniania innej osobie lub wykorzystywania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wyrządza to poważną szkodę przedsiębiorcy. Zgodnie więc z literalnym brzmieniem tych przepisów, nie sankcjonowałyby one czynności polegającej na bezprawnym pozyskiwaniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, co z całą pewnością nie było zamierzeniem naszego ustawodawcy.

Podobną sytuację można zauważyć w odniesieniu do pojęcia przedsiębiorcy, jako podmiotu, któremu, zgodnie z art. 23 nowej u.z.n.k., naruszyciel tajemnicy przedsiębiorstwa może wyrządzić szkodę. Nowe krajowe przepisy dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa jasno stanowią, że podmiotem uprawnionym nie jest wyłącznie przedsiębiorca. Zgodnie z art. 11 ust. 2 znowelizowanej u.z.n.k. podmiotem uprawnionym jest każdy, kto uprawniony jest do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi, a więc obok osoby prawnej również osoba fizyczna.

## 4. Podsumowanie

Podsumowując analizę zmian wprowadzonych z dniem 4 września 2018 roku do polskich przepisów prawnych dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa należy zauważyć, że polski ustawodawca na swój sposób, w pewnej mierze odmienny niż ten zaprezentowany w Dyrektywie 2016/943, dokonał transpozycji przepisów Dyrektywy 2016/943 do polskiego systemu prawnego.

Przepisy wypracowane przez organy legislacyjne Unii Europejskiej zostały zaimplementowane do polskiej u.z.n.k. poprzez aktualizacje, a w innych przypadkach uzupełnienie już obowiązujących w tym zakresie przepisów.

Nie wszystkie pojęcia wskazane w Dyrektywie 2016/943, tj. „posiadacz tajemnicy", „sprawca naruszenia" czy też „towar stanowiący naruszenie" zostały wprost wprowadzone do znowelizowanej u.z.n.k. W przypadku tych dwóch pierwszych wynikają one z tekstu znowelizowanej u.z.n.k., a pojęcie „towaru stanowiącego naruszenie" zostało „wbudowane" do obecnego art. 11 ust. 6 tej ustawy.

Zmianie, co najważniejsze, uległa sama definicja tajemnicy przedsiębiorstwa, której zakres podmiotowy jak i przedmiotowy został rozszerzony. W odniesieniu do zakresu podmiotowego tajemnicy przedsiębiorstwa, podmiotem uprawnionym nie jest już jedynie sam przedsiębiorca, jako osoba prawna, ale również każdy podmiot, zarówno osoba prawna jak i fizyczna, uprawniony do korzystania lub rozporządzania informacjami. Zakres przedmiotowy nowej tajemnicy przedsiębiorstwa obejmuje takie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwy-

kle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Swoistym *novum* w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa jest zastąpienie „obowiązku podjęcia niezbędnych działań przez przedsiębiorcę w celu zachowania informacji w poufności" poprzez działanie z zachowaniem „należytej staranności" przez podmiot uprawniony w celu utrzymania informacji w poufności. Takie właśnie działania podmiotu uprawnionego są obligatoryjnym elementem koniecznym do objęcia ustawową ochroną należących do niego informacji poufnych. Wydaje się jednak, że podejście unijnego ustawodawcy z koniecznością podjęcia (przez osobę sprawującą kontrolę nad informacjami) rozsądnych, w danych okolicznościach, działań w celu utrzymania informacji w tajemnicy, jest bardziej jasne i zrozumiałe niż podejście naszego ustawodawcy z koniecznością podjęcia działań z zachowaniem należytej staranności.

Kwestie związane z samym naruszeniem tajemnicy przedsiębiorstwa również uległy zmianie w drodze implementacji Dyrektywy 2016/943. Przede wszystkim dodano, obok ujawniania lub wykorzystywania cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, nowy czyn nieuczciwej konkurencji w postaci pozyskiwania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, który dotychczas nie był wskazany, jako czyn nieuczciwej konkurencji w obowiązującej przed dniem 4 września 2018 roku u.z.n.k. W nowej ustawie, poza wskazanymi czynami stanowiącymi czyn nieuczciwej konkurencji, znalazł się również katalog sytuacji, w których, w przypadku ich zaistnienia, powyżej wskazane czyny nie zostaną uznane za czyny nieuczciwej konkurencji. Tym samym ustawową ochroną, w zakresie i na warunkach określonych w znowelizowanej u.z.n.k., objęci zostali chociażby sygnaliści (z ang. *whistleblowers*), czy też podmioty dokonujące tzw. analizy odtwórczej (z ang. *reverse engineering*).

Podobnie jak w przypadku naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa, roszczenia podmiotu uprawnionego, wraz z nowelizacją u.z.n.k., zostały znacznie rozszerzone. Do dotychczas obowiązujących w polskim porządku prawnym roszczeń dodano możliwość zobowiązania pozwanego na wniosek powoda do podania do publicznej wiadomości informacji o wyroku lub jego treści. Co więcej, uprawniony zamiast żądania naprawienia wyrządzonej szkody na zasadach ogólnych może zażądać naprawienia szkody przez zapłatę sumy pieniężnej w wysokości odpowiadającej wynagrodzeniu, które w chwili jego dochodzenia byłoby należne tytułem udzielenia przez uprawnionego zgody na korzystanie z informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto dodano możliwość zobowiązania pozwanego, na jego własny wniosek, do zapłaty na rzecz powoda wynagrodzenia (w wysokości nie wyższej niż wynagrodzenie, które w chwili jego dochodzenia byłoby należne tytułem udzielenia przez uprawnionego zgody na korzystanie z informacji, przez czas nie dłuższy niż do ustania stanu tajemnicy) zamiast nałożenia na niego roszczeń o nakazanie zaniechania niedozwolonych działań i usunięcia ich skutków.

Polski ustawodawca zmodyfikował również, przy zachowaniu ogólnego 3-letniego terminu przedawnienia roszczeń z tytuły nieuczciwej konkurencji, termin przedawnienia roszczeń o naprawienie szkody wynikłej wskutek czynu nieuczciwej konkurencji stanowiącego jednocześnie zbrodnię lub występek — w takim przypadku termin przedawnienia roszczenia o naprawienie szkody nie może skończyć się później niż z upływem lat dwudziestu od dnia popełnienia przestępstwa.

W odniesieniu do odpowiedzialności naruszyciela, bez zmian pozostały sankcje na gruncie prawa karnego, gdzie w przypadku wyrządzenia poważnej szkody przedsiębiorcy sprawca podlega karze grzywny, karze ograniczenia wolności albo karze pozbawienia wolności do lat 2. Nowelizacja rozszerzyła jednak katalog sytuacji, w których sprawca będzie podlegał powyższej karze rozciągając go na taką osobę, która ujawnia lub wykorzystuje informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa również w sytuacji, w której zapoznał się z nią, biorąc udział w rozprawie lub w innych czynnościach postępowania sądowego dotyczącego roszczeń z tytułu czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na naruszeniu tajemnicy przedsiębiorstwa albo przez dostęp do akt takiego postępowania, jeżeli w postępowaniu tym została wyłączona jawność rozprawy.

Patrząc na powyższe podsumowanie analizy nowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa oraz związanych z nią zmian wprowadzonych w drodze implementacji postanowień Dyrektywy 2016/943 do polskiego porządku prawnego, ocenić można, że zmiany te pozwolą zapewnić dość wysoki standard ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Pozwolą one ponadto na zapewnienie prawidłowych mechanizmów w zakresie konkurencji, a rozszerzony katalog roszczeń i sankcji stanowić będzie swoistego rodzaju funkcję prewencyjną w stosunku do potencjalnych naruszycieli tajemnicy przedsiębiorstwa oraz funkcję ochronną dla podmiotów uprawnionych do korzystania lub rozporządzania nią.

---

[1] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem, Dz. Urz. UE 15.06.2016, L 157/1.

[2] Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz. U. 2018.419.

[3] Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. U. 2004.90.864/2.

[4] Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, Dz. U. 2018.1629.

[5] Ustawa z dnia 4 września 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. 2018.1637.

[6] Ustawa z dnia 2 sierpnia 1926 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz. U. poz. 559.

## Bibliografia


Sprawa 102/79 European Commission v. Belgium, ECR 1980, 1473; udostępniona na stronie: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:61979CJ0102.

Kraus, A., Zoll, F. (1929). *Polska ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*. Poznań.

Wojcieszko-Głuszko, E. (2005). Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona. W: Z problematyki praw na dobrach niematerialnych. Kraków: *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego: Prace z Prawa Własności Intelektualnej*, (14).

Michalak, A., Zdyb, M. (red.). (2011). W: *Ustawa o zwalczaniu konkurencji. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Olejniczak, A. (2014). W: *Kodeks cywilny. Komentarz* (Tom III). *Zobowiązania — część ogólna*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Uzasadnienie Rady Ministrów do projektu nowelizacji ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw; udostępnione w dniu 11 października 2018 roku na stronie: https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12306806/12482438/12482439/dokument340821.pdf; (10.11.2018).

Michalak, A. (2016). *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Makowski, G. (red.). (2016). *Sygnaliście w Polsce okiem pracodawców i związków zawodowych*. Warszawa: Fundacja im. Stefana Batorego.

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.38

# Spółdzielnie mieszkaniowe w historii prawa polskiego

## Housing cooperatives in the history of Polish law

*mgr Piotr Stępień*

E-mail: piotr.bogdan.stepien@gmail.com

**Streszczenie**

Tematem niniejszego artykułu jest próba przybliżenia czytelnikom historii istnienia i funkcjonowania spółdzielni mieszkaniowych w prawie polskim. Spółdzielnie mieszkaniowe pełnia ważną funkcje społeczną. Podstawowym celem spółdzielni mieszkaniowych[1] wskazanym przez ustawodawcę w ustawie z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych jest zaspokajanie potrzeb mieszkaniowych i innych potrzeb poprzez dostarczanie lokali lub domów jednorodzinnych, a także lokali o innym przeznaczeniu.

Ustawodawstwo z zakresu spółdzielni ma w prawie polskim blisko 100-letnią tradycję, jednakże już pierwsze spółdzielnie na terenach dzisiejszej Polski pojawiły się pod koniec XIX wieku, a ich próby tworzenia można doszukiwać się w XVIII w. Rozwój spółdzielni nastąpił w czasach dwudziestolecia międzywojennego. Po odzyskaniu niepodległości przez Polskę w 1918 roku spółdzielnie mieszkaniowe zaczęły zyskiwać coraz większe znaczenie wśród mieszkańców miast, jednak ich rozkwit przypada na czasy Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Zmiana ustroju oraz słaba sytuacja gospodarcza Polski po II wojnie światowej spowodowała, że potrzeby mieszkaniowe Polaków, głównie były realizowane poprzez spółdzielnie mieszkaniowe. Po 1989 r. i zerwaniu z ustrojem PRL, udział spółdzielni mieszkaniowych w zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych został ograniczony. Mimo mniejszej roli spółdzielni mieszkaniowych, to w dalszym ciągu do spółdzielni mieszkaniowych należy ok. 4 mln. członków.

**Słowa kluczowe:** spółdzielnie mieszkaniowe, prawo spółdzielcze.

**Summary**

The purpose of this article is to familiarize the readers with the history of the existence and functioning of housing cooperatives in Polish law. Housing cooperatives perform an important social function. The primary purpose of housing cooperatives indicated by the legislator in the Act of 15 December 2000 on housing co-operatives is to meet housing needs and other needs by supplying premises or single-family houses.

Legislation on housing cooperatives has a nearly 100-year tradition in Polish law. However, the first housing cooperatives appeared in present-day Polish territory in the late nineteenth century, and their attempts to create can be traced even in the eighteenth century. The development of the housing cooperative occurred in the interwar period. After Poland regained its independence in 1918, housing cooperatives began to gain more and more importance among the urban population but their true boom was noticed in the era of the Polish People's Republic of Poland. The change of the Polish political system and Polish poor economic situation after the Second World War caused that Poles private residential purposes were mostly ensured by housing cooperatives. After 1989 and the break with the regime of the Polish People's Republic, the participation of housing co-operatives in meeting housing needs was limited. Despite the smaller role of housing co-operatives, there are still about 4 million housing cooperatives members.

**Key words:** housing cooperatives, cooperative law.

## 1. Wstęp

Przedmiotem artykułu jest refleksja na temat aspektów istnienia i funkcjonowania spółdzielni mieszkaniowych w prawie polskim. Spółdzielnie mieszkaniowe pełnią ważną funkcje społeczną. Podstawowym celem spółdzielni mieszkaniowych wskazanym przez ustawodawcę w ustawie z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych[2] jest zaspokajanie potrzeb mieszkaniowych i innych potrzeb poprzez dostarczanie lokali lub domów jednorodzinnych a także lokali o innym przeznaczeniu.

Według danych z Głównego Urzędu Statystycznego, zasoby spółdzielni mieszkaniowych w Polsce to niemal 2,1 mln mieszkań w Polsce, jest to prawie 15% zasobów zamieszkałych i niezamieszkałych wszystkich mieszkań w Polsce. Według danych istnieje ok 3,6 tys. spółdzielni mieszkaniowych w Polsce, na tysiącach metrów kwadratowych atrakcyjnych gruntów często w prestiżowych lokalizacjach miast.

## 2. Historia spółdzielczości

Ustawodawstwo z zakresu spółdzielczości w prawie polskim ma blisko 100-letnią tradycję, jednakże już pierwsze próby tworzenia spółdzielni na terenach dzisiejszej Polski możemy doszukiwać się w XVIII wieku. (Rozwadowski, 1944) wskazuje, że już w 1715 r. w Pabianicach ksiądz Jordan założył pierwsze spółdzielcze stowarzyszenie o charakterze kasy pożyczkowej i wzajemnego ubezpieczenia przeciw chorobom trzody i koni. Natomiast zmiany społeczne zachodzące w XIX i szerszy dostęp do nauki pisania i czytania pozwoliło na zakładanie organizacji samopomocy.

Na ziemiach polskich pod zaborami istniały również przepisy z zakresu spółdzielni. W zaborze austriackim obowiązywała ustawa o przejęciach i spółdzielniach gospodarczych z 1873 r.[3] na ziemiach zachodnich obowiązywała niemiecka ustawa prawo spółdzielcze z 1889 r.[4] Natomiast na ziemiach wchodzących w skład zaboru rosyjskiego nie obowiązywały żadne przepisy regulujące działalność spółdzielni mieszkaniowych. W 1890 roku w zaborze pruskim w Bydgoszczy niemieccy urzędnicy kolejowi założyli „Beamten-Wohnungsverein" GmbH. Założona spółka była pierwowzorem obecnie funkcjonującej Bydgoskiej spółdzielni mieszkaniowej i do 1914 r. wybudowała 33 kamienice dla swoich członków.

Okres rozbiorów Polski, aż do odzyskania niepodległości w 1918 r. wywarł ogromne negatywne zmiany społeczne, kulturalne i gospodarcze. Odmienne warunki polityczne oraz gospodarcze w każdym z zaborów, stały się wyzwaniem dla ustawodawcy.

## 3. Spółdzielnia mieszkaniowa w okresie międzywojennym

Rozwój spółdzielni na terenach Polski nastąpił w czasach dwudziestolecia międzywojennego. Po odzyskaniu niepodległości przez Polskę w 1918 roku spółdzielnie mieszkaniowe zaczęły zyskiwać coraz większe znaczenie wśród mieszkańców miast.

Pierwszą polską ustawą dotyczącą spółdzielni w prawie polskim, jest ustawa z 29 października 1920 r. o spółdzielniach. Przepisy tej ustawy były wspólne dla wszystkich spółdzielni. Szczegółowe przepisy z zakresu spółdzielni mieszkaniowych były regulowane w statutach oraz uchwałach Rady Ministrów. Niestety pomimo usilnych starań, nie udało się osiągnąć wyrównania różnic prawnych w zaborach w XX-leciu międzywojennym. Zgodnie z danymi z Ministerstwa przemysłu, handlu i żeglugi w 1937 r. na terenie polski funkcjonowało 12 900 spółdzielni, które zrzeszały łącznie ponad 3 mln. Członków (Rozwadowski, 1944). Najliczniejsze były spółdzielnie kredytowe których było 5 500, spółdzielnie spożywców 4 800, spółdzielnie rolnicze 1800. Niestety spółdzielnie mieszkaniowe stanowiły tylko marginalna liczbę wśród spółdzielni i ministerstwo nie wyodrębniło ich w statystykach, tylko zawarło w kategorii „inne" która liczyła łącznie 800 spółdzielni. W związku z tym trudno określić dokładną liczbę spółdzielni mieszkaniowych w Polsce w XX-leciu międzywojennym.

## 4. Rozwój spółdzielczości po II wojnie światowej

Rozkwit spółdzielni mieszkaniowych przypada na czasy Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Zniszczenia wojenne, zmiana ustroju oraz słaba sytuacja gospodarcza Polski po II wojnie światowej spowodowała, że potrzeby mieszkaniowe Polaków głównie były realizowane przez spółdzielnie mieszkaniowe. Spółdzielnie mieszkaniowe w gospodarce socjalistycznej były jednym z głównych celów polityki mieszkaniowej państwa. Pierwszą ustawą określająca politykę mieszkaniową państwa, która z zakresu spółdzielni mieszkaniowej[5] była ustawa o spółdzielniach i ich związkach z 1961 r., która potwierdziła istnienie trzech typów spółdzielni budownictwa mieszkaniowego zawartych w uchwale z Rady Ministrów z 15 marca 1957 r.: czyli spółdzielni mieszkaniowych (tzw. lokatorskich), spółdzielni budowlanomieszkaniowych (tzw. własnościowych) oraz spółdzielczych zrzeszeń budowy domów jednorodzinnych. Wyróżnione typy spółdzielni różniły się przede wszystkim rodzajami praw majątkowych przysługujących członkom do lokali lub domów. W przypadku typu lokatorskiego oraz własnościowego właścicielem budynku była spółdzielnia, natomiast w kwestii domów jednorodzinnych, wznoszone były przez spółdzielcze zrzeszenie i stanowiły własność zrzeszenie do momentu przeniesienia własności na poszczególnych członków, które następowało po zakończeniu budowy. Wyodrębniony typ spółdzielni mieszkaniowych, prawo tzw. lokatorskie, ukształtowane było jako prawo obligatoryjne, niezbywalne i niepodlegające egzekucji, prawo tzw. własnościowe ukształtowane było natomiast jako prawo rzeczowe ograniczone, przechodzące na spadkobierców, zbywalne i podlegające egzekucji. W przypadku praw spółdzielczych zrzeszeń budowy domów jednorodzinnych przysługiwało prawo własności do domu jednorodzinnego.

Ustawodawca oparł system spółdzielni mieszkaniowych własnościowych i lokatorskich na zasadzie związku spółdzielczego prawa do lokalu z członkostwem, możliwość przysługiwania jednej osobie prawa do członkostwa w jednej spółdzielni mieszkaniowej, prawa jednego lokalu oraz zasadzie jednopodmiotowości. Zasada jednopodmiotowości oznaczała możliwość przysługiwania spółdzielczego prawa do lokalu tylko jednej osobie bądź małżonkom. Zgodnie z tą zasadą małżonek, który był członkiem spółdzielni mógł reprezentować wobec spółdzielni interesy zarówno swoje, jak i drugiego małżonka. Ustawa z 1961 r. mimo wielu krytykowanych przepisów, w literaturze przedmiotu oceniana była pozytywnie, dlatego że wprowadzała w swojej treści także szczególne unormowania dotyczące niektórych rodzajów spółdzielni, m.in. spółdzielni mieszkaniowych. Ówcześnie najbardziej krytykowanymi przepisami ustawy o spółdzielniach i ich związkach z 1961 r., było m.in. stworzenie układu niepożądanych stosunków prawnych. Stosunek prawny polegał na ustanowieniu innych uregulowań prawnych dla spółdzielni budowlano- mieszkaniowych, w której nie było własności lokali oraz innych dla spółdzielni domów jednorodzinnych, w którym domy po ukończeniu budowy stawały się własnością członków spółdzielni. W doktryna oceniono negatywnie kon-

strukcję prawna spółdzielczego prawa do lokalu typu tzw. własnościowego jako prawa rzeczowego ograniczonego (Nowakowski, 1961) braku odpowiedniego zabezpieczenia praw spadkobierców, a także interesów członków. Wskazywano, także na wadliwe ukształtowanie praw małżonków w sytuacji, gdy spółdzielcze prawo do lokalu należy do majątku wspólnego małżonków.

Kolejna ustawą w zakresu spółdzielni mieszkaniowych, wprowadzonych do systemu prawa polskiego była ustawa z 16 września 1982 r. — Prawo spółdzielcze. Ustawa z 1982 r. w swojej treści nie wprowadziła większych zmian w zakresie spółdzielczego prawa mieszkaniowego w stosunku do ustawy z 1961 r. W ustawie podtrzymano wcześniej zawarte zasady obowiązujące dla spółdzielczych praw do lokali. Ustawodawca utrzymał zasadę w myśl, której spółdzielcze prawo do lokalu tzw. własnościowe wciąż było uznawane za ograniczone prawo rzeczowe, natomiast spółdzielcze prawo do lokalu tzw. lokatorskie już nie. W zastępstwie trzech przytoczonych wcześniej typów spółdzielni budownictwa mieszkaniowego wprowadzono jeden typ spółdzielni mieszkaniowej. Głównym celem wprowadzonej do przepisów w dzisiejszym rozumieniu spółdzielni mieszkaniowe było zaspokojenie potrzeb mieszkaniowych członków, za pomocą przydzielania lokali mieszkalnych na zasadach prawa własnościowego, lokatorskiego oraz poprzez budowanie domów jednorodzinnych. Na gruncie nowej ustawy, prawa nie były już związane z odrębnymi typami spółdzielni mieszkaniowych. Ustawa zniosła również zakaz członkostwa tej samej osoby w dwóch spółdzielniach mieszkaniowych. Wprowadzono przepis umożliwiający, członkostwo obojga małżonków w spółdzielni oraz przymusową wspólność małżeńską majątkową spółdzielczego prawa do lokalu w czasie trwanie małżeństwa. W doktrynie przedmiotu uważa się, że ustawa z 1982 r. — Prawo spółdzielcze była *typowym aktem prawnym pochodzenia z okresu gospodarki nakazowo-rozdzielczej i reglamentowanej* (Pietrzykowski, 2016).

## 5. Ustawodawstwo spółdzielcze po roku 90.

W wyniku zmian ustrojowych oraz gospodarczych Polsce na przełomie lat 80 i 90 pod koniec XX wieku, przepisy z zakresu spółdzielni mieszkaniowych zaczęły wymagać zmian. Ustawodawca znowelizował przepisy z zakresu spółdzielni, które nie były dostosowane do nowych potrzeb wynikających z przemian ustrojowych. Ustawodawca przez ponad 25 lat wprowadził do prawa spółdzielczego wiele nowelizacji, w większości nie dopracowanych, w których brak było jednomyślnych zmian.

Nowelizacja ustawy prawo spółdzielcze z 1991 r., wprowadziła możliwość zakładania odrębnych ksiąg wieczystych dla spółdzielczych praw do lokali w przypadku własnościowego spółdzielczego prawa do lokalu mieszkalnego, spółdzielczego prawa do lokalu użytkowego i prawa do domu jednorodzinnego, a także umożliwiła obciążania tych praw hipoteką. Kolejne zmiany w prawie spółdzielczym zostały wprowadzone nowelizacją w 1994 r., jednak nowelizacja nie wprowadziła istotnych modyfikacji w zakresie spółdzielni mieszkaniowych, utrzymała w mocy podstawowe konstrukcje w dziedzinie praw członków do lokali. Nowelizacja nie wprowadziła zmian w zakresie m.in. ograniczenia z zakresu zbywania własności prawa do lokalu, wynajmu lokali, uprawnień osób małoletnich oraz dziedziczenia własności prawa do lokalu. Zmieniła unormowania w zakresie możliwości wynajmowania lokali mieszkalnych osobom prawnym, a także posiadanie przez jedną osobę bądź małżonków prawa do więcej niż jednego lokalu. Ustawodawca wprowadził czytelniejsze przepisy w zakresie przekształcania prawa lokatorskiego w prawo własności oraz zwiększyła ochronę spółdzielczego prawa do lokalu użytkowego.

W latach 90. XX wieku powstało kilka projektów, m.in. posłów Unii Wolności, SLD i komisji sejmowych. Jednak żaden z projektów nie uzyskał aprobaty posłów i nie został uchwalony. Nowelizacja ustawy z 21.10.1999 r.[6] poprzez zmianę zapisu art. 220 oraz art. 228 uprościła możliwość dziedziczenia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu. Jednak dopiero wyciągnięcie wniosków z wyroków Trybunału Konstytucyjnego pozwoliło na zmianę przepisów z zakresu dziedziczenia własnościowego prawa do lokalu, gdzie nie obowiązywała już zasada związania tego prawa z członkostwem w spółdzielni oraz zniesiono obowiązek dokonywania czynności w celu zachowania oddziedziczonego prawa do lokalu.

Niewątpliwie przepisy z zakresu spółdzielni mieszkaniowych wymagały przemyśleń i zmian. Pewny postęp w dziedzinie funkcjonowania spółdzielczego prawa mieszkaniowego wprowadziła ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych z 15 grudnia 2000 roku. Ustawa w swojej treści wprowadziła zakaz ustanowienia zarówno własnościowego spółdzielczego prawo do lokalu mieszkalnego, spółdzielczego prawa do lokalu użytkowego oraz prawa do domu jednorodzinnego. Ustawodawca przewidział możliwość ustanowienia tylko jedynej formy prawnej — prawa własności. Wcześniej ustanowione ograniczone prawa rzeczowe (tj. prawo do lokalu mieszkalnego, spółdzielcze prawo do lokalu użytkowego oraz prawo do domu jednorodzinnego) pozostawały w mocy. Ustawodawca przewidział możliwość „przekształcenia" ograniczonych praw rzeczowych na wniosek uprawnionych osób we własność. Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych z 2000 r. stworzyła możliwość kupna lokali na własność. Wprowadzenie koncepcji dobrowolnego przekształcenia istniejącego własnościowego prawa do lokalu we własność, pozwala stwierdzić ze zamiarem ustawodawcy było utrzymaniem spółdzielczego własnościowe prawo do lokalu przez następne lata. Nowe przepisy o spółdzielniach mieszkaniowych, utrzymały w mocy kontrowersyjne przepisy, które doktryna uznała za wadliwe i wymagające pracy. W ustawie obowiązywały przepisy dotyczące przymusowej wspólności małżeńskiej majątkowej oraz jego ekspektatywy, przepisy uzależniające możliwość wynajęcia lub oddania w odpłatne używanie całego lokalu od zgody spółdzielni mieszkaniowej. W dalszym ciągu pozostały przepisy dotyczące uzależnienia możliwości zbywania własnościowego prawa do lokalu zależnie od przyjęcia nabywcy w grono członków spółdzielni mieszkaniowej, a także zakazujące zbywania prawa do czę-

ści lokalu mieszkalnego pod rygorem nieważności. Ustawodawca, nie zmienił także przepisów dotyczący wypłaty, tzw. równowartości zwaloryzowanego wkładu budowlanego w przypadku wygaśnięcia własnościowego prawa do lokalu, a nie wartości rynkowej prawa do lokalu. Wartość rynkowa prawa do lokalu, może być znacznie wyższa niż zwaloryzowany wkład budowlany, który miał na celu pokrycie kosztów budowy.

W momencie wejścia w życie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych w 2000 r., było wiadome, że wymaga ona dalszych zmian. Pierwsze zmiany zostały wprowadzone bardzo szybko, bo już w 2001 r, dotyczyły głównie zmian merytorycznych oraz wydłużenia terminów do dokonania przez spółdzielnie czynności zmierzających do wyodrębnienia własności lokali i przeniesienia ich własności na członków. Ustawa z 19 grudnia 2002 r. zawierała zmiany przepisy siedmiu ustaw m.in. ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych. Nowelizacja zmieniła 27 artykułów w ustawie o spółdzielniach mieszkaniowych m.in. przywróciła możliwość ustanowienia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu. Nowela wprowadziła w miejsce występujących uprzednio dwóch osobnych typów ograniczonych praw rzeczowych, tj.: własnościowego spółdzielczego prawa do lokalu mieszkalnego i spółdzielczego prawa do lokalu użytkowego — jedno ograniczone prawo rzeczowe pod nazwą: „spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu". Dodatkowo należy zauważyć, że nowelizacja nie przywróciła konstrukcji prawa rzeczowego do domu jednorodzinnego. Ustawodawca w noweli wprowadził rozwiązania sprowadzającego się do oferowania członkom spółdzielni na takich samych warunkach finansowych tj. zgodnie z art. 173 ust. 2 i art. 18 ówczesnej ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych *za wniesienie wkładu budowlanego w wysokości odpowiadającej całości kosztów budowy przypadających za dany lokal prawa pełnowartościowego* (odrębnej własności lokalu) oraz prawa niepełnowartościowego (spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu). Prawo odrębnej własności lokalu jest pełniejsze i silniejsze od spółdzielczego prawa do lokalu jako prawa rzeczowego ograniczonego. Rozwiązanie to, doktryna oceniła negatywnie.

Niedopracowane przepisy w temacie spółdzielni mieszkaniowej, były przedmiotem wyroków Trybunału Konstytucyjnego. Wyroki TK z 2004 r.[7] i 2005 r.[8] spowodowały wprowadzenie dwóch nowelizacji w 2005 r. Pierwsza z nich zmieniła aż 28 artykuły, w swojej treści, a 2 dodano. Druga nowelizacja z 2005 r. dotyczyła zmian z zakresie ustalania wysokości opłat z tytułu założenia ksiąg wieczystych oraz wpisu własności. Wyrok TK w 2006 r.[9] były przyczyną dalszych nowelizacji przepisów z zakresu spółdzielni mieszkaniowych, bowiem już w 2007 r. została wprowadzona kolejna nowelizacja. Nowelizacja zawierała kilka ważnych zmian. Na szczególna uwagę zasługuje fakt, że został przywrócony zakaz konstytutywnego ustanowienia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu, co było powtórzeniem rozwiązania wcześniej wspomnianej ustawy o spółdzielniach mieszkających z 2000 roku. Nowelizacja utrzymała ustanowione wcześniej spółdzielcze własnościowe prawa do lokalu. W literaturze przedmiotu zauważa się, że mimo kilku pozytywnych zmian, nowelizacja zawierała także liczne błędy legislacyjne oraz przepisy niezgodne z konstytucją (Pietrzykowski, 2016)

Wyroki TK z lat 2008–2009[10] były spowodowały wprowadzenie dalszych zmian w ustawie o spółdzielniach mieszkaniowych. Nowelizacje z 2009 r. skupiały się głównie na zmianie zasad nabywania od spółdzielni mieszkaniowej własności lokali przez osoby, którym przysługują spółdzielcze własnościowe bądź lokatorskie prawo, a także przyznaje prawa do żądania nabywania własności lokali od spółdzielni.

Prace legislacyjne nad ustawą o spółdzielniach mieszkaniowych spowodowały, uchwalenia nowelizacji z 19 sierpnia 2011 r. Zmiany dotyczyły możliwości zbywania lokali wybudowanych przy użyciu kredytu udzielonego przez BGK ze środków Krajowego Funduszu Mieszkalnego. W kolejnym roku, 27 lipca 2012 r. ustawodawca wprowadził istotne zmiany, poprzez uchylenie art. 35 ust. 4 i 42 oraz przepisy art. 44 ust. 11, 21 oraz ust. 4 powołanej ustawy, które dotyczyły możliwości zasiedzenia przez spółdzielnie mieszkaniowe gruntów. Spółdzielnie mieszkaniowe nie mające tytułu prawnego (ani własności ani prawa użytkowania wieczystego) i które wniosły budynki lub urządzenia, mają możliwość zasiedzenia gruntów. Wprowadzono także zmiany z zakresu wygasania hipotek, które były ustanowione na nieruchomościach, w których spółdzielnia przeniosła własność lokalu na inną osobę.

Wprowadzona nowelizacja ustawy z dnia 20 lipca 2017 r.[11] miała za zadanie dostosować przepisy ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych do wyroków Trybunału Konstytucyjnego[12]. Najważniejszą zmianę jaka wprowadził ustawodawca jest sposób uzyskiwania i utraty członkostwa w spółdzielni. Przepisy określają, że powstanie członkostwa w spółdzielni mieszkaniowej jest związane z określonym prawem do lokalu i powstaje z mocy prawa. Oznacza to, że członkami nie są tylko osoby, które w sposób dobrowolny wyraziły chęć bycia członkiem w spółdzielni mieszkaniowe, ale także osoby, które nabywają prawo do lokalu lub roszczenie o ustanowienie takiego prawa, automatycznie z mocy prawa stają się członkami spółdzielni. Członkostwo z mocy prawa wiąże się z brakiem obowiązku składania deklaracji członkowskiej spółdzielni mieszkaniowej a także z brakiem wnoszeniem wpisowego. Nowelizacja wprowadziła także inną ważną zmianę z zakresu zarządzania nieruchomościami, wprowadzone przepisy pozwalają na oderwanie się od spółdzielni i utworzenia wspólnoty mieszkaniowej. Właściciele lokali w budynkach w przypadku, gdy mają większość udziałów w nieruchomości wspólnej budynku, maja możliwość podjęcia uchwały, że w zakresie zarządu nieruchomością będą obowiązywały przepisy ustawy o własności lokali. Ustawodawca rozszerzył, także katalog środków niepodlegających egzekucji wierzytelności spółdzielni mieszkaniowej o środki będące w dyspozycji spółdzielni w związku z wnoszeniem opłat przez osoby korzystające z lokali.

Jednak i ta nowelizacja nie była idealna, gdyż przepisy zakładały, że nie każdy, kto posiada mieszkanie spółdzielcze, jest członkiem spółdzielni. Problem pojawił w przypadku właścicieli mieszkań spółdzielczych w budynkach leżących na gruntach, do których spółdzielnia nie ma prawa własności ani prawa użytkowania wieczystego, a przysługuje im tylko ekspektatywa o ustanowienie spółdzielczego własnościowego prawa. Szacuje się, że osób w takiej sytuacji może być około 500 tysięcy osób.

## 6. Podsumowanie

Niewątpliwie po 1989 r. i zmianie ustroju PRL, gdzie spółdzielnie mieszkowe stanowiły podstawowy środek zaspokajania potrzeb mieszkaniowych w kraj, rola spółdzielni mieszkaniowych została ograniczona. Pomimo zmniejszenia spółdzielni mieszkaniowych w roli zaspokajania potrzeb mieszkaniowych, to w dalszym ciągu spółdzielnie dysponują ogromnymi majątkami. Aktualnie do spółdzielni mieszkaniowych w całej Polsce należy ok. 4 mln. członków.

W 2020 r. obchodzić będziemy 100 lecie istnienia przepisów z zakresu spółdzielni w polskim obiegu prawnym. Od wejścia w życie pierwszej w Polsce ustawy dotyczącej spółdzielni mieszkaniowej ustawy o spółdzielniach z 1920 roku, prawo spółdzielcze przeszło wiele zmian, cześć pozytywnie ocenianych, jednakże również dużo niedopracowanych, nieprecyzyjnych, który wymuszają kolejne nowelizacje. Wiele stworzonych koncepcji, nowe projekty zmian, ciągłe nowelizacje przepisów powodują brak jednolitości. Powoduje to wśród podmiotów których dotyczy niepotrzebne utrudnienia i niejasności. Wydaje się, że mimo 100-letniej tradycji nadal brakuje głębszej refleksji polskiego ustawodawcy nad prawem spółdzielczym. Aktualne przepisy stwarzają zawiłości w ramach codziennego funkcjonowania oraz w obrocie gospodarczym. Zdecydowanie celem ustawodawcy jest ograniczenie liczby spółdzielczych form prawnych korzystania z mieszkań spółdzielczych. Proces ten odbywa się poprzez stopniowe wygaszanie tych praw. Zmiana praw spółdzielczych ma polegać na przekształceniu ich w odrębnąć własność lokali.

---

[1] Dz. U. z 2018 poz. 845, 1230.
[2] Dz. U. z 2018 poz. 845, 1230.
[3] Gesetz über erwerbs und wirtschaftsgenossenschaften
[4] Genossenschaftsgesetz.
[5] Ustawa o spółdzielniach i związkach z 1961 r. wprowadzała oficjalna nazwę „spółdzielnie budownictwa mieszkaniowego"
[6] Dz. U. nr 99, poz. 1151.
[7] Wyr. z dnia 30.3.2004 r., K 32/3 OTK-A 2004, nr 3, poz. 22.
[8] Wyr. z dnia 20.4.2005 r., K 42/02 OTK-A 2005, nr 4, poz. 38; wyr. z dnia 20.4.2005 r.
[9] Wyr. z dnia 5.9.2006r., K 51/05, OTK-A 2006, nr 8, poz. 100.
[10] m.in. wyr. z dnia 17.12.2008 r. P 16/08, OTK-A 2008 r., nr 10, poz. 181.
[11] Ustawa z dnia 20 lipca 2017 r. o zmianie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych, ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy — Prawo spółdzielcze (Dz. U. z 2017 poz. 1596).
[12] Wyr, z dnia 14 lutego 2012 r., P 17/10, OTK-A 2012, nr 2, poz. 14; wyr. z dnia 27 czerwca 2013 r., K 36/12, OTK-A 2013, nr 5, poz. 64; wyr. z dnia 5 lutego 2015 r., K 60/13, OTK-A 2015, nr 2, poz. 11; wyr. z dnia 14 lutego 2012 r., s 1/12, OTK-A 2012, nr 2 poz. 19.

## Bibliografia

**Literatura**

Bierzanek, R. (1960). *Prawo spółdzielcze (w zarysie)*. Kraków: Polskie Towarzystwo Ekonomiczne.
Bończyk-Kucharczyk, E. (2018). *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz* (wyd. 4). Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
Brzozowski, A., Kocot, W. J., Opalski, W. (2016). *Prawo rzeczowe, Zarys wykładu* (wyd. 2). Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
Dadańska, K. A. (2017). *Prawo rzeczowe* (skrypt, wyd. 4). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
Główny Urząd Statystyczny 2017 r. *Gospodarka mieszkaniowa w 2016 r.* Warszawa: Główny Urząd Statystyczny.
Krzekotowska, K. (1983). *Spółdzielcze prawo do lokalu mieszkalnego*. Warszawa: Wydawnictwo spółdzielcze.
Krzekotowska, K., Krzekotowski, J. (1993). *Spółdzielcze prawo mieszkaniowe*. Centralny ośrodek informacji budownictwa
Nowakowski, Z. K. (1961). Niektóre zagadnienia cywilnoprawne budownictwa mieszkaniowego ze środków własnych ludności. *Państwo i Prawo*, (8–9).
Osajda, K. (red.). (2018). *Prawo spółdzielcze i mieszkaniowe. Komentarz Prawa Prywatnego* (Tom VIB). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
Pietrzykowski, K. (2016). *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz* (wyd. 8). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
Rozwadowski, A. (1944). *Spółdzielczość w Polsce*. Londyn: Ministerstwo przemysłu, handlu i żeglugi.

**Akty prawne**

Uchwała nr 81 Rady Ministrów z dnia 15 marca 1957 r. w sprawie pomocy Państwa dla budownictwa mieszkaniowego ze środków własnych ludności. M. P. 1957 nr 22, poz. 157.
Ustawa z dnia 29 października 1920 r. o spółdzielniach, Dz. U. 1920 nr 111, poz. 733 ze zm.
Ustawa z dnia 17 lutego 1961 r. o spółdzielniach i ich związkach, Dz. U. 1961 nr 12, poz. 61 ze zm.
Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz. U. z 2018 poz. 1025, 1104, 1629 ze zm.
Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych Dz. U. z 2018 poz. 845, 1230 ze zm.
Ustawa z dnia 16 września 1982 r. — Prawo spółdzielcze Dz. U. z 2018 poz. 1285 ze zm.
Ustawa z dnia 20 lipca 2017 r. o zmianie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych, ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy — Prawo spółdzielcze (Dz. U. z 2017 poz. 1596).
Wyrok z dnia 14 lutego 2012r., P 17/10, OTK-A 2012, nr 2, poz. 14.
Wyrok z dnia 27 czerwca 2013r., K 36/12, OTK-A 2013, nr 5, poz. 64.
Wyrok z dnia 5 lutego 2015 r., K 60/13, OTK-A 2015, nr 2, poz. 11.
Wyrok z dnia 14 lutego 2012 r., s 1/12, OTK-A 2012, nr 2 poz. 19.
Wyrok z dnia 30.3.2004 r., K 32/3 OTK-A 2004, Nr 3, poz 22.
Wyrok z dnia 20.4.2005 r., K 42/02 OTK-A 2005, Nr 4, poz. 38.
Wyrok z dnia 5.9.2006r., K 51/05, OTK-A 2006, Nr 8, poz. 100.
Wyrok z dnia 17.12.2008 r. P 16/08, OTK-A 2008 r., nr 10, poz. 181.

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.39

# Znaczenie oraz złożoność instytucji przedawnienia zobowiązania podatkowego w polskim prawie podatkowym

## Significance and complexity of tax liability limitation period in polish tax law

*mgr Adrian Szatkiewicz*

E-mail: adrian.szatkiewicz@gmail.com

**Streszczenie**

Analizowana tematyka wiąże się z przepisami, które ukazują trzy instytucje zawarte w ustawie Ordynacja podatkowa: przedawnienie prawa do wydania decyzji podatkowej (art. 68), przedawnienie prawa do wydania decyzji w przypadku niedopełnienia warunku uprawniającego do ulgi podatkowej (art. 69) oraz przedawnienie zobowiązania podatkowego (art. 70). W pracy zwróciłem uwagę na społeczny wymiar zarówno samych podatków jak również analizowanego zdarzenia. Ponadto, w treści wskazuję powiązania jakie występują na gruncie powyższych instytucji, co wiąże się z interpretacją przepisów oraz ich praktycznym wykorzystaniem.

W czasie badań skupiłem się na wpływie powyższych regulacji na sytuację Podatnika oraz Organu podatkowego w postępowaniu podatkowym oraz na skutkach danego zdarzenia. Nawiązałem, także względem wpływów do budżetu państwa, które stanowią nieodłączny element istnienia wszystkich podatków. Natomiast, w danym zakresie niewątpliwie nie mogłem pominąć wagi właściwego rozwoju krajowej gospodarki.

W określonej dysertacji wykorzystałem orzecznictwo z dziedziny prawa podatkowego, komentarz sporządzony pod redakcją naukową Prof. L. Etela oraz odpowiednie artykuły. Poza tym, wskazuję również własne pomysły związane z ujęciem przedawnienia zobowiązania podatkowego, co łączy się z projektem Nowej Ordynacji Podatkowej. W tekście akcentowałem, także znaczenie wpływu regulacji na poziom życia „przeciętnego podatnika" oraz działalność zróżnicowanego sektora gospodarczego.

**Słowa kluczowe:** przedawnienie zobowiązania podatkowego, zapłata podatku, ulga podatkowa, prawo do wydania decyzji ustalającej, wygaśnięcie zobowiązania podatkowego.

**Summary**

Analyzed subject contains regulations of Ordynacja podatkowa (nazw ustaw co do zasady się nie tłumaczy, ale można używać albo terminu ordynacja podatkowa, albo tax law ogólnie, zależy jak dla ciebie lepiej brzmi), which establish three institutions of law: limitation of law to pass a tax decision (art. 68), limitation of law to pass a tax decision when (niedopełnienie warunku uprawniającego do) tax relief (art. 69) and tax liability limitation (art. 70). In this dissertation I pay attention to social point of view to the subject of taxes and I analyze legal events. Additionally I point connections between mentioned three law institution, which requires interpretation of regulations for using them in practice.

In my research i focused on mentioned tax regulations, which have influence on taxpayers and tax offices in tax proceedings and on effects of legal events. I refer also to subject of state budget incoming, which is main cause for all the taxes. Naturally I could not exclude the size of national economy development.

In this dissertation I used tax judicature, commentary on a law under the scientific supervision of Prof. L. Etela and scientific articles. Besides I point out my own ideas on tax liability limitation period, which connects to new tax law. Also I emphasise significance of tax law influence on peaoples life and operation of the economic sector.

**Key words:** limitation of tax liability, payment of the tax, tax relief, law to pass tax decision, expiration of tax liability.

## 1. Wstęp

Wkraczając w tematykę instytucji przedawnienia zobowiązania podatkowego należy przede wszystkim zaakcentować znaczenie samych podatków, a także ich wpływu na zachowanie poszczególnych podmiotów. Podkreślenia wymaga fakt, iż to właśnie podatki stanowią główny element instrumentarium polityki ekonomicznej państwa, który stwarza możliwość wpływania na niezwykle ważne relacje o charakterze społeczno-gospodarczym jakie kształtują się pomiędzy Państwem, a podatnikami. Określone zdarzenie wiąże się bezpośrednio z analizowanym zagadnieniem

prawnym, które rodzi wiele skutków w różnych obszarach życia. W związku z powyższym należy podkreślić wagę określonych regulacji podatkowych zarówno dla przebiegu postępowania jak również sprawności działania aparatu podatkowego oraz rozwoju gospodarczego w wielu dziedzinach. Nie można bagatelizować w ramach prowadzonej analizy sytuacji przeciętnego podmiotu, która jest powiązana ze strukturą procesów nakładających się na kroczenie Polski jako kraju ku lepszej przyszłości, szczególnie pod względem gospodarczym.

Należy podkreślić, iż badana instytucja musi być rozpatrywana przede wszystkim z perspektywy skutków podatkowych, których zakres następstw obejmuje poza indywidualnymi Podatnikami również krajową strukturę podmiotów zorganizowanych (np. różnego rodzaju spółki). W danym punkcie rozważań tematycznych bezwzględnie należy wskazać wagę rozwoju prawodawstwa, a także kierunku w jakim podążają obecne regulacje przepisów. Mianowicie, przedawnienie zobowiązania podatkowego i jego różne formy bardzo mocno wpływają na strumień wpływów do budżetu Państwa jak również zachowanie Podatnika w świecie gospodarczym, który przenika sfery podatkowe kalkulując zyski i tnąc wydatki. Otóż, usytuowane w ustawie Ordynacja podatkowa (dalej jako: O.p.) przedawnienie prawa do wydania decyzji podatkowej (art. 68 O.p.), przedawnienie prawa do wydania decyzji w przypadku niedopełnienia warunku uprawniającego do ulgi podatkowej (art. 69 O.p.) oraz przedawnienie zobowiązania podatkowego (art. 70 O.p.), stanowią doskonały przykład złożoności prawa podatkowego, jednocześnie podkreślając jego wagę.

## 2. Sposoby powstawania zobowiązań podatkowych i ich rozgraniczenie-art. 21 O.p.

Przechodząc do rzeczy należy przedstawić pierwszą postać badanego zdarzenia, która została umieszczona przez legislatora w art. 68 ustawy Ordynacja podatkowa. Mianowicie, wymienione przedawnienie prawa do wydania decyzji podatkowej rozpoczyna obszar legislacyjny 8 rozdziału danego aktu prawnego i łączy się z tematyką powstania zobowiązania podatkowego, o której mowa w art. 21 O.p. Konkretyzując, koniecznie należy podkreślić fakt, iż sposoby powstania zobowiązania podatkowego umieszczone w danym przepisie przewidują dwie klasyczne sytuację, w której zobowiązanie podatkowe powstaje z dniem:

1) zaistnienia zdarzenia, z którym ustawa podatkowa wiąże powstanie takiego zobowiązania (art. 21 § 1 pkt 1 O.p.);

2) doręczenia decyzji organu podatkowego, ustalającej wysokość tego zobowiązania (art. 21 § 1 pkt 2 O.p.).

Warto również w ramach określonych badań nadmienić sytuację podlegającą regulacji w § 3, zgodnie z którym, jeżeli w postępowaniu podatkowym organ podatkowy stwierdzi, że podatnik, mimo ciążącego na nim obowiązku, nie zapłacił w całości lub w części podatku, nie złożył deklaracji, albo że wysokość zobowiązania podatkowego jest inna niż wykazana w deklaracji, albo powstałego zobowiązania nie wykazano, organ podatkowy wydaje decyzję, w której określa wysokość zobowiązania podatkowego (Ordynacja podatkowa, 1997).

Bezwzględnie należy stwierdzić, iż tematyka powstania zobowiązania podatkowego jest niezbędna dla prawidłowej wykładni różnych form przedawnienia. Mianowicie, powstanie zobowiązania zarówno poprzez zaistnienie pewnego zdarzenia (pkt 1), jak również z tytułu doręczenia decyzji ustalającej (pkt 2) wywołuje skutki prawne, jednakże na gruncie analizy przedawnienia rozgraniczenie danej kwestii jest podstawowe i kluczowe. Szczególny przykładem powyższej sytuacji są instytucje usytuowane w art. 68 i 69 O.p., które wiążą skutek przedawnienia z przywołanym powyżej doręczeniem, czy też zaistnieniem zdarzenia. Warto również wskazać, iż na podstawie doręczenia decyzji powstają zobowiązania w podatku od nieruchomości, rolnym i leśnym obciążające osoby fizyczne, podatku od spadków i darowizn, podatku dochodowego od przychodu nieznajdującego pokrycia w ujawnionych źródłach przychodu lub pochodzącego ze źródeł nieujawnionych oraz karty podatkowej.

Z kolei w zakresie decyzji wynikającej z art. 21 § 3 O.p., należy stwierdzić, podpierając się orzecznictwem sądów administracyjnych, iż *wydanie decyzji w trybie art. 21 § 3 O.p. nie powoduje zmiany charakteru zobowiązania — w dalszym ciągu nie jest to zobowiązanie, o którym mowa w art. 21 § 1 pkt 2 O.p. Wobec tego do decyzji takich nie ma zastosowania art. 68 § 1 i 2 O.p., a decyzja może być wydana do czasu przedawnienia się zobowiązania podatkowego zgodnie z art. 70 O.p.* (I SA/Wr 848/08, 2008). W związku z powyższym do decyzji takich nie stosuje się art. 68 § 1 i 2 O.p., natomiast stosowny akt administracyjny może być wydany do momentu przedawnienia zobowiązania podatkowego zgodnie z art. 70 O. p

## 3. Przedawnienie prawa do wydania decyzji podatkowej — art. 68 O.p.

Przywołana forma przedawnienia z art. 68 O.p., zgodnie z zasadą ogólna usytuowaną w § 1 stwierdza, iż zobowiązanie podatkowe, o którym mowa w art. 21 § 1 pkt 2 O.p., nie powstaje, jeżeli decyzja ustalająca to zobowiązanie została doręczona po upływie 3 lat, licząc od końca roku kalendarzowego, w którym powstał obowiązek podatkowy (Ordynacja podatkowa, 1997). W przedstawionej treści ustawodawca wskazuje, iż doręczenie decyzji ustalającej po terminie sprecyzowanym w powyższej normie (3 lata), liczonym od końca poszczególnych lat kalendarzowych, związanych ze zdarzeniem powstania obowiązku podatkowego, skutkuje przedawnieniem. W określonym przypadku powyższa sytuacja skutkuje przedawnieniem prawa organu podatkowego do ustalenia zobowiązania podatkowego w sposób skuteczny. W związku z powyższym należy podkreślić, iż zreferowana forma przedawnienia rodzi okres, który zobowiązuje aparat podatkowy do stosownych czynności pod rygorem sankcji prawnej, która jest prosta — przedawnienie prawa do wyda-

nia decyzji wymiarowej, a w konsekwencji nie powstanie zobowiązania i nie nałożenie na Podatnika obowiązku zapłaty podatku.

## 4. Przedawnienie prawa do wymiaru w świetle orzecznictwa sądów administracyjnych

Na podstawie orzecznictwa sądów administracyjnych można ustalić fakty związane z analizowaną instytucją, które wpływają na wnioski zapadłe w ramach prowadzonych badań. Mianowicie, należy stwierdzić, iż zbieżne z poglądem Sądu jest stanowisko, w którym ogólny, trzyletni termin na wydanie decyzji ustalającej, przewidziany w art. 68 § 1 O.p., dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy pomiędzy podatnikiem i organem podatkowym nie ma sporu, między innymi co do okoliczności objętych informacją o nieruchomościach i obiektach budowlanych. Z kolei zgodnie z rozstrzygnięciem wymiaru sprawiedliwości, powyższa informacja powinna zawierać wszystkie dane dotyczące budynków, gruntów i statusu podatnika, które w całości, bez potrzeby dodatkowych ustaleń i wyjaśnień, mogą stanowić podstawę wydania decyzji z art. 21 § 1 pkt 2 O.p.

## 5. Praktyka stosowania art. 68 O.p.

Odnosząc się do części praktycznej analizowanego zagadnienia warto nadmienić sytuację, w której Podatnik (osoba fizyczna), dokonał czynności polegającej na zakupie działki w 2012 roku, w związku z czym był zobowiązany do złożenia, we właściwym urzędzie gminy, stosownej informacji związanej z określonym działaniem. Wójt danej gminy z racji zaniedbania obowiązków zawodowych zagubił złożoną informację, co skutkowało brakiem w zakresie wydania decyzji ustalającej kwotę podatku od nieruchomości za rok 2012. Analogiczny motyw zaniechania w świetle wydania decyzji ustalającej istniał w przypadku wspomnianego wójta w latach 2013, 2014 i 2015. Następstwem powyższego ciągu czynności był fakt, iż wraz z końcem 2015 roku, nastąpiło przedawnienie prawa do wydania decyzji podatkowej, w związku z czym wójt wraz z upływem 2015 roku utracił prawo do ustalenia zobowiązania podatkowego z tytułu zakupu działki przez Podatnika w 2012 roku, natomiast ciążący na osobie fizycznej obowiązek podatkowy uległ wygaśnięciu. Finalnym efektem danego zdarzenia jest brak obowiązku zapłaty przez Podatnika podatku, gdyż nie nastąpiło przeistoczenie obowiązku podatkowego w zobowiązanie podatkowe.

## 6. Przedłużenie okresu niezbędnego do przedawnienia — art. 68 § 2 O.p.

Kontynuując analizę określonej tematyki należy zwrócić uwagę na treść art. 68 § 2 O.p., który stanowi, iż jeżeli podatnik:

1) nie złożył deklaracji w terminie przewidzianym w przepisach prawa podatkowego,

2) w złożonej deklaracji nie ujawnił wszystkich danych niezbędnych do ustalenia wysokości zobowiązania podatkowego.

Zobowiązanie podatkowe, o którym mowa w § 1, nie powstaje, pod warunkiem że decyzja ustalająca wysokość tego zobowiązania została doręczona po upływie 5 lat, licząc od końca roku kalendarzowego, w którym powstał obowiązek podatkowy (Ordynacja podatkowa, 1997). W ramach określonego wywodu należy zaakcentować, iż termin 3-letni przybiera charakter podstawowy i wiąże się z momentem powstania obowiązku podatkowego, który został sprecyzowany w ustawach regulujących poszczególne podatki (ustawach szczególnych). Zdarzenie wskazane powyżej rodzi sytuację przedłużenia danego okresu do 5 lat. Przesłankami niezbędnymi dla zaistnienia określonego stanu są zarówno zwyczajne niezłożenie deklaracji w przewidzianym terminie (art. 68 § 1 pkt 1 O.p.), jak również nie ujawnienie wszystkich stosownych danych, które mają charakter niezbędny w zakresie prawidłowego ustalenia wysokości zobowiązania podatkowego.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż określone czynności sprowadzają się do rzetelnego poinformowania organu podatkowego o powstałym już obowiązku podatkowym. W danym aspekcie ważny jest fakt, iż nieprawidłowości wskazane w złożonej deklaracji muszą dotyczyć wielkości, które wpływają na fakt ustalenia wysokości zobowiązania podatkowego w sposób rzeczywisty. Takimi z całą pewnością nie są błędy w zakresie danych podatnika, czy też wypełnienie poszczególnych pozycji w sposób niewłaściwy, co ma charakter techniczny. Mianowicie, zgodnie z doktryną *nie można za takie dane uznać braku lub błędu w danych podatnika, lub wypełnienia jej niezgodnie z wymaganiami* (Etel, 2018).

## 7. Wnioski

Warto zaznaczyć, że określone rozwiązanie prawne wiąże się z kierunkiem rozwoju zarówno polskiego prawodawstwa jak również Polski jako kraju, który znajduje się na etapie intensywnego rozwoju gospodarczego. Powyższa teza odnosi się przede wszystkim

do postanowień Nowej Ordynacji Podatkowej, która w sposób zdecydowany uwzględnia fakt prowadzenia działalności gospodarczej oraz okoliczności z tym związane. Niemniej jednak należy podkreślić, iż instytucja uregulowana w art. 68 O.p., stanowi właściwe rozwiązanie prawne, sygnując prawo do wydania decyzji ustalającej w świetle potencjalnego przedawnienia, a także wskazując wagę skutków określonej regulacji. W ramach prawodawstwa *de lege ferenda* można wysunąć propozycję krótszego okresu niezbędnego dla przedawnienia zobowiązania podatkowego. Mianowicie, określony stan wpłynąłby na tok postępowania podatkowego, a także na zachowanie Podmiotów uczestniczących w da-

nej procedurze, co wiązałoby się z ogólnym usprawnieniem działań w danym obszarze.

### 7.1. Przedawnienie prawa do wydania decyzji w związku z utratą ulgi podatkowej — art. 69 O.p.

Przechodząc do kolejnej formy przedawnienia zobowiązania podatkowego należy wskazać usytuowane w art. 69 O.p. prawo do wydania decyzji w przypadku niedopełnienia warunku uprawniającego do ulgi podatkowej. Otóż, treść normy prawnej regulującej powyższą instytucje, w § 1, określającym zasady ogólne wskazuje, iż w razie niedopełnienia przez podatnika warunków uprawniających do skorzystania z uzyskanej ulgi podatkowej, prawo do wydania decyzji ustalającej zobowiązanie podatkowe powstaje w dniu, w którym nastąpiło zdarzenie powodujące utratę prawa do ulgi (Ordynacja podatkowa, 1997). Jest to przesłanie legislatora, w którym wskazuje on fakt, iż zwyczajne niespełnienie wymaganych prawem warunków do uzyskanej ulgi podatkowej skutkuje powstaniem prawa do wydania decyzji podatkowej. Należy również zaznaczyć, że stosowne uprawnienie powstaje w dniu powszechnie Podatnikowi znanym, a więc w dniu, w którym miało miejsce zdarzenie stanowiące przyczynę utraty prawa do ulgi. Warto zaznaczyć, iż określona sytuacja ma miejsce w przypadku konieczności i wiąże się z zaniechaniem podmiotu, który nabył stosowne prawo.

### 7.2. Pojęcie ulgi podatkowej w świetle art. 69 O.p.

Kontynuując wywód warto zaakcentować, iż samo pojęcie ulgi podatkowej obejmuje swym zakresem zarówno ulgi jak i zwolnienia przysługujące z mocy prawa jak również na podstawie decyzji organu podatkowego. Koniecznie trzeba jednakże, zaakcentować fakt, że badany przepis znajduje zastosowanie wyłącznie w przypadku zobowiązań podatkowych, które powstają poprzez doręczenie decyzji wymiarowej. Mianowicie, jako przykład zastosowania powyższego rozwiązania można wskazać przysługujące z mocy prawa zwolnienie od podatku od nieruchomości dotyczące gruntów i budynków wpisanych indywidualnie do rejestru zabytków. Otóż, przedstawione uprawnienie przyjmuje za podstawę art. 7 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych. Warunkiem ustawowym zastosowania danej regulacji jest utrzymanie oraz konserwacja budynków, która musi odbywać się zgodnie z przepisami o ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. ochronie zabytków i opiece nad zabytkami.

### 7.3. Prawna regulacja terminu przedawnienia — art. 69 § 2 O.p.

Ważna kwestią dla prawidłowej interpretacji określonej postaci przedawnienia zobowiązania podatkowego jest treść usytuowana przez ustawodawcę w art. 69 § 2 O.p., która odnosi się do okresu wymaganego przez legislatora dla stwierdzenia przedawnienia. Konkretyzując, należ wskazać, iż z litery prawa wynika przesłanie, zgodnie z którym termin do wydania decyzji, o której mowa w § 1, wynosi 3 lata od końca roku podatkowego, w którym nastąpiło zdarzenie powodujące utratę prawa do ulgi podatkowej, a jeżeli podatnik nie zgłosił organowi podatkowemu utraty prawa do ulgi co najmniej na 2 miesiące przed upływem tego terminu — termin do wydania decyzji, o której mowa w § 1, wynosi 5 lat (Ordynacja podatkowa, 1997). Należy wskazać, iż przedstawiona myśl rodzi okres przeznaczony dla organu podatkowego na wydanie, a nie doręczenie decyzji wymiarowej, co jest bardzo ważne w omawianym przypadku. Mianowicie, zaniechanie aparatu podatkowego w przedstawionym zakresie przez okres 3 lat, liczonych od końca roku podatkowego, w którym nastąpiło zdarzenie powodujące utratę stosownego prawa skutkuje przedawnieniem zobowiązania podatkowego, a w konsekwencji brakiem obowiązku zapłaty przez podatnika podatku. Jest to klasyczny termin, który został umieszczony w pierwszej części badanego przepisu. Natomiast, w sytuacji, gdy Podatnik nie wywiąże się z nałożonego obowiązku, jakim jest uprzednie zgłoszenie faktu utraty prawa do ulgi co najmniej na 2 miesiące przed upływem powyższego okresu, wówczas perspektywa czasowa przewidziana dla aparatu podatkowego na wydanie decyzji wymiarowej wydłuża się do 5 lat. Należy przy tym wskazać, iż mechanizm naliczania ustawowego okresu jest analogiczny, jak w sytuacji dopełnienia przez podmiot wszystkich niezbędnych warunków. Bardzo ważny fakt stanowi stwierdzenie, iż przedstawiona sytuacja jest uzależniona od działania Podatnika w danym zakresie, przez co posiada on wpływ na przebieg postępowania w jego indywidualnej sprawie.

### 7.4. Zagadnienie daty wydania decyzji z perspektywy orzecznictwa

Warto również nawiązać do wspomnianego zagadnienia daty wydania decyzji, która jest bardzo ważna dla prawidłowego rozpatrzenia określonej instytucji prawnej. Mianowicie, z orzecznictwa sądów powszechnych wynika, iż *datą wydania przez organ podatkowy decyzji określającej wysokość zaległości podatkowej jest data jej podpisania przez osobę upoważnioną do jej wydania, przy czym w razie wątpliwości jest to data umieszczona w decyzji (art. 210 § 1 pkt 2 O.p.). Nie wyklucza to przeprowadzenia dowodu przeciwnego, że data wydania decyzji jest inna niż w niej wskazana* (III RN 149/01, 2002).

### 7.5. Pragmatyczne wykorzystanie instytucji przedawnienia — art. 69 O.p.

Ponadto należy zaznaczyć fakt, który wiąże się z praktyką stosowania powyższych przepisów, co ma bardzo ważne znaczenie dla kompleksowego charakteru badań niezwykle ważnego i złożonego zagadnienia jakim jest przedawnienie zobowiązania podatkowego. Konkretyzując, wdrożenie do obrotu prawnego obowiązku wcześniejszego zawiadomienia

organu podatkowego o fakcie utraty prawa do ulgi podatkowej, wiązało się z wyeliminowaniem zjawiska zgłaszania wspomnianej utraty wraz z ostatnim dniem 3-letniego okresu, który jest wymaganym przez ustawodawcę dla skutku przedawnienia. Otóż, przedstawione działanie Podatników wyłącza możliwość aparatu podatkowego w zakresie podjęcia jakichkolwiek środków w celu zapobiegnięcia ujemnym skutkom dla interesów Skarbu Państwa. Konkretyzując, organ podatkowy nie dysponował pełnym, a jedynie formalnym i czysto teoretycznym prawem, które wiązało się z wydaniem decyzji ustalającej. Wprowadzony mechanizm stanowi rozwiązanie patowej sytuacji i zmusza Podatników do działania zgodnie z określona prawem procedurą, która wymusza terminowe dostarczenie stosownej informacji. Określona regulacja opatrzona jest rygorem wydłużenia okresu niezbędnego dla skutku, który jest często pożądany przez Podatnika.

## 8. Ocena

Koniecznie należy podkreślić, że analizowane powyżej rozwiązanie ma charakter prawidłowy i podobnie jak w przypadku instytucji uregulowanej w art. 68 O.p., wiąże się z kierunkiem rozwoju polskiego prawa, które w aktualnym stanie kładzie duży nacisk na dziedzinę działalności gospodarczej. Powyższe stwierdzenie utożsamia się bezpośrednio z założeniami projektu Nowej Ordynacji Podatkowej i odmiennym podejściem do bardzo ważnego aktu normatywnego jakim jest obecnie obowiązująca Ordynacja Podatkowa. Ponadto, w świetle interpretacji art. 69 O.p. należy wziąć pod uwagę w sposób szczególny skomplikowanie oraz złożoność, które są przedmiotem badań, co odnosi się do pojęcia ulgi oraz wpływu prawodawstwa na szereg obszarów. Należy ponownie zaakcentować, iż określone rozwiązanie przybiera charakter prawidłowy i bardzo wartościowy z perspektywy podmiotów prawa podatkowego, co uwzględnia również przebieg postępowania.

### 8.1. Analiza instytucji przedawnienia zobowiązania podatkowego — art. 70 O.p.

Przechodząc do ostatniej formy przedawnienia zobowiązania podatkowego umieszczonej przez legislatora w art. 70 O.p. należy zwrócić szczególną uwagę na fakt, iż dane zagadnienie dotyczy już istniejącego zobowiązania podatkowego. Jest to bardzo ważna informacja, która wiąże się z tematyką prezentowaną w trakcie analizy dwóch podobnych, jednak innych postaci określonego zdarzenia. Mianowicie, wskazana forma przedawnienia dotyczy zobowiązania, które przeistoczyło się z obowiązku podatkowego. Godnym podkreślenia faktem jest, iż to właśnie już powstałe zobowiązanie nakłada na Podatnika konieczność zapłaty określonej kwoty pieniężnej tytułem podatku. Odnosząc się do konkretów należy stwierdzić, iż samo przedawnienie zobowiązań podatkowych oznacza, iż wraz z upływem określonego przez ustawodawcę czasu, zobowiązanie, pomimo braku zapłaty podatku, ulega wygaśnięciu wraz z odsetkami za zwłokę (nieefektywny sposób wygaśnięcia zobowiązania). W tym samym czasie następuje zerwanie więzi łączącej Podatnika z wierzycielem podatkowym, co odbywa się bez konieczności wydania decyzji, natomiast stosunek podatkowo-prawny przestaje istnieć. Podstawową informacją jest stwierdzenie, iż wspomniany wcześniej wierzyciel podatkowy, a więc działający na rzecz Skarbu Państwa organ podatkowy, nie dysponuje podstawami w zakresie podjęcia egzekucji zobowiązania podatkowego, które już wygasło.

### 8.2. Przedawnienie zobowiązania podatkowego a wartości konstytucyjne

Poza przedstawionym wątkiem mającym charakter podstawowy w zakresie przedawnienia już powstałego zobowiązania podatkowego, warto również nadmienić, iż badana instytucja przyczynia się do realizacji dwóch niezwykle ważnych z perspektywy prawa podatkowego wartości konstytucyjnych, jakimi są zachowanie równowagi budżetowej oraz stabilizacja stosunków społecznych, która odbywa się poprzez wygaszanie zadawnionych zobowiązań podatkowych. Zgodnie z założeniami doktryny *przedawnienie zobowiązań podatkowych, choć nie jest expressis verbis uregulowane w ustawie zasadniczej, znajduje w związku z tym oparcie w wartościach konstytucyjnie chronionych* (Etel, 2018).

Potwierdzeniem przedstawionego stanu jest obszerne orzecznictwa o charakterze konstytucyjnym. Warto również podkreślić fakt, iż zagadnienie przedawnienia zobowiązania podatkowego, pomimo braku uregulowania w ustawie zasadniczej odnosi się do wartości podlegających ochronie przez Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. Koniecznie w danym przypadku warto zaznaczyć, że sprecyzowanie określonej materii odbywa się za pośrednictwem legislatora, od którego uznania zależy długość okresu wymaganego dla ustawowych skutków. Ponadto, należy wskazać, iż finalna teza, która jest podstawowa w trakcie badań określonej instytucji, wyraża się w rzeczywistym i zasadniczym płaceniu podatków, nie zaś w biernym oczekiwaniu na zjawisko, które jest pożądane przez podmioty płacące podatki, jakim jest interpretowane wielokierunkowo przedawnienie zobowiązania podatkowego.

### 8.3. Artykuł 70 § 1 O.p. — zasady ogólne

Przechodząc do rzeczy należy stwierdzić, że treści normy prawnej dotyczącej przedawnienia zobowiązania podatkowego w ogólnej zasadzie usytuowanej w art. 70 § 1 O.p. stanowi, iż zobowiązanie podatkowe przedawnia się z upływem 5 lat, licząc od końca roku kalendarzowego, w którym upłynął termin płatności podatku (Ordynacja podatkowa, 1997). Na podstawie przedstawionej normy prawnej należy wskazać, że badane przedawnienie powstałego już zobowiązania następuje po upływie 5 lat, które są liczone od końca roku

kalendarzowego, w którym upłynął termin płatności podatku. Bardzo ważnym elementem określonego mechanizmu jest wyznacznik dotyczący odpowiedniego naliczania okresu przedawnienia, którym jest ważny dla Podatnika termin płatności podatku.

### 8.4. Wzajemne zestawienie przepisów art. 68 oraz 70 O.p.

Z kolei w zakresie zestawienia instytucji usytuowanych w art. 68 oraz w art. 70 O.p. należy stwierdzić, że przedawnienie zobowiązania podatkowego przyjmuje jednolity termin dla wywołania ustawowego skutku, natomiast w zakresie wymiaru podatku bardzo ważnym rozgraniczeniem jest sposób powstania zobowiązania podatkowego (doręczenie decyzji, czy też z mocy samego prawa). Mianowicie, należy podkreślić, że w przypadku, np. podatku od nieruchomości, czy też podatku rolnego i leśnego, aparat podatkowy dysponuje prawem do ich wymiaru przez okres 3 lub 5 lat (art. 68 O.p.), a następnie prawem do poboru podatku przez okres 5 lat (art. 70 O.p.). Inaczej wygląda sytuacja w zakresie danin powstających z mocy ustawy, np. w podatku dochodowym od osób fizycznych. Wówczas znajduje zastosowanie jednolity, 5-letni okres, który jest przeznaczony odpowiednio najpierw na wymiar, a potem na pobór podatku, gdzie brak jest zróżnicowania, które ma miejsce w sytuacji zobowiązań podatkowych powstających poprzez doręczenie decyzji.

### 8.5. Założenia Nowej Ordynacji Podatkowej w zakresie przedawnienia zobowiązania podatkowego

Analizując określoną tematykę należy przybliżyć, także założenia Nowej Ordynacji Podatkowej, które są obecnie w stanie projektu. Mianowicie, postanowienia tegoż przełomowego aktu wpłyną zarówno na kształt badanej instytucji jak również na funkcjonowanie wielu dziedzin krajowej gospodarki. Przechodząc do rzeczy należy wskazać, iż wspomniany powyżej projekt zakłada wprowadzenie zmian w zakresie przedawnienia prawa do wymiaru oraz poboru podatku. Stosowne rozgraniczenie ma się wiązać z pojęciem prowadzenia działalności gospodarczej, co ma dotyczyć przedawnienia występującego w formie prawa do wymiaru podatku. Okres niezbędny dla danego skutku ma wynosić odpowiednio 3 lata (niezwiązany z działalnością gospodarczą) oraz 5 lat (związany z działalnością gospodarczą).

## 9. Podsumowanie

Odnosząc się do kierunku zmian jakie mogą nastąpić na badanym gruncie należy podkreślić, iż polskie prawo podatkowe zwraca uwagę na pojęcie działalności gospodarczej, co łączy się z etapem rozwoju Polski jako kraju członkowskiego Unii Europejskiej i bezwzględnie jest to prawidłowe postępowanie legislatora. Mianowicie, w danym przypadku bardzo dobrze unaocznia się wdrażana przez władzę ustawodawczą myśl sprawnego toku proceduralnego, który ma uwzględniać kryterium wykonywania działalności gospodarczej. Koniecznie należy również zaakcentować tezę, która jest bardzo ważna dla właściwego zrozumienia proporcji jakie występują na linii podatki — rozwój gospodarczy. Otóż, analizowana sfera wiąże się z zakresem wpływów do budżetu Państwa, a więc podatkami i musi obejmować dynamiczny rozwój wszystkich dziedzin naszego kraju. Natomiast, konkretyzując należy stwierdzić, iż prawodawstwo musi sprzyjać określonemu procesowi, nie zaniedbując wątku publicznego. Warto podkreślić, iż na sytuację przeciętnego podatnika równie mocno jak wiele udogodnień podatkowych o charakterze gospodarczym, wpływa wielokierunkowy rozwój Polski, który odzwierciedla się na wielu obszarach życia. Bardzo dobrym przykładem tego zdarzenia jest dziedzina infrastruktury, która prężnie zmierza w odpowiednim kierunku we wszystkich obszarach naszego kraju. Służy to nie tylko podmiotom prowadzącym różnego rodzaju działalności, ale również podatnikom wpisującym się bardziej w kryterium równości oraz sprawiedliwości, które są postrzegane z perspektywy dostępu do wielu dóbr i usług jako użyteczne i powszechne. Bez wątpienia badane regulacje przyczyniają się do powyższego zjawiska.

Konkludując należy stwierdzić, iż sama złożoność instytucji przedawnienia zobowiązania podatkowego nie podlega jakiejkolwiek negacji, natomiast waga przepisów prawnych dotyczących określonego zagadnienia jest niepodważalna. Koniecznie warto podkreślić przedstawione powyżej stwierdzenie z perspektywy przywołanych wcześniej wpływów do budżetu Państwa jak również sytuacji i zachowania się „przeciętnego podatnika" oraz Organu podatkowego w toku postępowania podatkowego. Bezwzględnie warto uwydatnić również wzajemne powiązanie poszczególnych struktur, co wzmaga zainteresowanie przedstawioną tematyką, a także nadaje większej powagi całemu procesowi badawczemu, który składa się z kilku skomplikowanych instytucji prawnych.

Warto unaocznić fakt rozgraniczenia analizowanych zdarzeń na podstawie powstania zobowiązania podatkowego. Konkretyzując, trzeba podkreślić, iż określone zagadnienie jest kluczowe dla właściwego przedstawienia, kompletnego zrozumienia i przede wszystkim należytej wykładni przepisów składających się na przedawnienie zobowiązania podatkowego. Ponadto, trzeba również zaakcentować prawidłowość działania ustawodawcy, który w sposób należyty dokonał powyższej czynności. Koniecznie trzeba docenić znaczenie danego rozwiązania prawnego, które jako idea odnosi się do kompleksowego ujęcia całego zagadnienia wraz ze wszystkimi okolicznościami, a nie jedynie do rozstrzygnięcia sytuacji problematycznej.

Kończąc, należy zaakcentować wagę szeregu kompleksowych zmian jakie mogą wystąpić w ramach wprowadzenia

do obrotu prawnego projektu Nowej Ordynacji Podatkowej. Mianowicie, zarówno zróżnicowanie i uzależnienie okresu niezbędnego dla skutku jakim jest przedawnienie zobowiązania podatkowego od prowadzenia działalności gospodarczej jak również wyraźne zaznaczenie zasad toku postępowania w sytuacji jego zawieszenia, czy też przerwania, bez wątpienia mogą bardzo pozytywnie wpłynąć na sprawność działania aparatu podatkowego i ogólny przebieg procedury podatkowej. Przedstawiona perspektywa odnosi się do wielu dziedzin, co wiąże się z przedstawioną w tekście głównym tematyką złożoności oraz szerokiego zakresu skutków określonych instytucji. Otóż, należy przypuszczać, iż wskazane rozwiązania, które mogą zostać wprowadzone do polskiego prawa podatkowego przyczynią się do rozwoju wielu dziedzin krajowej gospodarki, co również w pewien sposób może usprawnić relacje jaka istnieje na linii Podatnik — Organ podatkowy. Na pewno trzeba docenić myśl legislatora, która uwzględnia w regulacjach podatkowych pojęcie prowadzenia działalności gospodarczej, nadając mu wagi, a także doceniając skalę wpływu na wiele obszarów. Należy uwydatnić, iż określony kierunek modyfikacji prawnych bardzo dobrze wpisuje się w cały tok postępu jaki zachodzi w naszym kraju, co odnosi się do rozwoju gospodarczego.

## Bibliografia


**Literatura**

Borszowski, P. (2016). *Podatki i opłaty lokalne. Podatek rolny. Podatek leśny. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Etel, L. (2018). *Ordynacja podatkowa. Komentarz aktualizowany*. Warszawa: System Informacji Prawnej LEX.

Etel, L., Popławski, M. (2015). Kierunki reformy przedawnienia w prawie podatkowym. *Przegląd Podatkowy*, (11), 11–20.

Gomułowicz, A. (2013). *Podatki a etyka*. Warszawa: LEX.

Góreczny, G. (2014). Wydanie decyzji określającej zobowiązanie podatkowe w celu egzekucji tego zobowiązania z nieruchomości. *Przegląd Podatkowy*, (2), 31–39.

Malinowski, D., Piotrowski, P. (2016). Wpływ odrzucenia skargi do sądu administracyjnego na przedawnienie zobowiązania podatkowego — artykuł dyskusyjny. *Przegląd Podatkowy*, (4), 3–4.

Melezini, A. *Pojęcie podatku — ogólna charakterystyka*. Publikacje Elektroniczne ABC.

Morawski, W. (2008). Przedawnienie obowiązku podatkowego (cz. 1). *Przegląd Podatkowy,* (1), 28–32.

Ofiarski, Z. (2006). *Prawo podatkowe*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis.

Zubik, M., Sokolewicz, W. (2016). *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* (Tom I; wyd. II). Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.

**Akty prawne**

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. (1997). Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

Ordynacja Podatkowa. (1997). Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (j. t. Dz. U. 2018 poz. 800).

UPOL. (1991). Ustawa o podatkach i opłatach lokalnych. (1991). Ustawa z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (t.j. Dz. U. 2018 poz. 1445 z późn. zm.).

UOZONZ. (2003). Ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz. U. 2018.2067 j.t.).

**Orzecznictwo**

II FSK 2929/17. (2018). Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 10 maja 2018 r., II FSK 2929/17. Data powstania zobowiązania podatkowego. LEX nr 2498879.

II FSK 1601/17. (2017). Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 22 listopada 2017 r., II FSK 1601/17. Przedawnienie zobowiązań powstających z mocy decyzji ustalającej. LEX nr 2434945.

I SA/Wr 1258/17. (2018). Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 8 lutego 2018 r., I SA/Wr 1258/17. Powstanie zobowiązania w podatku od nieruchomości., LEX nr 2469281.

I SA/Lu 774/17. (2017). Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 22 listopada 2017 r., I SA/Lu 774/17. Egzekucja obowiązku zapłaty podatku od decyzji nieostatecznej. LEX nr 2422861.

6113/16 U. (2016). Uchwała Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Białymstoku z dnia 29 grudnia 2016 r., 6113/16, OwSS 2017/2/98/98-103, Podla. 2017/394.

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.40

# Zakaz pobierania odsetek w tradycji prawnej Kościoła Katolickiego a kwestia dodatniego oprocentowania umowy kredytu w prawie polskim

## The Ban on Interests in the Legal Tradition of the Catholic Church and the Issue of Interest Rates of Credit Contract in the Polish Law

***mgr Michał Tutaj***

E-mail: m.tutaj@wpia.uw.edu.pl

**Streszczenie**

Zakaz pobierania odsetek był zagadnieniem, z którym mierzyły się tradycje aksjonormatywne różnych religii. W tradycji prawnej Kościoła Katolickiego pobieranie odsetek przeszło długą i krętą drogę. Przez pewien czas oprocentowanie było w zakazane w wypadku wszelkich umów pożyczkowych i dopiero po pewnym czasie zostało zaakceptowane dzięki koncepcji tzw. tytułów zewnętrznych. Prześledzenie ewolucji podejścia do odsetek daje asumpt do spojrzenia i ocenienia, jak współczesna doktryna i orzecznictwo odnoszą się tematyki ujemnego oprocentowania umowy kredytu.

**Słowa kluczowe:** odsetki, oprocentowanie, zakaz odsetek, kredyt bankowy, pożyczka.

**Summary**

Ban on interests constituted an issue that had to be addressed by different legal and axiological traditions of religions. In the tradition of the Catholic Church, the ban followed the long and serpent path. For some time, the percent rate was forbidden in case of any loan agreements and only over time, it was accepted due to the concept of extrinsic titles. Analysis of the approach towards interests may inspire for closer look and prudent assessment of the view of the current scholars' and judges on the issue negative interest rate in credit agreements.

**Key words:** interests, interest rate, ban on interests, credit agreement, loan.

### 1. Wprowadzenie

Z perspektywy prawnika-praktyka odsetki stanowią jedną z najbardziej naturalnych i oczywistych instytucji prawnych. Instytucję, z którą nawet mniej zaawansowany uczestnik obrotu styka się każdego dnia, czy to spłacając udzieloną pożyczkę, czy wpłacając swoje oszczędności na lokatę. Jednak tylko nieliczni uczestnicy obrotu zdają sobie sprawę, że w historii trzech wielkich religii monoteistycznych i wyrastających z nich tradycji prawnych pobieranie procentów od kwot pożyczanych było co najmniej problematyczne. Praktyka pobierania odsetek — jak przedstawiam w kolejnych rozdziałach — przeszła jedną z najbardziej znaczących ewolucji w naszej tradycji prawnej. Wydaje się, że prześledzenie tej ewolucji pozwala spojrzeć z nowego punktu widzenia na postrzeganie umowy kredytu w polskim prawie.

Niniejszy artykuł stawia przed sobą dwa cele. Pierwszym, pomocniczym, celem jest syntetyczne ukazanie, jak z perspektywy prawno-historycznej, pobieranie odsetek wyewoluowało z praktyki powszechnie piętnowanej w praktykę powszechnie akceptowaną, czy wręcz niekiedy prawnie narzuconą. Drugim celem jest — w świetle przedstawionej ewolucji — próba nowego spojrzenia na kwestię obligatoryjnego dodatniego oprocentowania umowy kredytu, a w szczególności kredytu waloryzowanego do waluty obcej1. Co warto zaznaczyć, druga z kwestii, największego społecznego znaczenia nabrała w kwestii tzw. „problemu kredytów frankowych", czyli problemów licznych kredytobiorców ze spłatą kredytów waloryzowanych do wartości franka szwajcarskiego wobec znacznego wzrostu jego wartości w ostatnich latach (Jabłoński, Koźmiński, 2018, s. 17–21).

Tytułem wstępu należy przedstawić strukturę niniejszego artykułu. Pierwsza część ma charakter wstępny i polega na przedstawieniu, krótkiego tła historycznego związanego z pierwotną w szeroko rozumianej zachodniej tradycji prawnej awersją do pobierania odsetek. Druga część w oparciu o najważniejsze teksty źródłowe prezentuje to jak podejście do zakazu pobierania procentów ewoluowało w systemie aksjonormatywnym związanym z prawem kanonicznym i Kościołem Katolickim. Trzecia część ma na celu przedsta-

wienie na płaszczyźnie doktrynalnej problematyki obowiązkowych dodatnich stóp procentowych w umowach kredytowych, ze szczególnym uwzględnieniem problemu kredytów denominowanych do franka szwajcarskiego. Czwarta, ostatnia część prezentuje uwagi autora dotyczące uformowanej w polskim prawie zasadzie dodatniego oprocentowania umowy kredytu.

## 2. Funkcja zakazu pobierania odsetek

Problem zadłużania się społeczeństwa był obecny w starożytności w wielu społeczeństwach. Pierwsze znaczące reformy polityczne (tzw. reforma Solona) w Atenach były podyktowane koniecznością umorzenia długów (Jaczynowska, 2008, s. 278–279). Potrzeba uregulowania problemu zadłużenia była jednym z bodźców ostatniej secesji plebsu, która doprowadziła do tego, że uchwały zgromadzeń plebejskich zyskały moc wiążącą wszystkich obywateli — *lex Hortensia* z 287 r. przed Chr. (Jaczynowska, 2008, s. 425). Niewątpliwie ograniczanie możliwości pobierania odsetek stanowiło jeden z elementów zapobiegania problemowi (Glaeser, Scheinkman, 1998). Innymi słowy funkcją ograniczenia, czy nawet zakazu pobierania odsetek było zminimalizowanie ryzyka nadmiernego zadłużania się biedniejszych warstw społecznych i wiążących się z nim negatywnych skutków.

Tym samym naturalne jest, że próby ograniczania odsetek pojawiły się w prawie rzymskim (Pikulska-Robaszkiewicz, 1999). Prawo rzymskie korzystało z kontraktu pożyczki przyjacielskiej (łac. *Mutuum*), która było kontraktem nieodpłatnym, ale umożliwiającym dodanie do niego stypulacji odsetkowych pozwalających na pobieranie procentu od pożyczonej kwoty. System prawny starał się jednak zakazywać pobierania odsetek (formalny, ale nieprzestrzegany zakaz z 342 r przed Chr.) albo przynajmniej je ograniczać (Pikulska-Robaszkiewicz, 1999, s. 14–17). Dopiero jednak Justynian trwalej ustalił i egzekwował pułap odsetek maksymalnych (Wołodkiewicz, 2003, s. 381).

Problem dopuszczalności pobierania odsetek zajmował i zajmuje wciąż istotne znaczenie w tradycji prawnych opierających się o aksjonormatywny system islamu i judaizmu.

W pierwszym wypadku islam utrzymuje rygorystycznie interpretowany zakaz pobierania odsetek. Próby godzenia ograniczeń religijnych z wymogami obrotu dał asumpt powstaniu osobnej niszy prawnej jakim jest prawo islamskich instrumentów finansowych (Richardson, 2008). Omawianie tej tematyki szczegółowo znacząco przekraczałoby jednak ramy niniejszego artykułu[2].

Judaizm natomiast w oparciu o teksty Starego Testamentu wypracował podejście, które dopuszcza możliwość pożyczania pieniędzy na procent w stosunku do gojów, ale zakazuje czerpania z pożyczek udzielanych innemu żydowi (Reisman, 1995). Kluczową rolę w ukształtowaniu się takiego stanowiska miały teksty Starego Testamentu, które restrykcyjnie przedstawiają zasady udzielania pożyczek w społeczeństwie żydowskim. Warty uwagi jest zwłaszcza tekst z Księgi Powtórzonego Prawa: *Nie będziesz żądał od brata swego odsetek z pieniędzy, z żywności ani odsetek z czegokolwiek, co się pożycza na procent. Od obcego możesz się domagać, ale od brata nie będziesz żądał odsetek, aby ci Pan, Bóg twój, błogosławił we wszystkim, do czego rękę przyłożysz w ziemi, którą idziesz posiąść.* (Księga Powtórzonego Prawa, 23:20–21)

Tego typu fragmentów jest więcej, czytelnik może spotkać je zarówno w Księdze Wyjścia (22:24), Księdze Kapłańskiej (25:35–37) jak i Księdze Ezechiela (22:12). Także późniejsze dokonania uczonych żydowskich (wliczając w to Talmud) podtrzymały i zniuansowały wyrażone wyżej stanowisko (Reisman, 1995; Maimonides, 2018).

## 3. Zakaz pobierania odsetek w tradycji prawnej Kościoła Katolickiego

Nauka Kościoła Katolickiego i dokonania jurystów prawa kanonicznego miało znaczny wpływ na kształtowanie się zachodnioeuropejskiej kultury prawnej, również w odniesieniu do prawa dotyczącego stosunków pieniężnych między uczestnikami obrotu (Thier, 2016).

Przedstawiając analizę ewolucji podejścia do kwestii pobierania odsetek od pożyczek przez Kościół Katolicki należy wyjść od nowotestamentowego fragmentu z Ewangelii Świętego Łukasza. *Jeśli pożyczek udzielacie tym, od których spodziewacie się zwrotu, jakaż za to dla was wdzięczność? I grzesznicy grzesznikom pożyczają, żeby tyleż samo otrzymać. Wy natomiast miłujcie waszych nieprzyjaciół, czyńcie dobrze i pożyczajcie, niczego się za to nie spodziewając* (Łk 6:34–35).

W stosunku do przytoczonego wyżej fragmentu, ten ekscerpt kładzie nacisk na konieczność udzielania pożyczek bezinteresownych, nienastawionych na zysk. Tylko takie pożyczki mają się podobać Bogu. Fragment ten w ogóle nie używa takich wyrazów jak odsetki, czy procent. Technicznie rzecz ujmując jest on raczej nakazem dobroczynności aniżeli zakazem udzielania pożyczek bezodsetkowych. Można powiedzieć, że są to tylko dwie strony tej samej monety, ale należy przyznać, że punkt ciężkości wyrażonej w Nowym Testamencie zasady jest inny niż w Starym Testamencie. Podobne przeniesienie ciężkości można zauważyć w Ewangelii św. Mateusza (5:42)

Pewne zamieszanie wprowadza fragment Nowego Testamentu posługujący się przypowieścią o talentach, mówiący co następuje: *Powinieneś więc był oddać moje pieniądze bankierom, a ja po powrocie byłbym z zyskiem odebrał swoją własność.* (Mt 25:27). Fragment ten jest utrzymany w konwencji przypowieści, przez co należy go odczytywać niedosłownie, jako zalecenie pobierania odsetek od oddanego do korzystania kapitału. Takie postawienie tematu jest jednak pewnym *novum* i wydaje się pewnym krokiem odejścia od starotestamentowego rygoryzmu.

W świetle powyższych fragmentów można zauważyć, że choć Jezus Chrystus nie odwołał zakazu ze Starego Testamentu, to jednak przesunął ciężar zasady moralnej. Z rygorystycznego i dość sztywnego zakazu (dotyczącego tylko relacji żyd–goj) stała się ona elementem ogólnego nakazu dobroczynności.

W ewolucji prawa kanonicznego, pierwsze dokumenty soborowe i synodalne przede wszystkim krytykowały praktykę pobierania odsetek przez duchownych. Przykładowo w kanonie XVII Soboru Nicejskiego w 325 roku po Chr. wskazuje się, że: *Ponieważ liczni duchowni, powodowani chciwością, gonią za niegodziwym zarobkiem, (…) pożyczając pieniądze domagają się procentów, święty i wielki sobór sprawiedliwie postanawia, że kto po wydaniu tego prawa bierze udział w lichwie (…) winien być usunięty z grona duchownych i pozostawać poza prawem* (za: Baron, Pietras, 2001, s. 53). Potwierdzenie tych zasad znalazło się również w tekstach z synodów i soborów w Clichy czy Arles (Baron, Pietras, 2006, s. 50).

Zaprezentowane stanowisko ograniczało się do duchownych i umieszczało pobieranie odsetek w szerszym kontekście, czyli w poszukiwaniu niegodziwego zarobku. Podejście to jest dość ogólne, niekoncentrujące się na analizowaniu czym jest pożyczka lub pieniądze, ale natomiast odróżniające lichwę od odsetek. Odejście od skoncentrowania na duchownych można jednak zaobserwować w kluczowym źródle poznania prawa kanonicznego. tj. w Dekrecie Gracjana z 1140 roku. Wydaje się, że dotyczące szerszego grona odbiorców niźli kler.

C. I. *Si feneraueris hominem, id est si tu mutuum dederis pecuniam tuam, a quo plus quam dedisti expectes, non pecuniam solam, sed aliquid plus quam dedisti, sive illud triticum sit, sive vinum, sive oleum, sive quodlibet aliud, si plus quam dedisti expectes accipere, fenerator es, et in hoc inprobandus, non laudandus* [tłum. własne: Jeśli pożyczasz komuś na procent — to jest, jeśli udzielasz mu z własnych środków pożyczki (*mutuum*), z czego w zamian oczekujesz więcej niźli dałeś i dotyczy to nie tylko pieniędzy, ale czegokolwiek ponad dane, czy to pszenicę, czy to wino, czy to olej, czy cokolwiek inne, o ile więcej niźli dałeś, oczekujesz odebrać — jesteś lichwiarzem i w tym czynie należy cię zganić, a nie chwalić].

C. IV. *Usura est, ubi amplius requiritur quam quod datur. Verbi gratia, si solidos decem dederis, et amplius quesieris, vel dederis frumenti modium unum, et super aliquid exegeris. Gratian. Ecce evidenter ostenditur, quod quicquid ultra sortem exigitur usura est.* [tłum. własne: Lichwą jest, gdy więcej się wymaga, niż było dane. Dla przykładu, jeśli dajesz dziesięć solidów i o więcej prosisz albo jeśli dajesz jeden korzec zboża, a ściągasz ponad tę miarę. Gracjan: oto ewidentnie staje się jasnym, że to, co pobiera się ponad pożyczoną kwotę, stanowi lichwę].

Dekret Gracjana, jak widać powyżej, jest już o wiele bardziej prawniczy. Próbuje on określić jakiego rodzaju towary mogą być objęte lichwą. Doprecyzowuje tym samym czym jest pożyczka oraz wiąże ją ściśle z rzymskim kontraktem *mutuum* jako pożyczce bezodsetkowej. Jednocześnie Dekret zrównuje lichwę z pobieraniem odsetek uznając, że są to pojęcia synonimiczne. W ten sposób choć zakazane staje się pobieranie jakichkolwiek odsetek, to dotyczy to jednak jedynie pożyczki dóbr oznaczonych co do gatunku. Spod zakresu pojęcia lichwy uciekają różne inne przypadki nie ekwiwalentności czy niesprawiedliwości kontraktowej. Zostaje ona rozumiana ściśle jako zjawisko pobierania odsetek. Tym samym pobieranie odsetek wydaje się być zakazane co do zasady.

Zaostrzenie się podejścia do lichwy (tj. pobierania odsetek od umowy pożyczki) jest potwierdzane przez Sobór laterański II (1139 rok) w kanonie XIII: *Potępiamy następnie nienasyconą chciwość zysku lichwiarzy, uznaną za przeklętą i haniebną przez prawa Boże i ludzkie, zakazaną przez Pismo Święte, tak w Starym i Nowym Testamencie; ludziom trudniącym się lichwą odmawiamy wszelkiej posługi kościelnej* (…); (za: Baron, Pietras, 2001, s. 152–153)

Również późniejszy o dwa stulecia sobór w Vienne (1311–1312 r.) piętnuje pobieranie procentów. *Ponadto, ponieważ lichwiarze przeważnie zawierają kontrakty na procent w sposób ukryty i podstępny, że z trudem można dowieść im niegodziwej lichwy, zarządzamy, że kiedy sprawa dotyczy lichwy, cenzura kościelna zobowiąże ich do przedstawienia rejestrów własnych rachunków. Jeśli ktoś popadłby w taki błąd, że śmiałby z uporem twierdzić, iż uprawianie lichwy nie jest grzechem, postanawiamy, że powinien być ukarany jako heretyk* (za: Baron, Pietras, 2001, s. 595–596).

Warto zwrócić uwagę, że władze kościelne zwróciły uwagę na to, że istnieje praktyka zawierania kontraktów na procent w sposób ukryty, uniemożliwiający dowiedzenie, że dochodzi do lichwy. Innymi słowy w praktyce funkcjonowały takie rozwiązania prawne, które miały ukryć odsetki z pożyczek w inaczej ustrukturyzowanych transakcjach.

Jak pokazuje historia, faktycznie znane były takie — oparte na nominalizmie kontraktowym — rozwiązania, które skutecznie osiągały skutek ekonomiczny pożyczki oprocentowanej będąc z punktu widzenia prawa innego rodzaju umowami. Przykładowo odsetki za umowy pożyczki były ukrywane w ten sposób, że finansujący kupował na zlecenie „pożyczkobiorcy" potrzebny towar, a następnie od razu go „pożyczkobiorcy" odsprzedawał po cenie o tyle wyższej, ile wynosiło pożądane oprocentowanie. Było to jedno z wielu wykorzystywanych rozwiązań (Laskorzyński, 2011, s. 102–130). Twórczym rozwiązaniem było też stworzenie na bazie spółki instrumentu finansowania będącego w istocie trzema umowami i z tego względu nazywany potrójną umową (*contractum trinius*) (Swartz, 2011). Składał się on umowy ubezpieczenia, sprzedaży zysków oraz umowy spółki. W ramach umowy spółki inwestor zapewniał kapitał, a „pożyczkobiorca" miał za jego pomocą powadzić działalność handlową (Decock, 2017). Równocześnie „pożyczkobiorca" ubezpieczał inwestującego wspólnika na okoliczność niewypłacalności. Inwestor sprzedawał swój udział „pożyczkobiorcy" w zyskach w zamian za stały zysk liczony w odsetkach od kwoty zainwestowanej.

Dalszy rozwój stosunków społecznych i ekonomicznych kreował nowe wyzwania wymuszające ponowną refleksję Kościoła nad oprocentowaniem pożyczek. Takim czynnikiem było np. powstawanie banków pobożnych (*mons pietatis*) zakładanych w celu wspomożenia najuboższych. Banki te udzielały niskooprocentowanych pożyczek, z których zysk miał być przeznaczony na finansowanie ich funkcjonowania. Zostały one ostatecznie zaakceptowane przez Sobór Laterański V w 1515 roku, który stwierdzał:

(…) *Mamy bowiem do czynienia z rzeczywistą lichwą, gdy ktoś się stara, by użyczona rzecz, która nie pomnaża się bez pracy, bez nakładu czy ryzyka, przynosiła zysk i dochód. (…) stwierdzamy, że wspomniane „banki pobożne" (…), w których ze względu na ich koszty i wynagrodzenie strat pobiera się jakąś opłatę na same pensje ich zarządców i inne rzeczy związane z ich utrzymaniem ze względu na zwrot ich kosztów, (…) w ża-*

*den sposób nie są naganne, byleby opłata ponad kapitał nie przynosiła im zysku.*

Sobór w tym dokumencie zauważa, że pieniądze pobierane przy okazji udzielania pożyczki mogą należeć się pożyczkodawcy z innego tytułu. Nie chodzi przy tym o tytuł innej umowy (jak było przy okazji, np. *contractum trinius*), ale o inny bardziej ogólny tytuł — w tym wypadku — w postaci wynagrodzenie za pracę pracowników dobroczynnej inicjatywy. Ten ogólny tytuł odrywa się od przyjmowanej klasyfikacji umów i staje się bardziej generalnym pojęciem, zbliżonym do ekonomicznego celu danego stosunku prawnego między stronami.

Tym samym usankcjonowana została koncepcja umożliwiająca obchodzenie zakazu pobierania odsetek, którą określa się tzw. koncepcją tytułów zewnętrznych (Munro, 2018). W odróżnieniu od opisanych wyżej sposobów polegających na formalistycznym wykorzystaniu innych rodzajów kontraktów zastępujących umowę pożyczki, ta koncepcja proponowała właśnie bardziej ogólne rozwiązania. Zauważała ona, że w niektórych stosunkach społecznych korzyść danego uczestnika obrotu prawnego może nie wynikać z samej natury umowy *mutuum*, ale z powodu istnienia dodatkowej podstawy do czerpania zysków, czyli właśnie z tzw. tytułu zewnętrznego. Tytuły te z czasem zostały uogólnione i specyficznie określone (Laskorzyński, 2011). W ten sposób tytuł zewnętrzny nazywany *damnum emergens* dotyczył sytuacji, w której pożyczający pieniądze okazał się być stratnym z tego powodu, że nie mógł ich użyć na zapobieżenie grożącej mu stracie (np. nie mógł kupić lekarstw, które zapobiegłyby pomorowi jego bydła). Tytuł *lucrum cessans* odnosił się do sytuacji, gdy pożyczający pieniądze przez to, że był ich pozbawiony utracił możliwość ich zyskownego zainwestowania w inne przedsięwzięcie. Tytuł *stipendium laboris pro publico utilitatem* było wykorzystywane natomiast do sytuacji zbliżonej do wspomnianych banków pobożnych, tj. miało pokryć koszty działalności dobroczynnej. W XVI wieku wyróżniono natomiast tytuł *periculum sortis* czyli ryzyka straty. Polegało ono na tym, że uznano, iż ryzyko straty pożyczonej sumy w gruncie rzeczy ekonomicznie obciąża pożyczkodawcę. Tym samym to ryzyko powinno być wynagrodzone poprzez zagwarantowanie pożyczkodawcy pewnej sumy na wynagrodzenie tego ryzyka.

Koncepcja tytułów zewnętrznych stanowiła o erozji systemu zakazującego pobieranie odsetek. Refleksja nad rozkładem ryzyka i gospodarczym przeznaczeniem odsetek od umowy pożyczki doprowadziła do tego, że właściwie w każdej sytuacji dało się uzasadnić ich pobieranie jako usprawiedliwione odpowiednim tytułem zewnętrznym.

Wobec ofensywy tytułów zewnętrznych w XVI i XVII wieku, za ostatnią próbę przywrócenia tradycyjnego nauczania Kościoła Katolickiego można uznać wydaną w 1745 roku encyklikę *Vix pervenit* (Majka, 1958a). Encyklika ta podtrzymała zrównanie odsetek od umowy pożyczki z lichwą. Lichwa poprzez zaburzenie zasady ekwiwalentności każdorazowo stanowiła grzech, nawet w stosunkach gospodarczych pomiędzy podmiotami profesjonalnymi. Encyklika potwierdziła jednak również odróżnienie lichwy od handlu i zaakceptowała fakt, że pobieranie odsetek może być uzasadnione przez jakiś tytuł związany z handlem.

*Vix pervenit* nie zmieniła jednak kierunku ewolucji w podejściu do pobierania odsetek. W XIX Penitencjaria Apostolska na pytania o dopuszczalność rozgrzeszania osób pożyczających na procent odpowiedziała, że nie ma konieczności nakładania na nich pokuty, o ile odsetki są uzasadnione (Laskorzyński, 2011, s. 40).

Kościół pogodził się z traktowaniem odsetek jako racjonalnie uzasadnionego dodatku do zwyczajnych sytuacji pożyczania kapitału. W efekcie uznano, że wobec powszechnego akceptowania pobierania odsetek oraz zaakceptowania ich przez krajowe porządki prawa cywilnego, podstawowym tytułem do pobierania odsetek stał się *titulus legalus* (Wicher, 1936, s. 313). Norma dozwalająca na pobór odsetek została przez skanonizowana jako niesprzeczna z prawem boskim i przyjęta jako element prawa kanonicznego Laskorzyński, 2011, s. 74).

Ostateczne ukształtowanie się stosunku do pobierania odsetek można zaobserwować obserwując różnice między starym i nowym Kodeksem prawa kanonicznego. Wersja z 1917 roku przewiduje w kanonie 1543, że pożyczka co do zasady musi być nieodpłatna, chyba że istnieje jakikolwiek tytuł zewnętrzny[3]. Kodeks prawa kanonicznego z 1983 roku natomiast w kanonie 1284 stwierdza, że wszyscy zarządcy dóbr kościelnych powinni: *wypłacać w ustalonych terminach procenty, należne z tytułu pożyczki lub zastawu, czuwając nad odpowiednim zwrotem głównej sumy długu*. Starsza wersja odwołuje się jeszcze do funkcjonującej teorii tytułów zewnętrznych, gdy nowsza w ogóle ją pomija. Zmienia przy okazji zakaz pobierania odsetek na nakaz ich spłacania w ramach wypełniania obowiązków zarządcy dóbr kościelnych.

Należy zauważyć, że nauczanie Kościoła na temat lichwy staje się fragmentem szerszego tematu, jakim jest stosunek Kościoła Katolickiego do ogólnego funkcjonowania systemu gospodarczego. Leon XIII w encyklice *Rerum novarum* z 1891 roku krytykuje nieekwiwaletność w gospodarce, a lichwę upatruje różnych postaciach wyzysku drugiej strony (Majka, 1958b). Lichwa staje się w ten sposób pojęciem szerszym i przestaje być powiązana ściśle z umową pożyczki.

Ewolucja stanowiska Kościoła Katolickiego była długa i zawiła. Co jednak należy pamiętać pod kątem dalszego wywodu, to to, że pobieranie odsetek w nauczaniu Kościoła, a także przez to pośrednio w zachodniej tradycji prawnej, było raczej prawniczym wyjątkiem niż regułą. Oczywiście kreatywność prawników i uczonych pozwalała na rozszerzanie tego wyjątku, czy poprzez odpowiednie strukturyzowanie transakcji czy poprzez poszukiwanie gospodarczej funkcji konkretnych stosunków prawnych. Niemniej jednak, przedstawiona perspektywa historyczna może uczyć prawników pewnej pokory w kwestii definitywności wszelkich wypowiedzi na temat obowiązku pobierania odsetek.

## 4. Dodatnie oprocentowanie kredytów w prawie polskim

Przedstawiona wyżej perspektywa historyczna może wydać się szczególnie intersująca, gdy spojrzy się na poglądy na *essentialia negotii* umowy kredytu w prawie polskim. Art. 69 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 2187 z późn. zm.) wskazuje, że przez umowę kredytu bank zobowiązuje się oddać do dyspozycji kredytobior-

cy na czas oznaczony w umowie kwotę środków pieniężnych z przeznaczeniem na ustalony cel, a kredytobiorca zobowiązuje się do korzystania z niej na warunkach określonych w umowie, zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu wraz z odsetkami w oznaczonych terminach spłaty oraz zapłaty prowizji od udzielonego kredytu. Należy przy tym zaznaczyć, że umieszczenie prowizji w umowie kredytu jest fakultatywne (art. 69 ust. 2 pkt 9 Prawa bankowego).

Wykładnia językowa oraz systemowa powyższych przepisów zdają się przemawiać za stanowiskiem, że odsetki stanowią *essentialia negotii* umowy kredytu i nie jest możliwe zawarcie bezodsetkowej umowy kredytu. Pogląd o przymusowej odsetkowości kredytu podziela zdecydowana większość doktryny, której zdaniem w umowie kredytu wynagrodzenie banku musi przybrać postać odsetek lub prowizji (Sikorski, 2018; Pisuliński, 2011, s. 382; Kawulski 2013; Ofiarski, 2013). Stanowisko przeciwne jest prezentowane wyjątkowo (Mazur, 2008, s. 423).

Podobnie uważa orzecznictwo sądowe, które utrzymuje, że kredytodawca powinien uzyskać swoją cenę kredytu, tj. wynagrodzenie, na które mogą składać się odsetki, prowizje oraz inne opłaty. W wyroku Sądu Najwyższego z 15 grudnia 2005 roku (sygn. akt V CK 425/05) orzeczono, że bank osiąga zysk, który usprawiedliwiony jest ponoszeniem przezeń pewnego ryzyka: (…) *celem umowy kredytu bankowego jest postawienie środków pieniężnych do dyspozycji kredytobiorcy, a czyniąc to, bank, w zamian za określony w umowie zysk z tytułu oprocentowania i prowizji, zgadza się również na ponoszenie określonego ryzyka*.

Powyższe stanowisko uzyskuje potwierdzenie w innym wyroku Sądu Najwyższego (orzeczenie z 4 listopada 2011 roku, sygn. akt I CSK 46/11): (…) *odsetki od udzielonego kredytu bankowego są elementem składowym świadczenia głównego stron umowy kredytu, stanowią bowiem, z jednej strony cenę płaconą przez kredytobiorcę za korzystanie z oddanych mu do dyspozycji środków finansowych banku, z drugiej zaś strony — wynagrodzenie pobierane przez bank za udostępnienie kredytobiorcy tych środków.*

Najdobitniej obowiązek poboru odsetek wyraża jednak Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 14 grudnia 2010 (sygn. akt II FSK 1445/09): (…) *przepis art. 69 ust. 1 Prawa bankowego nakłada na kredytobiorcę obowiązek zapłaty odsetek kapitałowych. Odsetki te są świadczeniem ubocznym względem spełnienia obowiązku zwrotu udzielonego kredytu. Zastrzeżenie obowiązku zapłaty odsetek jest więc elementem przedmiotowo koniecznym dla skutecznego zawarcia umowy kredytu. Oznacza to, że wynagrodzenie tego rodzaju bank kredytujący musi pobrać zawsze dla zachowania ważności danej umowy jako umowy kredytu. Nie można więc ubiegać się o udzielenie kredytu, który pozbawiony byłby odsetek. Inaczej jednak rzecz się ma w odniesieniu do prowizji bankowych.*

Powyższe orzeczenia jasno stają na stanowisku, że bank musi w każdym wypadku umowy kredytu pobierać należne wynagrodzenie, a w szczególności odsetki.

Kwestia czy dodatnie odsetki muszą zawsze towarzyszyć umowie kredytu może ukazać się szczególnie jasno w sytuacji, gdy mamy do czynienia z kredytami o zmiennej stopie oprocentowania (uzależnionej, np. od wskaźnika LIBOR, kursu danej waluty). Takimi kredytami są zwłaszcza kredyty waloryzowane do waluty obcej. W niektórych sytuacjach może się okazać, że w danym okresie wystąpi zjawisko ujemnego oprocentowania kredytów, tj. konieczność wypłacania przez banki kredytobiorcom pewnej sumy pieniężnej wynikającej z zastosowanego mechanizmu kalkulacji odsetek.

Wobec powszechnego akceptowania przez sądy zasady, że zmienne oprocentowanie umowy kredytowej jest dopuszczalne (Koźmiński, 2018, s. 185–208). Temat mechanizmu kalkulacji odsetek zamanifestował się szczególnie w wypadku kredytów waloryzowanych do franka szwajcarskiego, które były szeroko udzielane przed kryzysem finansowym roku 2007 (Korpalski, 2018). W związku z licznymi sporami wokół klauzul indeksacyjnych w tychże kredytach klienci zaczęli przedstawiać żądanie, by kwota kredytu została pomniejszana o świadczenia wynikające z ujemnych stóp procentowych w poszczególnych okresach. W oparciu o dominujący w orzecznictwie i doktrynie pogląd, banki sprzeciwiają się takiemu stanowisku. Koronnym argumentem jest przy tym to, że byłoby to sprzeczne z odpłatnym charakterem umowy kredytu (Kondek, Somerski 2015; Rada Prawa Bankowego, 2018).

Tym samym uzasadnione wydaje się stwierdzenie, że dominująca w polskim dyskursie prawnym jest koncepcja, że kredyt jest instytucją odpłatną, która musi przewidywać pobieranie odsetek. Innymi słowy, pobieranie odsetek w polskim porządku prawnym stanowi prawną konieczność i nie jest przedmiotem negocjacji między stronami w wypadku zawierania umowy[4]. Dla porządku i na marginesie należy zauważyć, że obok kredytu, funkcjonuje w polskim systemie prawnym pożyczka, która jest inną formą korzystania z cudzego kapitału. W tym wypadku, odsetki nie stanowią obligatoryjnego elementu czynności prawnej, gdyż pożyczka może być czynnością prawną nieodpłatną (Gudowski, 2018). W obrocie gospodarczym pożyczka ma jednak o wiele mniejsze znaczenie jako instytucja służąca w dużej mierze zaspokajaniu krótkotrwałych potrzeb konsumpcyjnych.

## 5. Podsumowanie — oprocentowanie umowy kredytu z perspektywy ewolucji

Próbując rzucić nowe światło na kwestię oprocentowania umów kredytów w polskim systemie prawnym, można pokusić się o następujące wnioski.

W pierwszym rzędzie, przypatrując się obecnym poglądom na obligatoryjność oprocentowania każdego kredytu bankowego, można pokusić się o wniosek, że zarówno doktryna i orzecznictwa zupełnie abstrahują od argumentu historycznego. Prześledzenie ewolucji zakazu pobierania odsetek mogłoby stanowi dobry punkt wyjścia do zastanowienia się nad istotą funkcji odsetek w naszej tradycji prawnej. Takiego namysłu jednak w zupełności nie ma, co uważam za znaczną szkodę. Perspektywa tego, że pobieranie odsetek było raczej wyjątkiem niż zasadą, powinno skłaniać prawników-komentatorów i praktyków do większej ostrożności w formułowaniu tez o bezapelacyjnie odpłatnym i odsetkowym charakterze umowy kredytu. Oczywiście nie chodzi o to, by jakkolwiek próbować wrócić do starotestamentowego zupełnego zakazu pobierania odsetek, czy chociażby do regulacji dekretu Gracjana. Wskazane byłoby jednak, aby spojrzeć na problem dodatnie-

go/ujemnego oprocentowania kredytów z szerszej perspektywy, która próbowałaby się odnieść do tej kwestii uwzględniając w większym stopniu takie zagadnienia jak utrzymanie odpowiedniej ekwiwalentności w umowie między kredytobiorcą a kredytodawcą czy też nie równorzędność relacji między bankiem a jego klientem. Perspektywa historyczna pokazuje, że to analiza tych płaszczyzn stanowi wentyl bezpieczeństwa na wypadek popadnięcia w nadmierny formalizm. Innymi słowy, analiza kwestii ujemnego/dodatniego oprocentowania powinna koncentrować się na ważeniu wartości a nie ograniczać się do formalnego wskazania *essentialia negotii* umowy kredytu.

Drugi wniosek jest taki, że historia pokazuje, że rozwój podejścia do odsetek polegał na zrozumieniu, że tym co kluczowe w danej umowie, to jej funkcja gospodarcza, a nie jej formalne ustrukturyzowanie. Ustrukturyzowanie było dość ułomnym i sztucznym sposobem na obchodzenie zakazu pobierania odsetek. Prawdziwy progres stanowiło jednak dopiero zrozumienie, że formalistyczny nominalizm kontraktowy prowadzi na manowce. Dopiero spojrzenie na tę kwestię z perspektywy tego, czemu dana instytucja ma służyć, pozwala na takie jej potraktowanie, które uwzględnia odpowiednio interesy stron.

Powyższe wnioski prowadzą do konkluzji, że rola zarówno komentatora, jak i przede wszystkim sędziego w sprawach dotyczących kredytów o zmiennym oprocentowaniu wymaga mniej formalistycznej perspektywy, sprowadzającej się do sprawdzenia *essentialia negotii* umowy kredytu. Perspektywa historyczna pozwala w tym wypadku mocniej stanąć w pozycji prawnika, który próbuje w danej sprawie dokonać wyważenia interesów, a nie mechanicznej i ograniczonej subsumpcji. Jest to zwłaszcza istotne w sytuacji konsumentów mierzących się ze skomplikowaną, a poza tym dodatkowo zdekodyfikowną materią bankową (Rudnicki, 2018, s. 232), w szczególności w tak wrażliwej sytuacji, jak problem kredytów frankowych wykorzystywanych zazwyczaj przez konsumentów. Ważenie interesów Takie podejście byłoby sprawiedliwsze, bo w końcu *iustitia est constans et perpetua ius suum tribuendi*.

---

[1] W artykule używany jest przede wszystkim zwrot „kredyty waloryzowane do waluty obcej" jako wyrażenie obejmujące zarówno kredyty indeksowane jak i denominowane do kursu waluty obcej. Z punktu widzenia tego artykułu nie ma znaczenia rozróżnienie między tymi typami kredytów. Czasami w użyciu pojawia się również zwrot „problem kredytów frankowych" czy „kredyty frankowe" jako pojęcie powszechnie używane w mediach.

[2] Dość powiedzieć, że starający się kompleksowo podejść do zagadnienia próbowała podejść Szariatyczna Izba Odwoławcza Sądu Najwyższego Pakistanu w orzeczeniu z 23 grudnia 1999 r. (sprawa: Riba Jugment), które liczyło ponad 1000 stron tekstu. Fragment uzasadnienia zob. https://www.albalagh.net/Islamic_economics/riba_judgement.shtml

[3] Can 1543. Si res fungibilis ita alicui detur ut eius fiat et postea tantundem in eodem genere restituatur, nihil lucri, ratione ipsius contractus, percipi potest; sed in praestatione rei fungibilis non est per se illicitum de lucro legali pacisci, nisi constet ipsum esse immoderatum, aut etiam de lucro maiore, si iustus ac proportionatus titulus suffragetur. [tłum. własne: Jeśli rzecz zużywalna jest podarowana, ale z zastrzeżeniem, że musi być oddana rzecz tego samego rodzaju, nie może wystąpić zysk z natury samego kontraktu. Przy pożyczce rzeczy zużywalnych samo w sobie nie jest naganne uzyskiwać zgodny z prawem zysk, o ile jest on umiarkowany, a każdy wyższy zysk może mieć miejsce, o ile istnieje do niego odpowiedni tytuł.].

[4] Co warte odnotowania, prowizja będąca właściwym świadczeniem wynagradzającym pracę wykonaną nad kredytem jest możliwa do wyłączenia umownie (Pisuliński, 2011). Umownie nie są jednak wyłączalne odsetki, które stanowią raczej wynagrodzenie za udostępnienie (czy jak określiliby niektórzy „spekulację") kapitału.

## Bibliografia


Baron, A., Pietras, H. (2001). *Dokumenty soborów powszechnych* (325–787) (Tom I). Kraków: WAM.

Baron, A., Pietras, H. (2006). *Dokumenty synodów od 50 do 381 roku* (Tom I). Kraków: WAM.

Decock, W. (2013). In Defense of Commercial Capitalism: Lessius, Partnerships and the Contractus Trinus. W: B. Hofstraeten, Decock (red.), *History of Companies and Company Law in the Early Modern Period*. Bruksela: Royal Flemish Academy Press.

Glaeser, E., Scheinkman, J. (1998). Neither a Borrower nor a Lender Be: An Economic Analysis of Interest Restrictions and Usury Laws. *Journal of Law & Economy*, (41), 1–36.

Gudowski, J. *Kodeks cywilny. Komentarz (Tom V). Zobowiązania. Część szczegółowa*. Publikacja internetowa: https://sip.lex.pl/#/commentary/587729094/526534? keyword=gudowski%20kc%20tom%20v&tocHit=1&cm=SFIRST; (30.11.2018).

Jaczynowska, M. (2008). Historia starożytna. Katowice: Trio. Jabłoński, M., Koźmiński, K. (2018). *Bankowe kredyty waloryzowane do kursu walut obcych w orzecznictwie sądowym*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Kawulski, A. (2013). *Prawo bankowe. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis.

Kondek, J., Somerski, W. (2015). Dopuszczalność ujemnego oprocentowania kredytów w świetle obecnej sytuacji gospodarczej. *Przegląd Prawa Handlowego*, (12), 12–18.

Korpalski, M. (2018). *Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów o ujemnym oprocentowaniu kredytu* (publikacja internetowa). https://sip.lex.pl/#/publication/470056752/korpalski-mariusz-urzad-ochrony-konkurencji-i-konsumentow-o-ujemnym-oprocentowaniu-kredytu?keyword=korpalski&cm=SFIRST; (30.11.2018).

Laskorzyński, P. (2011). *Prawo wobec zjawiska lichwy pieniężnej* (nieopublikowana praca doktorska w Archiwum Prac Dyplomowych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego). Warszawa.

Majka, J. (1958a). Encyklika „Vix pervenit" i jej wpływ na rozwój katolickiej nauki o lichwie. *Roczniki Teologiczne*, *6*(2), 30–58.

Majka, J. (1958b). Ewolucja historyczna pojęć „lichwa"i „procent" a ich wzajemny stosunek. *Roczniki Nauk Społecznych*, II, 59–72.

Majmonides (Rambam), *Miszne Tora, Malveh veLoveh*, http://www.chabadoceandrive.com/library/article_cdo/aid/1159441/jewish/Malveh-veLoveh-Chapter-4.htm; (30.11.2018).

Mazur, L. (2008). *Prawo bankowe. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Molis, J. (2005). Art. 69. W: F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz* (Tom I i II). Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze.

Munro, J. (2003). The medieval origins of the „Financial Revolution": usury, rents, and negotiability. *The International History Review*, *25*(3), 505–562.

Ofiarski, Z. (2013). *Prawo bankowe Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Pikulska-Robaszkiewicz, A. (1999). *Lichwa w państwie i prawie republikańskiego Rzymu*. Łódź: Wydawnictwo Uniwerystetu Łódzkiego.

Pisuliński, J. (2011). Art. 69. W: Panowicz-Lipska (red.), *System Prawa Prywatnego* (Tom 8). Warszawa: C.H. Beck.

Rada Prawa Bankowego (2018). Wyjaśnienie w świetle przeprowadzonych analiz prawnych wątpliwości w sprawie uwzględnienia w oprocentowaniu mieszkaniowych kredytów walutowych (denominowanych lub indeksowanych do waluty obcej) ujemnej stawki indeksu LIBOR, z jednoczesnym zastrzeżeniem, że ustalone w ten sposób oprocentowanie może być niższe niż 0% (publikacja internetowa). Rada Prawa Bankowego: https://sip.lex.pl/#/publication/151259639/rada-prawa-bankowego-przy-zwiazku-bankow-polskich-wyjasnienie-w-swietle-przeprowadzonych-analiz, (30.11.2018).

Richardson, E. (2008). The Shari'ah Prohibition of Interest. *Trinity Collage Law Review*, (11), 78–101.

Reisman, Y. (1995). The Laws of Ribbis: The Laws of Interest and Their Application to Everyday Life and Business. Nowy Jork: Noble Book Press. Rudnicki, J. (2018). Dekodyfikacja prawa cywilnego w Polsce. Bielsko-Biała: Od Nowa. Sikorski, G. (2018). *Prawo bankowe. Komentarz*. https://ttps://sip.legalis.pl, (14.11.2018).

Swartz, N. (2011). Contractus Trinus and Murabaha Offshoots for Usury: A Theoretical and Practical Approach with Regard to Islamic Case Law on Home Loans. *South African Mercatory Law Journal*, (23), 420–431.

Thiear, A. (2016). Money in Medieval Canon Law. W: Fox, Ernst. (red.), *Money in the Western Legal Tradition*. *Middle Ages to Bretton Woods* (136–165). Oxford: Oxford University Press.

Wołodkiewicz, W. (2003). *Czy prawo rzymskie przestało istnieć*. Kraków: Zakamycze.

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.41

# Ochrona sygnalistów przewidziana w projekcie Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony osób zgłaszających przypadki naruszenia prawa Unii oraz projekcie ustawy o jawności życia publicznego oraz projekcie ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych

## Whistleblowers protection provided for the by the proposal of the Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union and the draft of act on transparency of public life as well as draft of act on the liability of collective entities

***mgr Paulina Trzaskowska-Machalska***

E-mail: p.trzaskowska@wp.pl

**Streszczenie**

W artykule opiszę temat ochrony sygnalistów w świetle projektu Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony osób zgłaszających przypadki naruszenia prawa Unii, projektu ustawy o jawności życia publicznego, projektu ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych oraz międzynarodowych rozwiązań. Omówię w nim zagadnienia takie, jak zakres podmiotowy ochrony sygnalistów — jakie podmioty objęte są ochroną, wymóg dobrej wiary sygnalisty, jako warunek uzyskania statusu sygnalisty, zakres przedmiotowy zgłoszeń — zakres spraw jakie mogą zostać zgłoszone przez sygnalistę, zakres ochrony gwarantowanej sygnalistom — zakazane środki odwetowe, procedura zgłaszania nieprawidłowości — kanały jakimi sygnalista może dokonać zgłoszenia oraz poufność — zapewnienie anonimowości sygnaliście. Oprócz rozwiązań zaproponowanych w Dyrektywie i projektach ustaw przedstawię również rozwiązania proponowane przez organizacje międzynarodowe takie jak Transparency International, International Chamber of Comerce (ICC), czy Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) oraz rozwiązania zaproponowane przez Francję oraz Wielką Brytanię. Porównam propozycje rozwiązań zaproponowanymi w ramach Dyrektywy, z rozwiązaniami międzynarodowymi oraz zaproponowanymi w ramach projektów ustaw, a także rozwiązaniami sugerowanymi w ramach projektu obywatelskiego. Przedstawię również propozycję niezbędnych zmian do projektów ustaw.

**Słowa kluczowe:** sygnalizowanie nieprawidłowości, sygnaliści, interes publiczny, prawo do informowania, standardy europejskie.

**Summary**

The subject of my article is protection of whistleblowers under the regulations of proposal of the Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union, draft of act on transparency of public life and draft of act on the liability of collective entities and international regulations. I will describe issues such as the scope of whistleblowers' protection — which entities are protected, the whistleblower's good faith as a condition for obtaining the whistleblower status, the scope of applications — the scope of matters that can be reported by a whistleblower, the scope of protection guaranteed to whistleblowers, — forbidden retaliatory measures, procedure on reporting of improper behaviors — establishing safe channels for reporting and confidentiality — ensuring whistleblowers anonymity. Except solutions provided for by the proposal of the Directive and the above-mentioned acts,

I will also describe solutions proposed by the international organizations such as Transparency International, International Chamber of Comerce (ICC) or the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) as well as propositions of whistleblowers protection and regulations of France and the United Kingdom. I will compare the proposed regulations under the Directive with international standards of protection and drafts of Polish legislation as well as a draft proposed by the citizens under the civic draft law procedure. I will also present the proposal of necessary changes to the drafts of Polish draft laws.

**Key words:** whistle blowing, whistleblowers, public interest, right to inform, European standards.

## 1. Wprowadzenie

W związku z pojawieniem się projektu Ustawy o jawności życia publicznego[1] i późniejszym projekcie ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych[2], zaczęło być głośno o tzw. „sygnalistach". Sygnalista to określenie zaproponowane po raz pierwszy przez Annę Wojciechowską-Nowak, na konferencji dotyczącej whistleblowingu[3], która odbyła się w marcu 2009 roku. Pojęcie „sygnalista" wywodzi się z angielskiego pojęcia „whistleblowingu", dosłownie oznaczającego „osobę dmuchającą w gwizdek". Określeniem whistleblowera określa się więc osobę, która sygnalizuje i zgłasza zaobserwowane w miejscu pracy nieprawidłowości. Whistleblowing pełni niezmiernie istotną rolę w wykrywaniu wielu nieprawidłowości ze względu na obecność sygnalistów wewnątrz organizacji, w której dochodzi do niepożądanych zachowań. Sygnaliści są często jedynymi świadkami nadużyć, bez ich pomocy nie jest możliwe wykrycie i powstrzymanie nielegalnych procederów. Nierzadko jednak sygnaliści rezygnują z możliwości ujawnienia zaobserwowanych nadużyć ze względu na strach przed odwetem pracodawcy. Zgłaszanie zaobserwowanych nieprawidłowości wiąże się bowiem z dużym ryzykiem dla osoby sygnalizującej. Sygnaliści ryzykują swoją posadę a także narażają się na trudności przy awansach, pomówienia, odsuwanie od podwyżek i szkoleń. Strach przed możliwymi konsekwencjami zniechęca ludzi do zgłaszania swoich obaw dlatego tak istotne jest zapewnienie odpowiedniej ochrony.

Niestety jednak sytuacja sygnalistów w Europie nie jest najlepsza. Zgodnie z wydanym przez Komisję Europejską komunikatem[4] jedynie 10 państw członkowskich Unii Europejskiej zapewnia pełną ochronę sygnalistów. Pozostałe kraje (w tym Polska) zapewniają jedynie fragmentaryczną ochronę rozproszoną w przepisach i obejmującą jedynie niektóre sektory. W Polsce sygnalista może powoływać się na przepisy Kodeksu pracy (art. 100 § 2 pkt 4), Kodeksu cywilnego (art. 23 i 24), Kodeksu karnego (art. 212), czy prawa międzynarodowego takie, jak Konwencja Organizacji Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji i Cywilnoprawna konwencja Rady Europy o korupcji.

W związku z tak okrojoną ochroną sygnalistów w Polsce na aprobatę zasługują wszelkie działania zmierzające do poprawy ich sytuacji, dlatego pozytywnie należy ocenić sam fakt podjęcia działań zmierzających do uregulowania tej kwestii w ramach Projektów Ustaw. Jednak należy wziąć pod uwagę istniejące już regulacje i dostosować odpowiednio proponowane zmiany.

W niniejszym artykule postaram się omówić główne założenia Projektów w świetle rozwiązań proponowanych w innych Państwach członkowskich oraz regulacji międzynarodowych w tym w szczególności pakietu inicjatyw przedstawionego w dniu 23 kwietnia 2018 roku przez Komisję Europejską, w tym wniosku dotyczącym dyrektywy w sprawie ochrony osób zgłaszających naruszenia prawa Unii[5] oraz komunikatu[6] ustanawiającego kompleksowe ramy prawne w zakresie ochrony demaskatorów w celu ochrony obywateli (dalej: Dyrektywa).

## 2. Zakres podmiotowy

Sama idea whistleblowingu polega na sygnalizowaniu zaobserwowanych nieprawidłowości w ramach organizacji. Ochroną powinny zostać objęte podmioty zgłaszające, którym grozi odwet w ramach stosunku zależności w danej organizacji. Dlatego zgodnie z zaleceniami Transparency International[7] przepisy dotyczące informowania o nieprawidłowościach powinny mieć możliwie szerokie ujęcie, tj. odnosić się do wszystkich osób, które są zagrożone działaniami odwetowymi. Zgodnie z Dyrektywą osoba sygnalizująca to osoba zgłaszająca lub ujawniająca informacje o naruszeniach prawa UE, które obserwuje w swojej działalności związanej z pracą[8]. Oznacza to, że swoim zakresem obejmuje ochroną zarówno pracowników, jak i osoby zatrudnione na podstawie innych stosunków prawnych takich jak: osoby samozatrudnione, freelancerów, konsultantów, wykonawców, dostawców, wolontariuszy, nieodpłatnych stażystów i kandydatów do pracy. Jest to definicja zbliżona do tej zaproponowanej przez Wielką Brytanie — która zakłada zgłoszenie przez pracownika wszelkich nieprawidłowości zaobserwowanych podczas pracy (chociaż niekoniecznie)[9]. Dla potrzeb ochrony sygnalistów brytyjska definicja pracownika została rozszerzona o pracowników agencyjnych i osoby prywatne zatrudniane przez pośrednika, stażystów, lekarzy prowadzących działalność na własny rachunek, policjantów i pielęgniarki[10].

Organizacja międzynarodowa OECD w swojej definicji odnosi się do ochrony pracowników sektora publicznego i prywatnego, którzy w dobrej wierze i z uzasadnionych powodów przekazali właściwym organom informacje na temat zaobserwowanych nieprawidłowości[11]. Nieco bardziej rozbudowaną definicję proponuje Francja, zgodnie z którą sygnalista to osoba fizyczna, która bezinteresownie zgłasza przestępstwo lub wykroczenie, rażące i ewidentne nieprzestrzeganie ratyfikowanych traktatów innych obowiązujących aktów przyjętych przez organizację międzynarodową, naruszenie ustawy lub rozporządzenia lub poważne zagrożenie lub szkodę dla interesu publicznego, którego był świadkiem[12].

Polska propozycja podąża za międzynarodowymi standardami definiując w dość szeroki sposób kategorie osób mogących otrzymać status sygnalisty. Zgodnie z projektem ustawy o jawności życia publicznego, status sygnalisty może otrzymać pracownik, funkcjonariusz, żołnierz lub osoba zatrudniona na innej podstawie niż umowa o pracę, o ile informacje dotyczą jego pracodawcy, jego przełożonego lub innego pracownika zatrudnionego u tego samego pracodawcy lub innego funkcjonariusza, lub osoba fizyczna wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadząca działalność w ramach wykonywania takiego zawodu związanym stosunkiem umownym z podmiotem, lub przedsiębiorca związany stosunkiem prawnym[13]. Podobnie szeroki zakres ochrony proponuje projekt ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, obejmując podmioty takie jak pracownika, członka organu, osobę działającą w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego na podstawie czynności prawnej lub umowy[14]. Proponowana definicja wydaje się dość kompleksowa i szeroka na tle regulacji proponowanych przez inne organizacje. Jednakże, w mojej ocenie najbardziej trafną definicją sygnalisty, jest ta zaproponowana w ramach projektu obywatelskiego przygotowanego przez Fundację im. Stefana Batorego, Helsińską Fundację Praw Człowieka, Forum Związków Zawodowych i Instytut Spraw Publicznych[15]. Zgodnie z tą definicją sygnalistą jest osoba, która w związku z pełnionymi obowiązkami, świadczoną pracą lub wykonywaną umową dokonała zgłoszenia nieprawidłowości lub udzieliła pomocy w dokonaniu zgłoszenia nieprawidłowości przez inną osobę. Sygnalistą może być każda osoba fizyczna, niezależnie od podstawy zatrudnienia lub charakteru stosunku prawnego łączącego ją z pracodawcą, którego dotyczą zgłaszane nieprawidłowości, także po ustaniu tego stosunku.[16]

Określenie jak najszerszego zakresu podmiotowego jest niezmiernie istotne dla prawidłowego funkcjonowania systemu whistleblwoingu. Ochroną powinny być objęte wszystkie osoby, niezależnie od podstawy zatrudnienia. Podstawa zatrudnienia nie ma bowiem wpływu na zagrożenie na jakie jest narażony potencjalnie sygnalista.

## 3. Wymóg dobrej wiary

Zgodnie ze standardami międzynarodowymi prawo do ochrony przysługuje osobom dokonującym zgłoszenia w dobrej wierze, przy czym takie ujawnienie ograniczone jest do szczerego przekonania, że informacje w momencie ich ujawnienia są prawdziwe[17]. Pojęciem dobrej wiary posługuje się między innymi OECD, która zakłada dobrą wiarę oraz racjonalne podstawy zgłoszenia[18]. Regulacje brytyjskie również posługują się pojęciem dobrej wiary[19] jednak nie jest ona wymagana w każdym przypadku. Aby zostać objętym ochroną osoba zgłaszająca powinna mieć uzasadnione przekonanie, że przekazywane przez nią informacje są ujawniane w interesie publicznym i jest prawdopodobne, że doszło do popełnienia przestępstwa, naruszenie praw lub obowiązków, zagrożenie dla zdrowia, lub bezpieczeństwa jakiejkolwiek osoby, szkody w środowisku[20]. Sygnalista powinien więc mieć uzasadnione podstawy, by sądzić, że informacje przez niego przekazane są prawdziwe w chwili zgłaszania, a naruszenie powinno zagrażać interesowi publicznemu. Jednak jeżeli ujawniane informacje są przekazywane pracodawcy, upoważnionej osobie lub odpowiednim organom państwowym sygnalista powinien być również w dobrej wierze[21]. Takie ujęcie zmierza ochrony jedynie osób zgłaszających naruszenia w dobrej wierze, nie zaś osobom, które chcą zaszkodzić pracodawcy czy współpracownikom zgłaszając nieprawdziwe informacje.

Francuska regulacja idzie o krok dalej, dodając do wymogu dobrej wiary, wymóg bezinteresownego działania[22]. Definicja ta odnosi się więc nie tylko do prawdziwości ujawnionych faktów, lecz również do pobudek sygnalisty. Oznacza, to że sygnalista nie może kierować się osobistymi pobudkami i oczekiwaniem osobistej korzyści. Określenie takich wymogów jest za daleko idące. Naraża ono sygnalistów na kwestionowanie przyznanej im ochrony i zarzucanie braku bezinteresowności. Tak skonstruowane wymogi mogą rodzić wiele wątpliwości i dają argumenty podmiotom oskarżonym przez sygnalistów do kwestionowania objęcia ich ochroną. Zawsze bowiem można znaleźć argument świadczący o tym, że sygnalista mógł mieć interes w zgłoszeniu. Taki stan rzeczy nie daje sygnalistom wystarczającej gwarancji objęcia ochroną a co za tym idzie nie spełnia swojej roli.

Zgodnie z Dyrektywą osoba zgłaszająca musi mieć uzasadnione podstawy, by przypuszczać, że zgłoszone informacje są prawdziwe w chwili dokonywania zgłoszenia, aby zostać objęte ochroną[23]. Oprócz braku ochrony, osoba zgłaszająca nieprawdziwe informacje powinna podlegać karze. Państwa członkowskie powinny ustanowić skuteczne, proporcjonalne i odstraszające kary wobec osób dokonujących zgłoszenia w złej wierze[24].

Polski ustawodawca odbiegł od standardów międzynarodowych, regulując wymogi w zupełnie inny sposób. Zgodnie z projektem ustawy o jawności życia publicznego, ochroną zostaną objęte jedynie osoby zgłaszające wiarygodne informacje o podejrzeniu popełnienia wymienionych enumeratywnie przestępstw o charakterze korupcyjnym. Została tu więc zastosowana przesłanka obiektywna — chodzi o obiektywnie wiarygodne informacje a nie subiektywne przeświadczenie zgłaszającego. Wymagania takie stwarzają jeszcze większe poczucie niepewności niż rozwiązanie francuskie. Sygnalista nie jest w stanie przewidzieć czy jego zgłoszenie zostanie uznane za wiarygodne, a tym samym czy zostanie objęte ochroną. Jak w swoich uwagach do projektu ustawy o jawności żucia publicznego zaznacza Fundacja im. Stefana Batorego, Helsińska Fundacja Praw Człowieka oraz Instytutu Spraw Publicznych[25], nie jest nigdzie określone jakie informacje uznane są za wiarygodne. Oznacza to, że podmiot zgłaszający nieprawidłowości, nawet po spełnieniu ustawowych wymagań może nie otrzymać statusu sygnalisty. Dodatkowo, sygnalista może zostać pozbawiony ochrony, jeżeli zgłoszone przez niego informacje nie umożliwiły wszczęcia postępowania przygotowawczego[26]. Sytuacja taka budzi poważne wątpliwości ponieważ odmawia się wszczęcia postępowania między innymi, gdy społeczna szkodliwość czynu

jest znikoma, oskarżony zmarł czy toczy się już postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby[27]. Wszystkie te przesłanki spowodują niewszczęcie postępowania przygotowawczego a jednocześnie nie oznaczają, że do nadużyć nie doszło a ochrona sygnaliście nie jest potrzebna. W takich sytuacjach trudno uznać pozbawienie statusu sygnalisty za uzasadnione. Postawienie wymogu przekazania wiarygodnych informacji do objęcia ochroną sygnalistów może zrodzić w potencjalnych zgłaszających obawy co do objęcia ich zgłoszenia ochroną, a tym samym wpłynąć na zmniejszenie liczby zgłoszeń.

Natomiast projekt ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, nie porusza w ogóle zagadnienia dobrej wiary.

Nie ulega wątpliwości, iż postawienie wymogu dobrej wiary działania sygnalisty jest słuszne. Istotne jest bowiem, aby sygnalista działał dla dobra interesu publicznego, a nie przez pryzmat własnego interesu czy chęci zemsty. Istnienie dobrej wiary jest szczególnie istotne w sytuacji w której zarzuty stawiane przez sygnalistę się nie potwierdzą. O ile bowiem w sytuacji, jeśli zgłaszane przez sygnalistę zarzuty się potwierdzą, nawet jeśli sygnalista działał ze względu na osobiste pobudki fakt naruszenia przepisów jest obiektywny o tyle trudno wymagać objęcia ochroną sygnalisty, który działał, np. z chęci zemsty i zarzucił nieprawdziwe zarzuty. Dlatego istotne jest zawarcie w definicji sygnalisty informacji na temat jego działania w dobrej wierze. Pozwoli to bowiem objąć ochroną podmioty, których zarzuty się nie potwierdziły. Dlatego należałoby zmienić wymóg przekazania wiarygodnych informacji na dokonanie zgłoszenia w dobrej wierze.

## 4. Zakres przedmiotowy

Zgodnie z zasadami informowania o nieprawidłowościach Transparency International[28] zakresem stosowania powinna być objęta szeroka tematyka, tj. informacji o działaniu bezprawnym, w tym między innymi o przestępstwach, naruszeniach obowiązków prawnych, pomyłkach sądowych, zagrożeniach dla zdrowia, bezpieczeństwa i środowiska. Podobny, choć szerszy zakres zastosowania, przewiduje Rezolucja Parlamentu Europejskiego[29], zgodnie z którą ochroną powinni być objęci sygnaliści, którzy ujawniają informację w interesie publicznym. Za informacje dotyczące szkodzenia interesowi publicznemu, oprócz dziedzin przewidzianych również przez Transparency International ochrona została rozszerzona o nadużywanie władzy, sytuacje konfliktu interesów, nielegalne wykorzystanie środków publicznych, nadużywanie uprawnień, nielegalne przepływy finansowe, zagrożenia bezpieczeństwa narodowego i bezpieczeństwa globalnego, ochrony prywatności i danych osobowych, uchylanie się od opodatkowania, prawa konsumentów, naruszenia praw pracowniczych i innych praw socjalnych oraz naruszenia praw człowieka i praw podstawowych oraz zasady praworządności.

Dyrektywa swoim zasięgiem obejmuje dziedziny takie jak zamówienia publiczne, usługi finansowe, pranie brudnych pieniędzy i finansowanie terroryzmu, bezpieczeństwo produktu, bezpieczeństwo transportu, ochronę środowiska, bezpieczeństwo jądrowe, bezpieczeństwo żywności i pasz, zdrowie i dobrostan zwierząt, zdrowie publiczne, ochrona konsumenta, ochrona danych i bezpieczeństwo systemów sieciowych i informacyjnych, unijne prawo konkurencji, podatki oraz szkody dla interesów finansowych UE. Jak zaznacza w swoich uwagach do Dyrektywy Europejska Federacja Związków Zawodowych (ETUC)[30], Dyrektywa zakresem przedmiotowym nie obejmuje praw pracowniczych zawartych w art. 153 TFUE. Uważam, że tak ograniczony zakres ochrony jest rażącym niedopatrzeniem i należy uwzględnić to przy dalszych pracach nad Dyrektywą. Tematy takie jak ochrona zatrudnienia, zasady higieny i bezpieczeństwa w pracy, równość i prawa człowieka są bardzo istotnymi obszarami działalności sygnalistów i nie powinny być pomijane przy zapewnianiu im ochrony. Jak zaznacza ETUC taki zakres przedmiotowy Dyrektywy jest tym bardziej kontrowersyjny, jeśli weźmie się pod uwagę fakt, iż Dyrektywa w sytuacjach dotyczących takich samych tematów zapewnia ochronę w sytuacjach dotyczących zdrowia i dobrostanu zwierząt. Co istotne, zakres przedmiotowy Dyrektywy jest zamkniętym katalogiem, oznacza to, że Państwa członkowskie nie mogą same rozszerzyć zagadnień objętych ochroną[31].

W projekcie ustawy o jawności życia publicznego ochrona została natomiast zawężona do enumeratywnie wyliczonych przestępstw o charakterze korupcyjnym, finansowym czy księgowym. Zakres zaproponowanej ochrony nie obejmuje więc pewnego minimum wyznaczonego w międzynarodowych standardach co do ochrony zgłoszenia wszelkich działań szkodzących interesowi publicznemu. Ograniczenie ochrony tylko do określonych przestępstw jest znaczącym ograniczeniem ochrony sygnalistów, obejmuje bowiem tylko wąski wycinek spraw, które potencjalnie mogą stać się przedmiotem zgłoszenia.

Zakres przedmiotowy spraw określony w projekcie ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych jest z kolei zbyt szeroki. Zgodnie z projektem aby sygnalista został objęty ochroną wystarczy zgłoszenie niezachowania należytej staranności czy zgłoszenie nieprawidłowości[32]. Dodając do tego brak wymogu posiadania dobrej wiary, takie rozwiązanie może powodować liczne nadużycia. Sygnalista zostanie bowiem objęty ochroną niezależnie od prawdziwości zdarzeń, a nawet jego wiary w ich prawdziwość oraz przy zgłoszeniu niemal wszystkich zdarzeń, niekoniecznie nawet prowadzących do naruszenia interesu publicznego. Co więcej, sformułowanie „należytej staranności" czy „nieprawidłowości" jest pojęciem bardzo szerokim i niedookreślonym, pozwalającym na wieloraką interpretację i nadużycia.

Wskazana byłaby zmiana zakresu ochrony zaproponowanego w projektach na taki jak został zaproponowany w Projekcie Obywatelskim zgodnie, z którym nieprawidłowościami są wszelkie działania zagrażające interesowi publicznemu, wszelkie naruszenia przepisów prawa powszechnie obowiązującego, obowiązujących u pracodawcy regulacji wewnętrznych lub standardów etycznych. Tak określony zakres przedmiotowy gwarantowałby ochronę w znacznie większej ilości przypadków zgłoszeń.

## 5. Zakres ochrony

Zgodnie z zaleceniami Transparency International ochrona przed działaniami odwetowymi obejmuje ochronę przed negatywnymim skutkami ujawnienia informacji, która obejmuje wszelkie rodzaje szkód, w tym zwolnienie z pracy, sankcje w pracy, kare przeniesienie, nękanie, utratę statusu i korzyści itp.[33]. Podobne ujęcie ochrony zaproponowano w Dyrektywie, która stanowi, że ochrona sygnalisty ma obejmować zabezpieczenie przed wszelkimi formami działań odwetowych takich jak degradacja lub wstrzymanie awansu, obniżenie wynagrodzenia, zmiany godzin pracy, wstrzymania szkoleń, nałożenia lub zastosowania jakiejkolwiek kary dyscyplinarnej, przymusu, zastraszania, mobbingu lub wykluczenia w miejscu pracy, dyskryminacji, niekorzystnego lub niesprawiedliwego traktowania[34]. ICC natomiast rekomenduje, aby wszyscy pracownicy byli w stanie zgłaszać poważne zdarzenia, bez obawy przed działaniami odwetowymi, dyskryminacyjnymi lub dyscyplinarnymi. W związku z tym zatrudnienie, wynagrodzenia oraz rozwój kariery sygnalisty powinny być chronione przez przedsiębiorstwo przez odpowiedni okres[35]. Francuska ustawa o przeciwdziałaniu korupcji, przewiduje szeroki zakres ochrony zatrudnienia sygnalistów, w tym zakaz zwolnienia, wykluczenia z rekrutacji, dyskryminacji przy przyznawaniu wynagrodzenia, typowaniu do stażów lub szkoleń zawodowych oraz nakładania kar, rozwiązywania umowy czy dyskryminacji[36]. Z kolei system brytyjski przewiduje bardziej ogólny zakres ochrony dla sygnalistów. Brak jest tam odrębnych uregulowań dotyczących objęcia ochroną sygnalisty. Sygnalista, który czuje się dyskryminowany może jedynie skierować sprawę do sądu[37].

Polski projekt ustawy o jawności życia publicznego przewiduje dwa obszary ochrony sygnalistów. Po pierwsze zwrot kosztów zastępstwa procesowego w związku z poniesieniem przez sygnalistę negatywnych skutków dokonanego zgłoszenia[38]. Po drugie, zakaz rozwiązania umowy przez pracodawcę, zmiany jej warunków na mniej korzystne oraz zwrot kosztów zastępstwa procesowego w związku z poniesionymi negatywnymi skutkami dokonanego zgłoszenia[39].

Jeśli chodzi o ochronę przed możliwymi represjami zaproponowany zakres ochrony chroni przed najbardziej popularnymi środkami odwetowymi, nie uwzględnia jednak wszystkich możliwych represji, które mogą spotkać sygnalistę. Ochroną nie zostały objęte zachowania takie jak wstrzymania szkoleń, nałożenie lub zastosowanie jakiejkolwiek kar dyscyplinarnych, przymus, zastraszanie, mobbing lub wykluczenie w miejscu pracy, dyskryminacja, niekorzystne lub niesprawiedliwe traktowanie. Projekt ustawy o odpowiedzialności pomiotów zbiorowych natomiast daje pewne pole do nadużyć. Sygnalista może żądać przywrócenia do pracy, zapłaty odszkodowania lub świadczenia pieniężnego-[40]. Brak natomiast odpowiednich regulacji określających zasady przyznania świadczenia pieniężnego w zależności od poniesionej przez sygnalistę szkody czy krzywdy oraz prawdziwości zgłoszenia. Rodzi to ryzyko nadużyć i powodować ryzyko składania fałszywych zgłoszeń jedynie w celu objęcia ochroną lub otrzymania zapłaty kwoty pieniężnej.

W mojej ocenie, aby zapewnić sygnalistą pełną ochronę należałoby stworzyć otwarty katalog środków odwetowych. Najlepszym rozwiązaniem byłoby więc skorzystanie z rozwiązania zaproponowanego w Dyrektywie i wprowadzenie zakazu wszelkich form odwetu oraz dodanie otwartego katalogu przykładowych zabronionych represji.

## 6. Procedura zgłaszania nieprawidłowości

Ze względu na wachlarz sytuacji, z którymi możemy mieć do czynienia w ramach sygnalizowania nieprawidłowości, nie sposób jest przewidzieć jednej właściwej drogi informowania przez sygnalistów o zaobserwowanych naruszeniach. Rekomendacje Komitetu Ministrów Rady Europy[41], Raport Specjalny Sprawozdawcy ONZ[42] przewiduje trzy sposoby na informowanie o nieprawidłowościach. Po pierwsze wyróżnia się zgłoszenie w ramach organizacji, w której zatrudniony jest sygnalista i ma miejsce dostrzeżona przez niego nieprawidłowość. Po drugie, możliwe jest zgłoszenie do organów publicznych. Ostatnią możliwością jest ujawnienie informacji opinii publicznej poprzez, np. media społecznościowe, telewizję czy gazety. Rekomendowane jest jednak korzystanie z dwóch pierwszych sposobów informowania, tj. zgłoszeń wewnętrznych i do organów publicznych. Przekazanie zgłoszenia do informacji publicznej ma być wykorzystywane jedynie wyjątkowo, tylko w przypadku, gdy przekazanie informacji w ramach systemu wewnętrznego lub do właściwego organy publicznego byłoby w rzeczywistości nieskuteczne.

Takie też rozwiązanie zaproponowano w Dyrektywie[43], jak i we Francji[44]. Zgodnie z Dyrektywą państwa członkowskie są zobowiązane zapewnić możliwość zgłaszania nadużyć w ramach swoich organizacji, władzom publicznym oraz mediom[45].

Nieco inne rozwiązanie (w mojej ocenie mniej trafne) zaproponowane zostało przez Wielką Brytanię, która w pierwszej kolejności rekomenduje zgłoszenie nieprawidłowości w ramach organizacji, jeżeli jednak sygnalista z jakiś powodów nie chce zgłaszać informacji w ramach organizacji możliwe jest dokonanie zgłoszenia do wyznaczonych podmiotów. Lista takich podmiotów znajduje się na stronie ministerstwa[46]. Co istotne, pracownik musi przekazać informacje do podmiotu, który zajmuje się kwestiami jakich dotyczy zgłoszenie. To na pracowniku spoczywa obwiązek ustalenia właściwej osoby jakiej powinien zgłosić naruszenie[47]. Jest to moim zdaniem zbyt daleko idące obciążanie sygnalistów ponieważ ustalenie właściwej osoby, może być często skomplikowane ze względu z złożoność danego zagadnienia.

W polskim projekcie ustawy o jawności życia publicznego przewidziano natomiast jeszcze inny mechanizm. Zgodnie z projektem jedyną możliwością uzyskania statusu sygnalisty oraz ochrony z tym związanej jest zgłoszenie możliwości popełnienia przestępstwa do organów ścigania, a sam status sygnalisty nadawany jest przez prokuratora[48]. Statusu sygnalisty nie może otrzymać więc osoba, która ujawnia problem w ramach organizacji, poprzez media czy organizacje pozarządowe. Rozwiązanie takie odbiega od standardów międzynarodowych.

W mojej ocenie, tak ograniczona możliwość zgłaszania nieprawidłowości może znacząco wpłynąć na ilość zgłaszanych informacji. Obowiązek zgłoszenia swoich wątpliwości bezpo-

średnio prokuratorowi może skutecznie odstraszyć potencjalnych sygnalistów. Należy pamiętać, że każda sytuacja jest inna i wymaga innej reakcji, która będzie dostosowana do rodzaju zgłoszenia. Dodatkowo, Projekt Ustawy nie przewiduje możliwości zakwestionowania decyzji prokuratora o objęciu ochroną lub nieprzyznaniu ochrony. Sygnalista nie ma więc gwarancji, że przekazane przez niego informacje będą wystarczające do wszczęcia postępowania, a co za tym idzie czy zostanie w ogóle objęty ochroną. Brak kontroli sądowej jest kolejnym uregulowaniem sprzecznym z rekomendacjami międzynarodowymi — Komitet Ministrów Rady Europy podkreśla, że ostatecznym gwarantem ochrony sygnalisty powinien być sąd[49].

Projekt ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych również nie spełnia standardów międzynarodowych. Zgodnie z tym projektem sygnalista powinien przekazać informacje do organu podmiotu zbiorowego lub osoby sprawujące nadzór wewnętrzny[50]. Projekt nie przewiduje więc innych kanałów informowania niż tylko te wewnątrz organizacji. Ponadto, pojęcie organu podmiotu zbiorowego lub osób sprawujących nadzór wewnętrzny jest niedookreślone i może budzić wątpliwości do kogo konkretnie sygnalista powinien się zgłosić.

Sugerowane jest więc uregulowanie kwestii kanałów informowania zgodnie z wytycznymi zawartymi w Dyrektywie.

## 7. Poufność

Ostatnim, choć według mnie istotnym ograniczeniem ochrony sygnalistów, jest anonimowość zgłoszenia. Zgodnie z Rekomendacją Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie ochrony sygnalistów tożsamość sygnalisty powinna być znana tylko podmiotowi przyjmującemu zgłoszenie, a jej ujawnienie może nastąpić wyłącznie za zgodą zgłaszającego[51]. Zgodnie z Raportem Specjalnego sprawozdawcy ONZ ds. promocji oraz ochrony prawa do wolności wyrażania opinii oraz wolności wypowiedzi dotyczący ochrony dziennikarskich źródeł informacji i praw sygnalistów[52] zaleca się, by bezprawne ujawnienie danych sygnalisty było kwalifikowane jako forma działania odwetowego. Również francuskie regulacje zapewniają ścisłą poufność tożsamości osoby zgłaszającej[53].

Projekt ustawy o jawności życia publicznego[54] odbiega od tych międzynarodowych standardów. Zgodnie z projektem, prokurator ma obowiązek poinformować pracodawcę o przyznaniu statusu sygnalisty osobie, która jest u niego zatrudniona, zdradzając tym samym tożsamość sygnalisty. Sytuacja taka jest bardzo ryzykowna dla sygnalistów, któremu ochrona w każdej chwili może zostać uchylona, np. w sytuacji nie wszczęcia postępowania. Naraża to sygnalistę, którego dane zostaną ujawnione, na zemstę pracodawcy. Tak duża niepewność sygnalisty co do jego sytuacji, nie zachęca sygnalistów do zgłaszania zaobserwowanych nieprawidłowości. Jest bowiem pewne, że tożsamość zgłaszającego zostanie ujawniona, nie ma jednak pewności czy zostanie on objęty ochroną. Natomiast projekt ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych w ogóle nie reguluje kwestii poufności zgłoszeń.

Należałoby zmienić proponowane rozwiązanie tak, aby zagwarantować poufność danych sygnalistów.

## 8. Wnioski

Podsumowując, nie ulega wątpliwości, że istnieje potrzeba stworzenia regulacji dotyczącej ochrony sygnalistów, pozytywnie oceniam więc pomysł stworzenia ustawy. Aktualnie przepisy regulujące to zagadnienie są rozproszone i mają charakter fragmentaryczny, nie zapewniający wystarczającej ochrony. Aktualne projekt ustaw istnieją niejako równolegle obok siebie, jednak z analizy prac nad projektami można wywnioskować, że prace nad projektem ustawy o jawności życia publicznego zwolniły tempa. Z punktu widzenia ochrony sygnalistów ma to o tyle znaczenie, że projekt ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych reguluję kwestię ochrony sygnalistów nieco pełniej i w sposób bardziej zbliżony do międzynarodowych standardów. Jednak oba projekty w obecnym kształcie odbiegają od wymogów określonych w Dyrektywie i posiadają pewne luki, które uniemożliwiają zapewnienie pełnej ochrony. Niezbędne jest wprowadzenie odpowiednich zmian do projektów, lub co jest rozwiązaniem preferowanym, stworzenie odrębnej ustawy regulującej tematykę ochrony sygnalistów.

---

[1] Ustawa o jawności życia publicznego, 2018.

[2] Ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, 2018.

[3] Wojciechowska-Nowak, wystąpienie na konferencji pt.: Whistleblowing — ochrona prawna osób informujących o nieprawidłowościach w miejscu pracy: skuteczność polskiego prawa pracy na tle regulacji anglosaskich oraz prac Grupy Państw Przeciwko Korupcji, 2009 Whistleblowing — ochrona prawna osób informujących o nieprawidłowościach w miejscu pracy: skuteczność polskiego prawa pracy na tle regulacji anglosaskich oraz prac Grupy Państw Przeciwko Korupcji (GRECO); (15.01.2019).

[4] Komisja Europejska, komunikat: Ochrona osób sygnalizujących naruszenia — Komisja określa nowe ogólnounijne zasady, 2018 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3441_pl.htm; (15.01.2019)

[5] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego, 2018.

[6] Komisja Europejska, komunikat: Ochrona osób sygnalizujących naruszenia — Komisja określa nowe ogólnounijne zasady, 2018 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3441_pl.htm (15.01.2019).

[7] Transparency International, Zalecane zasady robocze dla przepisów dotyczą cych informowania o nieprawidłowościach w miejscu pracy, 2009 http://www.sygnalista.pl/wp-content/uploads/2015/01/TI_rekomendacje-dobrej-legislacji.pdf; (15.01.2019).

[8] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego, 2018, art. 2 pkt 1.

[9] Department for Business, Energy and Industrial Strategy, Whistleblowing prescribed persons guidance, 2017, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/604935/whistleblowing-prescribed-persons-guidance.pdf; (15.01.2019).

[10] Public Interest Disclosure Act, 1998, art. 43K.

[11] OECD, Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, Recommendation for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, Recommendation, 2011, Section II. 9.

[12] SAPIN II ACT, 2016, art. 6.

[13] Ustawa o jawności życia publicznego, 2018, art. 61 ust 4.

[14] Ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, 2018, art. 12.
[15] Projekt ustawy Fundacji Stefana Batorego.
[16] Projekt ustawy Fundacji Stefana Batorego, art. 2.
[17] Transparency International, Zalecane zasady robocze dla przepisów dotyczących informowania o nieprawidłowościach w miejscu pracy, 2009 http://www.sygnalista.pl/wp-content/uploads/2015/01/TI_rekomendacje-dobrej-legislacji.pdf; (15.01.2019).
[18] OECD, Committing to Effective Whistleblower Protection, 2016, http://www.oecd.org/corporate/committing-to-effective-whistleblower-protection-9789264252639-en.htm; (15.01.2019), rozdział 1 str. 18.
[19] Public Interest Disclosure Act, 1998, art. 43 H.
[20] Public Interest Disclosure Act, 1998, art. 43B.
[21] Public Interest Disclosure Act, 1998, art. 43C–43G.
[22] SAPIN II ACT, 2016, art. 6.
[23] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego, 2018, art. 13.
[24] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego, 2018, art. 17 ust. 2.
[25] Uwagi Fundacji im. Stefana Batorego do ustawy o jawności życia publicznego, 2018.
[26] Ustawa o jawności życia publicznego, 2018, art. 65 ust. 5.
[27] Kodeks postępowania karnego, 2997, art. 17 § 1 ust. 7.
[28] Transparency International, Zalecane zasady robocze dla przepisów dotyczących informowania o nieprawidłowościach w miejscu pracy, 2009 http://www.sygnalista.pl/wp-content/uploads/2015/01/TI_rekomendacje-dobrej-legislacji.pdf; (15.01.2019).
[29] Rezolucja Parlamentu Europejskiego, 2017.
[30] ETUC, Position on the EU Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law — Whistleblowing, 2018
[31] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego, 2018, art. 1.
[32] Ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, 2018, art. 12
[33] Transparency International, Zalecane zasady robocze dla przepisów dotyczących informowania o nieprawidłowościach w miejscu pracy, 2009 http://www.sygnalista.pl/wp-content/uploads/2015/01/TI_rekomendacje-dobrej-legislacji.pdf; (15.01.2019).
[34] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego, 2018, art. 14.
[35] ICC, ICC Guidelines on Whistleblowing, 2008 https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2008/06/ICC-Whistleblowing-Guidelines.pdf; (15.01.2019).
[36] SAPIN II ACT, 2016, art. 10.
[37] Public Interest Disclosure Act, 1998, art. 103A.
[38] Ustawa o jawności życia publicznego, 2018, art. 66.
[39] Ustawa o jawności życia publicznego, 2018, art. 66 i 67.
[40] Ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, 2018, art. 14.
[41] Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy, 2014, pkt 67.
[42] Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy, 2014, pkt 14.
[43] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego, 2018, art 6 i art 4.
[44] SAPIN II ACT, 2016, art. 8.
[45] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego, 2018, art. 4.
[46] Public Interest Disclosure Act, 1998, art. 43c–43F.
[47] Public Interest Disclosure Act, 1998, art. 43F.
[48] Ustawa o jawności życia publicznego, 2018, art. 65 ust. 1.
[49] Rekomendacja Komitetu MInistrów Rady Europy, 2014, pkt 39.
[50] Ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, 2018, art. 12.
[51] Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy, 2014, pkt 18, pkt 69.
[52] Raport Specjalnego Sprawozdawcy ONZ, 2015, pkt 39.
[53] SAPIN II ACT, 2016, art. 9.
[54] Ustawa o jawności życia publicznego, 2018, art. 65 ust 7.

## Bibliografia


Department for Business, Energy and Industrial Strategy, Whistleblowing prescribed persons guidance, 2017, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/604935/whistleblowing-prescribed-persons-guidance.pdf; (15.01.2019).

ETUC, Position on the EU Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law — Whistleblowing, 2018 https://www.etuc.org/sites/default/files/document/file/2018-08/ETUC%20position%20on%20the%20EU%20Commission%20Proposal%20for%20a%20Directive%20of%20the%20European%20Parliament%20and%20of%20the%20Council%20%281%29.pdf; (15.01.2019).

ICC, ICC Guidelines on Whistleblowing, 2008 https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2008/06/ICC-Whistleblowing-Guidelines.pdf; (15.01.2019).

Komisja Europejska, komunikat: Ochrona osób sygnalizujących naruszenia — Komisja określa nowe ogólnounijne zasady, 2018 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3441_pl.htm; (15.01.2019).

OECD, Committing to Effective Whistleblower Protection, 2016, http://www.oecd.org/corporate/committing-to-effective-whistleblower-protection-9789264252639-en.htm; (15.01.2019).

OECD, Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, Recommendation for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, Recommendation, 2011 http://www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/oecdantibriberyrecommendation2009.htm; (15.01.2019).

Public Interest Disclosure Act 1998, C. 23 Transparency International, Zalecane zasady robocze dla przepisów dotyczących informowania o nieprawidłowościach w miejscu pracy, 2009 http://www.sygnalista.pl/wp-content/uploads/2015/01/TI_rekomendacje-dobrej-legislacji.pdf; (15.01.2019).

Projekt ustawy przygotowany przez Fundację im. Stefana Batorego, Helsińską Fundację Praw Człowieka, Forum Związków Zawodowych i Instytut Spraw Publicznych http://www.sygnalista.pl/projekt-ustawy/1076/; (15.01.2019).

Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie ochrony sygnalistów CM/Rec (2014) z 30 kwietnia 2014.

Raport Specjalnego Sprawozdawcy ONZ ds. promocji oraz ochrony prawa do wolności wyrażania opinii oraz wolności wypowiedzi dotyczący ochrony dziennikarskich źródeł informacji i praw sygnalistów (sygn. dokumentu A/70/361).

Rezolucja Parlamentu. Europejskiego z dnia 24 października 2017 r. W sprawie uzasadnionych środków ochrony sygnalistów działających w interesie publicznym podczas ujawniania poufnych informacji posiadanych przez przedsiębiorstwa i organy publiczne (2016/2224 — INI).

Wojciechowska-Nowak, wystąpienie na konferencji pt. Whistleblowing — ochrona prawna osób informujących o nieprawidłowościach w miejscu pracy: skuteczność polskiego prawa pracy na tle regulacji anglosaskich oraz prac Grupy Państw Przeciwko Korupcji, 2009, Whistleblowing — ochrona prawna osób informujących o nieprawidłowościach w miejscu pracy: skuteczność polskiego prawa pracy na tle regulacji anglosaskich oraz prac Grupy Państw Przeciwko Korupcji (GRECO); (15.01.2019).

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.42

# Wydział Prawa Uniwersytetu Warszawskiego wobec procesu tworzenia się prawa międzynarodowego. Wkład polskich prawników w naukę o pokoju i bezpieczeństwie

## Faculty of Law University of Warsaw in shaping international law. Contribution of polish lawyers in the study of peace and security

***Katarzyna Trzpis-Szysz***

E-mail: katarzynatrzpis@wp.pl

**Streszczenie**

W poniższej pracy autorka przedstawia sylwetki uczonych, powiązanych z Wydziałem Prawa Uniwersytetu Warszawskiego, którzy w swoich badaniach naukowych skupiali się na prawnomiędzynarodowych aspektach wojny i pokoju, zapisując się tym samym na kartach historii. Artykuł przedstawia ich najważniejsze osiągnięcia w tej dziedzinie, zarówno w aspekcie teoretycznym, jak i praktyki prawniczej, którą realizowali w największych międzynarodowych sądach i trybunałach. Zaprezentowane sylwetki, w tym Manfreda Lachsa, czy Rafała Lemkina, są odpowiedzią na pytanie o wkład polskich prawników w kształtowanie się procesu tworzenia prawa międzynarodowego, w tym najważniejszych jego zagadnień takich jak: legalność konfliktu zbrojnego, ochrona jednostki w czasie jego trwania, a także odpowiedzialności za czyny zabronione prawem międzynarodowym.

**Słowa kluczowe:** prawo międzynarodowe, wojna, pokój.

**Summary**

In the following work, the author presents the profiles of scholars connected with Faculty of Law University of Warsaw, who in their research focused on the international law aspects of war and peace, thus enrolling in the pages of history. The article presents their most important achievements in this field, both in theoretical and legal practice, which they realized in the largest international courts and tribunals. Presented silhouettes; including Manfred Lachs and Rafał Lemkin, they answer the question about the contribution of Polish lawyers in shaping the process of creating international law, including the most important issues such as: legality of armed conflict, protection of the individual during its duration, as well as liability for prohibited acts international law.

**Key words:** international law, war, peace.

### 1. Wstęp

Rozkwit prawa międzynarodowego przypada na XIX wiek. To właśnie w tym czasie datowane jest powstanie Uniwersytetu Warszawskiego. 210-lecie Wydziału Prawa i Administracji jest doskonałą okazją do pochylenia się nad osiągnięciami wkładu polskiej myśli prawniczej w kształtowanie międzynarodowego prawa publicznego w dziedzinie pokoju i światowego bezpieczeństwa. Osiągnięcia polskich prawników, zwłaszcza w tej materii są bowiem godne pochwały, zasługując nie tylko na odrębny artykuł, a na publikację, która choć w niewielkim stopniu mogłaby ukazać nie tylko sylwetki ich autorów, co pomogłaby zrozumieć jaką rolę spełniały owe twierdzenia w kształtowaniu się międzynarodowego porządku prawnego. Polska, będąca państwem o wyjątkowym, geopolitycznym znaczeniu, odznaczać się musiała równie wybitnymi specjalistami w tej dziedzinie.

Wśród postaci, którym niewątpliwie zawdzięczamy dzisiejszą spuściznę prawa międzynarodowego były postaci, dla których *alma mater* stanowił Wydział Prawa Uniwersytetu

Warszawskiego. Mowa tu o prawnikach takich, jak chociażby Cezary Berezowski, Edward Muszalski, Wojciech Góralczyk.

Niesłusznością byłoby również odniesienie się w poniższej pracy jedynie do tych prawników, którzy związani byli w swej przeszłości z działalnością Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Wkład bowiem w tworzenie się prawa międzynarodowego mieli również przedstawiciele innych szkół i nurtów. Prężnie działające ośrodki prawa takie jak przedwojenny Uniwersytet Lwowski Jana Kazimierza, Uniwersytet Jagielloński, czy Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu dały światu wielu prawników, którym zawdzięczamy dzisiejsze regulacje prawnomiędzynarodowe. Do jednych z nich należy chociażby osiągnięcie poznańskich prawników, w tym prof. Adama Łopatki jako jednego z współautorów projektu przyjętej w 1989 roku Konwencji o Prawach Dziecka.

Rzeczą kolejną jest fakt, iż to nie tylko prawnicy mieli udział w kształtowanie się prawa międzynarodowego. Wśród nich znaleźli się też aktywiści czy politycy, którzy nie tylko w swych teoretycznych rozważaniach odwoływali się do prawa narodów do samostanowienia, zapewnienia trwałego pokoju, lecz swoją aktywną postawą wychodzili z nowymi rozwiązaniami, które nierzadko z prawnego punktu widzenia jawiły się jako nieosiągalne. Wyraz ich determinacji przekładał się nierzadko na proces kształtowania się prawa, jak i miał udział w tworzeniu pewnego rodzaju precedensów. Ich dążenia opierały się na chęci przekłucia zwyczaju międzynarodowego w prawnomiędzynarodowe rozważania w dziedzinie bezpieczeństwa i pokoju doprowadzając do kodyfikacji prawa w tym obszarze.

Zakres pracy z powodów redaktorskich jest ograniczony, a jego materia sięga daleko poza tę wyszczególnioną w poniższym artykule. Z tych samych powodów ograniczony został również zakres historiograficzny pracy, co nie pozwala na dokonanie pełnej analizy wpływu na prawo międzynarodowe wkładu wszelkich tych, którzy mieli w swojej działalności powiązani byli z Wydziałem Prawa Uniwersytetu Warszawskiego. Przywołane zostaną natomiast sylwetki i wybrane dzieła jedynie kilku wybitnych specjalistów, którzy w szczególny sposób zapisali się na kartach historii, w aspekcie wkładu w prawo międzynarodowe publiczne, a w szczególności w dziedzinie pokoju i bezpieczeństwa. Mimo, iż istnieje wiele publikacji poświęconych tym postaciom, to jak dotąd nie ukazała się zbiorcza analiza dotycząca ich wkładu w światowy pokój. W artykule nie zostali uwzględnieni ponadto Ci eksperci, którzy w dalszym stopniu znacząco wpływają, bądź mogą w dalszym stopniu wpływać na kształtowanie się tej gałęzi prawa.

## 2. Postrzeganie prawa międzywojennego w 20-leciu międzywojennym w ujęciu prof. Zygmunta Cybichowskiego — krótki zarys

Proces tworzenia się odrębnej dziedziny prawa, którym było prawo międzynarodowe publiczne w znacznej mierze przebiegał w dwóch obszarach: prawa wojny i prawa pokoju. Bazując na trudnych doświadczeniach wojennych, oba wyrastały z doktryn prawa karnego. To właśnie prawo porównawcze pozwoliło na późniejsze jej zunifikowanie. W procesie tym znaczny udział mieli zatem Ci badacze, którzy nie tylko w swoich naukowych dywagacjach zajmowali się uwarunkowaniami zawieranych pomiędzy krajami umów, lecz ci którzy poruszali w nich aspekt prawa porównawczego. Prawo międzynarodowe będące nową gałęzią, zdobywało coraz to szersze grono swoich propagatorów, również w Polsce. Wśród tych postaci związanych z Uniwersytetem Warszawskim, był prof. Zygmunt Cybichowski, uznawany za jednego z najbardziej znaczących prawników Rzeczypospolitej.

Zygmunt Cybichowski urodził się w 1879 roku w Poznaniu. Jego biegła znajomość języka niemieckiego pozwoliła mu podjąć studia prawnicze w Cesarstwie Niemieckim. To otworzyło przed nim nowe możliwości. Dzięki nauce w największych XIX-wiecznych ośrodkach w których rodziła się myśl prawa międzynarodowego, tj. Strasburgu i Paryżu, zdobył on doświadczenie, które ukierunkowało go w dalszych badaniach akademickich.

Z Wydziałem Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, Zygmunt Cybichowski związał się w roku 1919, gdzie na trzy lata objął stanowisko dziekana, a w latach późniejszych był również kierownikiem Katedry Prawa Państwowego i Międzynarodowego. Był inicjatorem Seminarium Prawa Publicznego, gdzie wraz ze swoimi podopiecznymi opracował *Encyklopedię Podręczną Prawa Publicznego*.

Do jednych z ważniejszych jego publikacji należy wydane w 1914 roku dzieło pt.: *Międzynarodowe Prawo Wojenne z uwzględnieniem przesilenia bałkańskiego*. To właśnie w nim Zygmunt Cybichowski zwraca uwagę na niedostatek publikacji nakreślających powyższą tematykę. Cybichowski w swojej pracy nie kwestionuje stanu istnienia wojny, która w jego ocenie jest dowodem na istnienie niezależnych państw, co ma swoje umocowania w ówcześnie panujących doktrynach, ale skupia się na tym, iż określenie praw i obowiązków winno być jednym z priorytetów społeczności międzynarodowej zwłaszcza w czasie, gdy tak chętnie wszczynane są wojny. Potwierdza on tezę, że mimo, iż wojna prowadzona jest pomiędzy państwami, to prawo wojenne nie dotyczy tylko i wyłącznie podmiotów jej podległych. Obejmuje ono swoim zasięgiem również podmioty, które nielegitymizowane władzą państwową dopuszczały się aktów zbrodni w czasie trwania wojny. Zwraca on również uwagę na fakt niedostatecznego uregulowania aspektu popełniania zbrodni przed podmioty zbiorowe, na skalę masową. Według niego, karne prawo krajowe, czy też prawo międzynarodowe nie obejmuje swoim zasięgiem tego typu przestępstw. Można więc powiedzieć, że prowadził rozważania na temat zbrodni wojennych, które w późniejszych latach, bo dopiero powojennych, nabrały mocy prawnej.

## 3. Narody wobec wojny — czyli rozważania prof. Manfreda Lachsa na temat wojny i pokoju

Jedną z czołowych postaci świata prawniczego, która miała znaczny wpływ na rozwój prawa międzynarodowego był

urodzony w 1914 roku prof. Manfred Lachs. Rozpoczął swoją drogę naukową jeszcze na Uniwersytecie Jagiellońskim, by od 1952 roku wykładać na Uniwersytecie Warszawskim.

Był on jednak nie tylko teoretykiem prawa, a przede wszystkim aktywnym jego orędownikiem. Za jeden z przełomowych momentów w jego karierze międzynarodowej uznać należy jego członkostwo w polskiej delegacji do Zgromadzenia Ogólnego ONZ, przewodnictwo w Komisji Prawnej Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych oraz specjalnej komisji do spraw pokojowego wykorzystania energii jądrowej. Jako najdłużej urzędujący w historii sędzia Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości Lachs ustanowił liczny dorobek wkładu w orzecznictwo międzynarodowe, orzekając w latach 1967-1993, czyli aż do śmierci. Przywołując jego sylwetkę w odniesieniu do udziału w kształtowaniu się prawa międzynarodowego w dziedzinie bezpieczeństwa i pokoju, należy wspomnieć o tym, że nie tylko był Wiceprezydentem Haskiej Akademii Prawa Międzynarodowego, ale w latach 1973-1976 zasiadał w Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości pełniąc funkcję przewodniczącego. Nic więc dziwnego, że w 1975 roku otrzymał Medal ONZ dla wyróżniającego się w świecie prawnika.

Wpływ na jego zainteresowania naukowe niewątpliwie miały jego osobiste przeżycia, w tym II Wojna Światowa. W tym bowiem czasie dzięki swojemu wykształceniu pełnił on funkcję doradcy prawnomiędzynarodowego w Polskich Siłach Zbrojnych stacjonujących w Wielkiej Brytanii, gdzie tuż przed wybuchem wojny kończył studia uzupełniające. Jednym z ważniejszych epizodów w jego początkowej karierze była praca w Polskim Biurze ds. Zbrodni Wojennych funkcjonujących przy Ambasadzie RP w Londynie.

Jego zaangażowanie w proces kształtowania prawa międzynarodowego po zakończeniu II Wojny Światowej odnotować można już w pierwszych jej latach. Podczas Konferencji Pokojowej w Paryżu, był on członkiem polskiej delegacji. Konferencja ta doprowadziła do podpisania traktatów pokojowych z Bułgarią, Finlandią, Rumunią, Węgrami, Włochami, co niewątpliwie miało wpływ na dalsze zainteresowania i prace Lachsa właśnie w tej dziedzinie. W popełnionej przez siebie rozprawie dotyczącej umów międzynarodowych, Manfred Lachs ukazał wpływ wojny na proces kształtowania się umów międzynarodowych. Lachs stał na stanowisku, że podstawą kształtowania się prawa międzynarodowego publicznego są zawierane umowy międzynarodowe, jednak nie tylko ich aspekt merytoryczny, a cały proces temu towarzyszący. Czynnikiem, który wstrzymywał zawarte umowy międzynarodowe była wojna. Nie oznacza to jednak że wojna znosiła *ipso facto* umowę międzynarodową. Umowa ta zawieszała jedynie jej moc obowiązywania. Według Lachsa sytuacje takie mogły dotyczyć całości treści umowy, jak i poszczególnych jej części (*pro parte*). Zawieszenie to odnosi się jednak tylko do tych państw, pomiędzy którymi toczy się wojna. W momencie zakończenia się wojny dana umowa odzyskuje swoją moc, pod warunkiem, że jej przedmiot w czasie trawa wojny nie uległ zmianie. W przypadku jednak jeżeli te zmiany nastąpiły, umowa podlega rewizji. Lachs wyszczególniał również umowy zawarte „w razie wojny", które nakierowane są na działania w czasie konfliktu zbrojnego.

Według niego wobec umów międzynarodowych należy stosować wykładnię celowości i wykładnie funkcjonalną, ponieważ wykładnia danej umowy międzynarodowej powinna być nierozerwalnie związana z ustaleniem jak najbardziej prawidłowej jej interpretacji. Powinna w jak najbardziej dokładnie określać jej celu faktycznego. Specjalizowanie się w prawie traktatów było zatem z pewnością przydatne zważywszy na jego doświadczenie na stanowisku Dyrektora Departament Traktatowego Ministerstwa Sprawiedliwości tuż po wojnie, czyli w latach 1947-1960. To właśnie praca Lachsa kształtowała polski porządek prawy w odniesieniu do odpowiedzialności za czyny dokonane podczas II Wojny Światowej, reprezentując Polskę przed Trójstronnym Trybunałem Arbitrażowym w Brukseli w związku z polskimi roszczeniami w sprawie zagrabionego złota przez Niemców podczas II wojny światowej.

Do jednych z najważniejszych jego publikacji zaliczana jest angielskojęzyczna rozprawa pod tytułem: *War Crimes: an attempt to define the issues*, wydana w Londynie w 1945 roku. To właśnie w niej, pod wpływem osobistych doświadczeń II wojny światowej Lachs definiuje najważniejsze pojęcia związane z wojną, *ius ad bellum*, czy zbrodniami wojennymi. Lachs pragnął rozwinąć definicję wojny, gdyż uważał, że wszelkie poprzednie próby nie obejmują jej istoty. Według Lachsa istnieje stan pośredni pomiędzy wojną a pokojem. Według niego jest on jednak stanem niezgodnym z prawem międzynarodowym, bowiem prawo międzynarodowe w swoich rozważaniach w sposób jasny i przejrzysty określa oba te przeciwstawne sobie stany. Prawo obowiązujące w czasie konfliktu, a zwłaszcza to dotyczące ludności cywilnej, winno obowiązywać również w czasie wojny. Prawo winno być podstawą relacji pomiędzy władzą, a społeczeństwem, pomiędzy stronami walczącymi. W czasie konfliktu nie obowiązuje zatem maksyma *inter arma silent leges*. Jak pisał *stosowanie przemocy jest dla prawa wyzwaniem* (Lachs, 1945, s. 12), przyznając rację problematyce kolizji prawa pokoju i wojny.

Wyszczególnił podział, na zbrodnie w czasie pokoju, jak i w czasie wojny. Te w czasie wojny podzielić natomiast można na te związane z daną wojną, a także na te związane z wojną w znaczeniu ogólnym. Zbrodnie wojenne według niego były aktami agresji, które dokonywane są w czasie trwania wojny i były bezspornie związane z jej charakterem. Zbrodnie te dokonywane często na polecenie kierownictwa czy sztabu wojskowego. Niezwykle ważnym jest to, w jakich okolicznościach są one popełniane, gdyż okoliczności te sprzyjają ich popełnieniu. W czasie wojny bowiem katalog zbrodni powiększa się. Lachs określa, że na *ciężar zbrodni nie mają wpływu zagrożenia lub ryzyko łączące się z tymi czynami* (Lachs, 1945, s. 25). Przemoc przyjmuje wówczas różną formę: od czynu, poprzez zaniechanie, po podżeganie, przyjmuje również formę instrukcji, rozkazu, czy usankcjonowanego prawnie aktu.

O ile definicja zbrodni wojennych była wówczas szeroko dyskutowana i zmierzała w kierunku jej usankcjonowania (co stało się późniejszą zasługą Rafała Lemkina wobec pojęcia „ludobójstwo"), to Lachs zwraca uwagę na jej aspekt psychologiczny, czyli na aspekt zamiaru. Osoba dopuszcza-

jąca się zbrodni wojennej kieruje się w swoim działaniu potrzebą aprobaty a nawet nagrody, z czego wynika poczucie bezkarności. Istnieją natomiast zbrodniarze *sensu largo* i *sensu stricto*. Zbrodniarzy sensu stricto nie chroni prawo konfliktów zbrojnych, ani przyznawane przez nie przywileje, które skierowane są do podmiotów działań wojennych. Zbrodniarzami wojennymi nie są jednakże osoby, które w imię walk narodowowyzwoleńczych nie wypełniają prawa nałożonego przez okupanta, bądź w ramach akcji desperacji dokonują czynów zabronionych w celu wyzwolenia się spod niewoli. Osoby te określa on mianem przestępców politycznych. W jego mniemaniu natomiast podmiot który dopuszcza się szczególnego okrucieństwa, powodując nieuzasadnione cierpienie nie jest zwolniony z odpowiedzialności, nawet jeżeli czyny te bądź zaniechanie nie zostały uregulowane w prawie pisanym.

Walki narodowowyzwoleńcze leżały również w gestii zainteresowań Lachsa. Swoje poglądy przedstawił w rozważaniach na temat układów indochińskich. Manfred Lach stał na stanowisku, że wynik porozumień genewskich z 1954 roku stanowiły istotną podstawę w kształtowaniu światowego pokoju, zwłaszcza do regionu południowo-wschodnie Azji. Mimo, iż nie zostały one ostatecznie zaakceptowane przez Wietnam Południowy, jak i przez Stany Zjednoczone, według Lachsa dokument ten stanowił przejaw prawnomiędzynarodowego układu pokojowego. Sprzeciwiając się polityce kolonialnej, stał na stanowisku, iż wojna pomiędzy Laosem, Wietnamem i Kambodżą, będąca spuścizną nieudolnej polityki wobec Indochin, nie była tylko problemem regionalnym, lecz poprzez swój charakter — walk narodowo-wyzwoleńczych, stał się problemem międzynarodowym, wobec którego swoje zastosowanie winno mieć prawo międzynarodowe. Według niego wojna narodowo-wyzwoleńcza nie jest wojną domową, co oznacza, że strony tej wojny obowiązuje prawo wojny. Wojna narodowo-wyzwoleńcza staje się konfliktem międzynarodowym, wobec którego zastosowanie ma prawo międzynarodowe.

W swoich pracach Lachs przywiązywał zatem wielką wagę prawa narodów do samostanowienia, prawa do suwerenności, niezawisłości, jedności, integralności terytorialnej i nieingerencji w sprawy wewnętrzne danego państwa. *Volenti non fit iniuria* nie ma zastosowania do umów narzuconych państwom wyzwoleńczym. Zawarcie umowy ograniczającej suwerenność i niepodległość w tych warunkach stoi w sprzeczności z wykładnią umów międzynarodowych. Angażowanie państw byłych kolonii w wojskowe sojusze, tworzenie nich terytorium baz wojskowych bez ich wyraźnej zgody jest również sprzeczne z zasadą samostanowienia i suwerenności.

Światowe mocarstwa zobowiązane są do przestrzegania prawa międzynarodowego i ciąży na nich obowiązek zapewnienia światowego pokoju i bezpieczeństwa. Trwały pokój jednak powinien zostać zagwarantowany pokojowe współistnienie państw. Lachs stał na stanowisku, że Karta Narodów Zjednoczonych jest aktem uniwersalnym, co oznacza, że wiąże nawet te państwa, które do niej nie przystąpiły. Treści bowiem w niej zawarte są treściami ogólnymi. Idąc zatem tym myśleniem, każde państwo zobowiązane było w równym stopniu do poszanowania pokoju, zakazana była agresja, lub groźba agresji. Wojna napastnicza jest natomiast zbrodnią.

Prawnomiędzynarodowa spuścizna pozostawiona przez Lachsa oparta jest nie tylko na teoretycznych rozważaniach, lecz na wieloletnim doświadczeniu w instytucjach międzynarodowych, które stawały się często inspiracją i wyznaczały nowe kierunki jego zainteresowań. Tak też było chociażby podczas jego prezydentury w Trybunale Rozjemczym Gwinei i Gwinei-Bussau, która miała zastosowanie do sporu tych państw o przebieg granicy morskiej, a dzięki której w swoich rozważaniach Lachs zwracał uwagę na niedostateczne uregulowanie materii prawa morza. Takie samo zdanie miał na temat wojny prowadzonej w przestrzeni powietrznej. Kursy wyznaczane przez Lachsa były zatem oparte na dowodach empirycznych, co w aspekcie zastosowania prawa międzynarodowego staje się niewątpliwie wartością bezcenną. Manfred Lachs pozostaje inspiracją dla pokoleń prawników, zarówno dla teoretyków, jak i praktyków.

## 4. Prof. Rafał Lemkin o godności ludzkiej, relacji jednostki z grupą i odpowiedzialności za zbrodnie w czasie konfliktu zbrojnego

Niesłusznością byłoby nie wspomnieć o absolwencie Uniwersytetu Jana Kazimierza we Lwowie, późniejszym wykładowcy Yale University, Rafale Lemkinie. Ten jeden z największych autorytetów w świecie prawniczym, z Uniwersytetem Warszawskim związany był od 1927 roku, współpracując ściśle z dziekanem Wydziału Prawa, autorem polskiego Kodeksu karnego z 1932 roku, prof. Wacławem Makowskim. Na karierze Lemkina zaważyło również poparcie, które uzyskał od samego Juliusza Makarewicza — wybitnego karnisty tamtych czasów, a dzięki którego poleceniu rozpoczął on współpracę z Emilem Rappaportem — sędziom Sądu Najwyższego i prof. Wolnej Wszechnicy Polskiej w Warszawie. Sam więc początek kariery Lemkina związany był ze światem cenionych autorytetów. I mimo, iż w swoich początkowych zainteresowaniach naukowych poruszał tematykę prawa gospodarczego, to niedługo potem jego uwagę przykuły aspekty wojny i powiązanych z nią konsekwencji.

Swoje przywiązanie do praw jednostki, w myśl zasady *nullum crimen sine lege pena*, Lemkin prezentował w początkowych swoich publikacjach, takiej jak *Sędzia w obliczu nowoczesnego prawa karnego i kryminologii*, która stała się podmiotem jego dalszych referatów na arenie międzynarodowej. Lemkin, wielokrotnie uczestniczył w konferencjach międzynarodowych, które poruszały tematy unifikacji prawa karnego, czy też prawa karnego porównawczego. Podczas jednej z nich, V Konferencji Unifikacji Prawa Karnego organizowanego przez Ligę Narodów, miał on wygłosić referat przygotowany w języku francuskim, co z uwagi na ówcześnie prowadzoną przez polską politykę zagraniczną nie doszło do skutku. Referat ten został jed-

nak rozesłany jeszcze przed konferencją celem zaznajomienia się innych uczestników forum z zaprezentowanymi treściami.

Referat był propozycją jak na tamte czasy zaskakującą, gdyż prezentował pogląd również odmienny od stanowiska rządu polskiego, iż na forum międzynarodowym konieczne jest uregulowanie nowych zagadnień prawa karnego, a w szczególności w odniesieniu do czynów, które swoim zasięgiem objęłyby unicestwienie grup etnicznych, wyznaniowych, czy też społecznych. Lemkin staje na stanowisku, że społeczność międzynarodowa powinna *de lege ferenda* przyjąć nową formę odpowiedzialności karnej wobec wszelkich aktów terroryzmu, które określa mianem niebezpieczeństw międzynarodowych. Sam temat terroryzmu pojawił się w referacie Lemkina *Terroryzm*, w którym zawarł on projekt konwencji w sprawie terroryzmu.

Jednak do najważniejszych zagadnień, które należy uregulować zdaniem Lemkina należą: zbrodnia barbarzyństwa, wandalizm, oraz spowodowanie katastrofy morskiej, lądowej, powietrznej, spowodowanie przerwy w łączności telekomunikacyjnej i świadome szerzenie zarazy ludzkiej. Zgodnie z jego mniemaniem, powyższe zagadnienia stanowić powinny nowe typy przestępstw. Co więcej, wzywał on do przyjęcia na forum społeczności międzynarodowej konwencji, która miałaby określać odpowiedzialność karną za popełnienie powyższych czynów i umożliwiałaby ściganie i karanie sprawców.

Skupiając się na zbrodni barbarzyństwa, która stanowiła późniejszą teoretyczną podstawę do stworzenia przez Lemkina pojęcia genocide, Lemkin określa ją jako *akcje opresyjne i destrukcyjne, wymierzone przeciwko jednostkom jako członkom grup narodowych, religijnych lub rasowych* (Lemkin 1933, s. 602). Dalej Lemkin pisze: *Kto z nienawiści do zbiorowości rasowej, wyznaniowej lub społecznej, albo też w celu wyniszczenia „eksterminacji" tejże przedsiębierze czyn karalny przeciwko życiu, nietykalności cielesnej, wolności, godności lub podstawom bytu gospodarczego człowieka, należącego do takiej zbiorowości, za to przestępstwo barbarzyństwa ulegnie karze (…). Sprawca podlega tej samej karze, jeśli jego czyn skierowany został przeciwko osobie, która oświadczyła swoją solidarność lub ujęła się za jedną z wyżej wymienionych zbiorowości* (Lemkin 1933, s. 603–604).

Zbrodnia barbarzyństwa miała na celu pogromy, rzezie, ekonomiczne wyniszczenie pewnych grup. Nieodłącznym elementem powyższego była przemoc charakteryzująca się brutalnością, pozbawiając osobę ludzką godności, dehumanizując ją. Przywołując tę tematykę, Lemkin posługuje się terminem psychozy społecznej, a także przyrównuje zbrodnie te do chorób zakaźnych, które niekontrolowane, rozprzestrzeniać się mogą pomiędzy państwami. Zwraca on też uwagę na element przewlekłości i systematyczności. Zachowania takie stoją w sprzeczności z duchem pokojowego współistnienia i rozwoju do którego dążą narody.

Propozycja Lemkina wprowadzenia do krajowych systemów ustawodawstwa określającego powyższe definicje nie spotkała się ze zrozumieniem. Dla ówczesnych prawników nie był to temat godny rozważań, gdyż zbornie takie jak barbarzyństwo kojarzone były jako te wykraczające poza krąg cywilizacji zachodnioeuropejskiej. Nie widząc zatem potrzeby ustanawiania takiego prawa, w latach 30-tych odrzucono apele i poglądy Lemkina. Jednakże okrucieństwa II WŚ, uświadomiły społeczności międzynarodowej jak ważne jest ustanowienie prawa, które nie tylko będzie przywoływało do odpowiedzialności wszystkich tych, którzy dopuścili się do takich zbrodni do jakich doszło podczas tego światowego konfliktu, ile będzie ono zapobiegało ich dokonaniu w przyszłości.

To właśnie wspomniana wyżej jednostka leżała u podstaw zainteresowań tego wybitnego karnisty. Oddziałując na jednostkę, mogło się mieć bowiem znaczny wpływ na grupę, a ochrona godności i wolności jednostki jest aktem humanitaryzmu. A wszelkie akty skierowane przeciwko jednostce, która jest częścią pewnej zbiorowości zasługuje na potępienie, stając w pozycji do porządku społecznego. Takie myślenie leżało u podstaw stworzenia przez Lemkina pojęcia „genocide", które zaproponował w roku 1944.

Dopiero po II wojnie światowej społeczność międzynarodowa uznała, że zagadnienia te warte są usystematyzowania. To wtedy Lemkin doczekał się potwierdzenia (prawa pisanego) tekstu prawnego, który uprzednio proponował. Konwencja międzynarodowa powstała dopiero 9 grudnia 1948 roku, co nie pozwoliło stanowić podstawy prawnej w działaniu Międzynarodowego Trybunału Wojskowego, ani procesach norymberskich.

## 5. Podsumowanie

210-lecie Wydziału Prawa Uniwersytetu Warszawskiego jest doskonałą okazją aby podsumować jego działalność. Na szczególną uwagę zasługuje fakt, iż wielu związanych z wydziałem uczonych miało aktywny wpływa na kształtowanie się prawa międzynarodowego publicznego. Zważywszy na historyczne i geopolityczne uwarunkowania, w gestii ich szczególnych zainteresowań znalazły się zagadnienia wojny i pokoju. Polscy uczeni, nie odnosili się w swoich dywagacjach jedynie nad rozwojem istniejącego już prawa wojennego, lecz proponowali nowe rozwiązania, które zmierzały w kierunku doktryny pokojowego współistnienia państw.

Zarówno zagadnienia definicyjne, jak i postawy zajmowane przez nich w praktyce prawniczej prezentowanych orzeczeń, zyskały światowe uznanie, o czym świadczyć może chociażby fakt przyznania wielu odznaczeń i orderów, a nawet wielokrotnych Nominacji do Pokojowej Nagrody Nobla. Poglądy prezentowane przez nich, zwłaszcza tych nauczycieli akademickich, którzy doświadczeni skutkami II Wojny Światowej, swoje największe dzieła publikowali właśnie po wojnie, doczekał się wielu naśladowców. Tematyki bazujące na ich teoriach stają się podstawą dalszych badań, dając tym samym dowód na dalszy rozwój prawa międzynarodowego.

Powyżej przedstawione przykłady, skłaniają więc ku dalszej refleksji nad rolą Polski w działaniach na rzecz pokoju. Bowiem poprzez stanowiska prezentowane na arenie międzynarodowej, w tym przez badaczy jego środowiska, istnieje szansa na utrwalenie stałych wzorców pokoju popartych dowodami rzetelnej analizy prawnej.

## Bibliografia


Baraniewski, W., Kizwalter, T., Majewski, P. M., Salwa, P., Samsonowicz, H., Tygielski, W., Wąsowicz, M., Wróblewski, A. K. (red.). (2016). *Portrety Uczonych Profesorowie UW po 1945 L-R. Monumenta Universitatis Varsoviensis 1816–2016*. Warszawa: Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego.

Cybichowski, Z. (1914). *Międzynarodowe Prawo Wojenne z uwzględnieniem przesilenia bałkańskiego*. Lwów: Gubrynowicz i Syn.

Cybichowski, Z. (1926). *Encyklopedja podręczna prawa publicznego (konstytucyjnego, administracyjnego i międzynarodowego)*. Warszawa: Instytut Wydawniczy Bibljoteka Polska.

Czerwiński, J. K. (1932). XXX-lecie pracy naukowej Prof. Dra Zygmunta Cybichowskiego, *Państwo i Prawo*, (8–9).

Frieze D. -L. (red.). (2013). Lemkin R. *Totally Unofficial: The Autobiography of Raphael Lemkin*. New Haven & London: Yale University Press.

Galicki, Z., Kamiński, T., Myszona-Kostrzewa K. (red.). (2011). *Manfred Lachs — wybitny prawnik świata*. Warszawa: Stowarzyszenie Absolwentów Wydziału Prawa i Administracji UW.

Karta Narodów Zjednoczonych z dnia 26 czerwca 1945. San Francisco, art. IX.

Lachs, M. (1958). *Umowy wielostronne. Studium z prawa traktatów*. Warszawa.

Lachs, M. (1945). *War Crimes: an attempt to define the issues*. London: Stevens and Sons.

Lachs, M. (1954). *Układy indochińskie*. Genewa.

Lemkin, R. (1933). Przestępstwa polegające na wywoływaniu niebezpieczeństwa międzynarodowego jako delicta iuris gentium. Wnioski na V Międzynarodową Konferencję Prawa Karnego w Madrycie. *Głos Prawa*, (10). Lwów.

Lemkin, R. (1933). *Sędzia w obliczu nowoczesnego prawa karnego i kryminologii*. Warszawa.

Lemkin, R. (1935). Terroryzm. *Gazeta Sądowa Warszawska*. Warszawa.

Przyborowska-Klimczak, A. (red.). (2002). *Z kart historii polskiej nauki prawa międzynarodowego*. Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej.

Redzik, A. (2017). *Rafał Lemkin (1900–1959) co-creator of international criminal law. Short biography*. Warsaw: Oficyna Allerhanda.

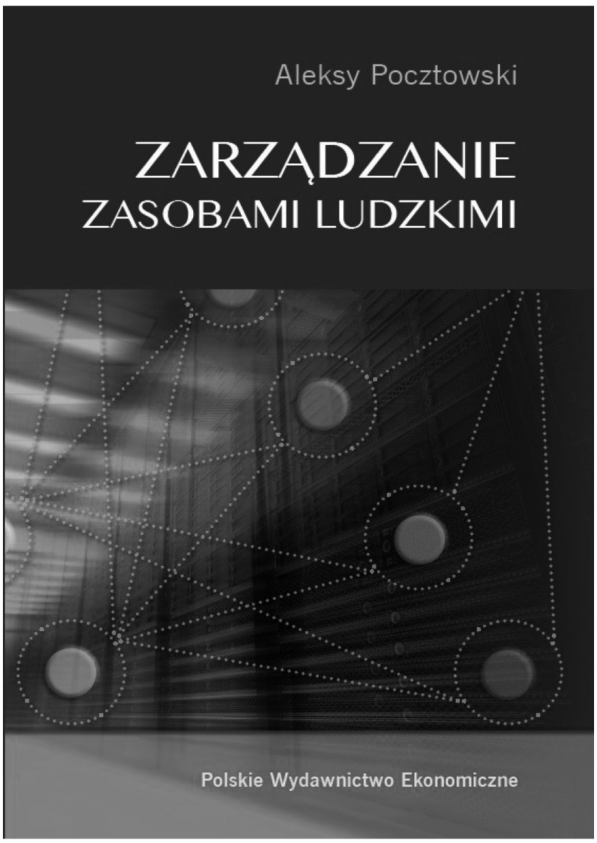
Sawicki, J. (1949). *Ludobójstwo od pojęcia do konwencji 1933–1948*. Kraków: Drukarnia Przemysłowa.

Szawłowski, R. (2014). Rafał Lemin warszawski adwokat (1934–1939), twórca pojęcia „genocide" i główny architekt konwencji z 9 grudnia 1948 r. („Konwencji Lemkina"). W 55-lecie śmierci. *Palestra*, (9).

Śródka, A. (1995). *Uczeni polscy XIX-XX stuleciu* (Tom II–H–Ł). Warszawa: Aries.



# PWE poleca




Wiedza, umiejętności, zdolności, zdrowie, motywacja i wyznawane wartości przez osoby świadczące pracę decydują o ich zatrudnialności, stanowią źródło konkurencyjności organizacji oraz pomyślności regionów i krajów. Upowszechnianie się tego faktu w świadomości społecznej prowadzi do wzrostu profesjonalizmu w zakresie zarządzania zasobami ludzkimi, które ewoluuje od rutynowego administrowania w kierunku zrównoważonego zarządzania, integrującego – w strategiach i metodach rozwiązywania kwestii HR – aspekty ekonomiczne, społeczne i ekologiczne.

Zarządzanie zasobami ludzkimi, jako dziedzina badań oraz wdrożeń praktycznych rozwiązań dotyczących funkcjonowania ludzi w organizacji i na rynku pracy, jest związane z wieloma wyzwaniami, które determinują jego obecny i przyszły rozwój. Zaliczyć do nich należy zmiany technologiczne, które zmieniają charakter pracy oraz polityki i praktyki HR, czyniąc je coraz bardziej sieciowymi, zdalnymi i wirtualnymi. Zmiany demograficzne, generacyjne, w połączeniu z rosnącą mobilnością na rynkach pracy, to kolejne wyzwanie w obszarze zarządzania zasobami ludzkimi, które wiąże się z rosnącą różnorodnością. Należy też pamiętać o presji płynącej z rynków pracy na wzrost efektywności pracy, optymalizację kosztów i innowacyjność usług HR.

Zasygnalizowane powyżej kwestie stanowią przedmiot rozważań w książce, w której autor przedstawia problematykę zarządzania zasobami ludzkimi całościowo, łącząc jego teoretyczne i praktyczne aspekty oraz podkreślając znaczenie kontekstu w rozwijaniu teorii i doskonaleniu praktyki w tej dziedzinie zarządzania.

Księgarnia internetowa: **www.pwe.com.pl**

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.43

# Rola uniwersytetu w kształtowaniu świadomości prawnej społeczeństwa

## University's role in shaping legal consciousness of the society

***mgr Monika Wrzecionkowska***

E-mail: mon.marud@gmail.com

**Streszczenie**

Współczesne społeczeństwo funkcjonuje w rzeczywistości wymagającej od jego członków posiadania przynajmniej powierzchownej świadomości prawa, choć oczywiście im jest ona większa, tym lepiej. Nie można jednak już żyć w poczuciu, że brak wiedzy na temat prawa zwalnia z jego przestrzegania, a obowiązkiem edukatorów, a szczególnie wykładowców uniwersyteckich jest rozpowszechnianie tej świadomości wśród kolejnych pokoleń. Ludzie muszą znać przepisy nie tylko po to, by ich przestrzegać, ale także po to, aby chronić siebie, swoja rodzinę i własne interesy. Celem artykułu jest przybliżenie znaczenia, jakie w kształtowaniu świadomości prawnej społeczeństwa może i powinien odgrywać uniwersytet.

**Słowa kluczowe:** świadomość prawna, wykładowcy, uniwersytet, prawo, kształtowanie świadomości prawnej.

**Summary**

Modern society is functioning within the reality that demands from its members that they should have at least superficial knowledge of legal consciousness, though the better that consciousness the better are results. It is impossible to live any longer with feeling that lack of awareness releases a person from following the law. The obligation of all educators, especially those working at the university is popularization of that consciousness among the nest generations. People should know the regulations not only in order to follow them but also in order to use them to protect themselves, their families and their interests. The purpose of the article is the approximation of an importance in shaping society's legal consciousness that can and should be played by the university.

**Key words:** legal consciousness, educators, university, law, shaping legal consciousness.

### 1. Wprowadzenie

Trudno mieć wątpliwości, że nieznajomość obowiązującego prawa nie stanowi uzasadnienia dla jego nieprzestrzegania i nie zwalnia z odpowiedzialności karnej nikogo. Jednocześnie jednak świadomość prawna w polskim społeczeństwie jest relatywnie niska, co wynika z wielu czynników. Z pewnością jedną z przyczyn takiego stanu rzeczy jest częste zmienianie się przepisów, które powoduje, że nadążanie za tymi zmianami jest niezwykle trudne nawet dla specjalistów. Dlatego wydaje się, że uniwersytety mogą odegrać w tej kwestii istotną rolę i nie chodzi tu tylko o wykładowców przedmiotów wchodzących w zakres nauk prawnych, ale o ogólne podnoszenie tej świadomości wśród studentów, z których większość w taki czy inny sposób będzie mieć niejednokrotnie do czynienia z zagadnieniami prawnymi w swojej codziennej pracy. Ważne jest także, by uczulać na te kwestie specjalnie przyszłych nauczycieli i wykładowców, ponieważ to oni — jako edukatorzy pracujący na różnych poziomach systemu edukacji — powinni poczuwać się do odpowiedzialności za wyrabianie w obywatelach świadomości prawnej.

### 2. Próba zdefiniowania pojęcia świadomości prawnej

Przed dzisiejszą edukacją stają wyzwania, których kiedyś nie było i powodują, że „szeroko rozumiana edukacja musi przygotować ludzi do korzystania z bieżących osiągnięć zmieniającej się cywilizacji, ale także włączyć ich do twórczego i czynnego uczestnictwa w życiu zbiorowym" (Radziewicz-Winnicki, 2008, s. 277). Pociąga to za sobą dość poważne obowiązki dla całego społeczeństwa, ponieważ wymaga wprowadzania zmian, poszerzania i urozmaicania form opieki oraz wspierania jednostek i grup społecznych. Także jednostka staje przed nowymi wyzwaniami, ponieważ musi ona podejmować działania prowadzące do kompensacji, samodoskonalenia się, dowartościowanie samego siebie, zaspokajania przejawiających się oczekiwań, akceptowaniu zmian, zwiększeniu poczucia własnego bezpieczeństwa oraz przyjmowaniu innowacji (Radziewicz-Winnicki 2008, s. 279). Zarówno jednostka, jak i wykładowcy i uczelnie muszą w związku z tym stanąć na wysokości zadania, a to wymaga między innymi zupełnie nowego, znacznie bardziej otwartego podej-

ścia do samego systemu edukacji, rozbudzania ciekawości i podejmowania trudnych, ale satysfakcjonujących zadań.

Specyfika przeobrażeń edukacji powinna mieć na celu, by stała się ona aktywnym czynnikiem, a jednocześnie komplementarnym komponentem rozwoju jednostki oraz społeczeństwa, który wspomaga harmonizację i wielozakresową sublimację wielorakich sfer życia i działalności ludzi (Jankowski, 2001, s. 6). To z kolei nakłada na edukatorów i wykładowców spory ciężar, gdyż teraz kształcenie wymaga czegoś znacznie więcej niż przekazywania pewnej ściśle określonej zakresem podstawy programowej wiedzy i wychodzenia poza ograniczenia systemowe. Nauczyciel musi być kimś znacznie więcej niż tylko osoba przekazująca teorię, a w szczególności dotyczy to wykładowców uniwersyteckich, ponieważ to ich wychowankowie mają wpływ na kształtowanie prawa i jego funkcjonowanie w nowoczesnym społeczeństwie.

W społeczeństwie otwartym coraz bardziej kluczową rolę odgrywa edukacja prawna wśród szerokich rzeszy obywateli oraz ukazywanie roli prawa w kontekście kryzysu dotykającego jednostki (Schmidt, Utrat-Milecki, 2011, s. 440). Szczególną uwagę w związku z tym należy przywiązywać do świadomości prawnej obywateli, stanowiącej jeden z wyznaczników rozwoju i odpowiedzialnej postawy społeczeństwa. Postępowanie zgodnie z obowiązującymi zasadami i przepisami prawnymi jest niezbędnym elementem zachowania prawa i porządku publicznego w państwie, ponieważ jeśli obywatele zaczną rozwiązywać swoje problemy w sposób niezgodny z prawem może w krótkim czasie dojść do masowego łamania prawa oraz chaosu. Obywatele powinni w związku z tym być w stanie postępować zgodnie z przepisami prawa, a w tym celu muszą je znać przynajmniej pobieżnie, a przede wszystkim mieć zaufanie do instytucji prawa i nie obawiać się uczestnictwa w procedurach sądowych. Świadomość prawna powoduje, że jednostka nie musi czuć się „przegrana" w obliczu pojawiającego się problemu, ponieważ dysponuje możliwościami wykorzystania przepisów na swoją korzyść. Oczywistym jest, że nie jest to zasada całkowicie uniwersalna i bywają różne odchylenia od tego modelu, tym niemniej, im lepiej obywatel zna swoje prawa i obowiązki, tym ma większe szanse w obliczu problemów.

Zagadnienia prawa stosowane w praktyce odgrywają co najmniej kilka kluczowych funkcji, w tym (Gęsicki, Bielecki, Jacewicz, 2010, s. 304):

– funkcja stabilizująca, która gwarantuje ład, porządek i efektywność przyjętych norm, jak również utrzymanie istniejącego układu stosunków społecznych;

– funkcja dynamizująca, która wyraża się we wprowadzaniu zmian we wspomnianym układzie oraz kształtowaniu nowych stosunków społecznych; przy czym zmiany te mogą mieć charakter wyniku działań koordynujących lub charakter planowy, wynikający z prognoz naukowych oraz zgodny z wytyczonym kierunkiem rozwoju instytucji prawnych.

Duże znaczenie ma także innowacyjna funkcja prawa, ponieważ sprzyja ona przeobrażaniu stosunków społecznych na drodze wprowadzania norm, których oparciem są nowo powstałe instytucje prawne, jak również nowe struktury organizacyjne sterujące życiem społecznym. Prawidłowo funkcjonujący system prawny pełni przy tym rolę wychowawczą, ułatwiając do pewnego stopnia wprowadzanie zmian w życie społeczne, kształtując wartości akceptowane przez członków społeczności (Redelbach, Wronkowska, Ziembiński, 1992, s. 272). A bez wartości, jak wiadomo, społeczeństwo się rozpada i traci podstawę swojego bytu. Nie jest natomiast do końca prawdą, że ludzie są dobrzy i moralni z natury, zatem często to właśnie system prawny, o ile jest właściwie skonstruowany, upowszechniany i przestrzegany, pełni rolę swoistego katalizatora i regulatora hierarchii wartości. System prawny i świadomość prawna stanowią zatem kluczowy element determinujący funkcjonowanie współczesnego społeczeństwa.

W procesie globalizacji prawo pełni także funkcję tzw. „naczelnej zasady współistnienia", ponieważ *prawo pełni rolę porządkującą, koordynującą i regulującą postępowanie ludzkie oraz funkcjonowanie społeczeństwa, będąc czynnikiem neutralnym względem wartości i wykraczającym poza kontekst kulturowy* (Schmidt, 2011, s. 445). Tym samym, nieznajomość prawa i brak jego świadomości może powodować, że członkowie społeczeństwa mogą, nawet niecelowo, naruszać obowiązujący ład społeczny, a ten z kolei jest niezbędny, by państwo pełniło mu powierzone role opiekuńcze wobec swoich obywateli.

Przepisy prawa zatem pełnią w życiu społecznym wielorakie funkcje i zwyczajnie nie da się ich wykluczyć czy zignorować, głównie dlatego, że obowiązują one bez względu na to, czy dana jednostka to akceptuje czy nie. Jednak dla wielu osób, pomimo wszystko, stanowią one raczej jakąś abstrakcję niż coś istniejącego realnie, co wynika właśnie z braku odpowiednio kształtowanej świadomości prawa w społeczeństwie. Ważne jest przy tym nie tylko uświadamianie obywatelom istoty obowiązujących przepisów, ale przede wszystkim uświadamianie im znaczenia, jakie prawo odgrywa w życiu państwa i społeczeństwa.

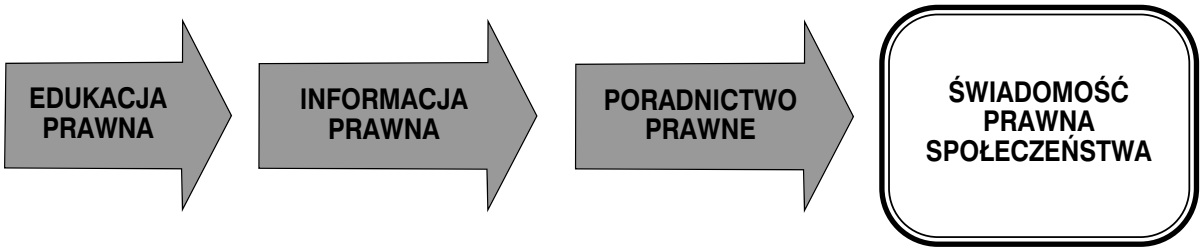
A. Nowak zwraca uwagę, że *przepisy prawa spełniają wielorakie funkcje m.in. zabezpieczają prawa człowieka (dziecka), gwarantują różnorakie świadczenia (w tym socjalne), przewidują środki prawne, które mogą być przydatne w danej sytuacji, zabezpieczają funkcjonowanie służb socjalnych i instytucji. Prawo pełni też ważną rolę edukacyjną, odpowiednie jej stosowanie może kształtować i zmieniać postawy obywateli* (Nowak, 2005, s. 7). Szczególnie współczesne społeczeństwo potrzebuje odpowiedniej edukacji, a to oznacza, że nauczanie prawa powinno stać się stałym elementem edukacji uniwersyteckiej i nie być jedynie ograniczone do określonych kierunków nauczania. Świadomość prawa jest bowiem potrzebna każdemu obywatelowi i nie sposób temu zaprzeczyć. Nawet plemiona pierwotne kierowały się prawem, naturalnym, a nie spisanym, ale jednak było to prawo, które — co więcej — znali wszyscy członkowie plemienia, bo nieznajomość obowiązujących praw i obyczajów mogła się okazać bardzo niebezpieczna, a nawet kosztować człowieka życie.

Szczególnie istotna okazuje się znajomość przepisów prawa w kontekście wszelkich działań podejmowanych przez pedagogów, a już wyjątkowo w odniesieniu do pedagogów społecznych, ponieważ profesjonalne kierowanie

ludźmi i pomaganie tym, którzy potrzebują szczególnej pomocy, jest silnie związane ze znajomością przepisów prawa. Jak zauważa cytowany już A. Nowak *pedagodzy społeczni, udzielając wsparcia i stosując odpowiednią pomoc zobowiązani są działać na podstawie obowiązujących w gminach praw* (Nowak, 2005, s. 7). Jednak tak naprawdę nie dotyczy to tylko i wyłącznie pedagogów społecznych, bo w zasadzie każdy pedagog powinien kierować się określoną misją kształtowania lepszego człowieka i obywatela, a to z kolei oznacza, że należy w nauczaniu przestrzegać istniejących przepisów i przekazywać ich znajomość osobom edukowanym.

Podnoszenie świadomości prawnej obywateli wymaga rozbudzania i umacniania edukacji prawnej, co można zrealizować między innymi dostarczając wiedzę o prawach i obowiązkach obywateli, możliwościach rozwiązywania sytuacji konfliktowych zgodnie z obowiązującymi zasadami prawa, o etapach procedur sądowych, sposobach opracowywania pism sądowych, które są niezbędne by przeprowadzić nawet najprostszą procedurę sądową, a które zwiększają potencjalne szanse na rozwiązanie zaistniałych problemów na legalnej, możliwie jak najmniej krzywdzącej kogokolwiek drodze. Kształcenie tego typu powinno tak naprawdę zagościć na wszystkich etapach systemu edukacji funkcjonującego w Polsce, aczkolwiek na poziomie uniwersyteckim wydaje się być już po prostu koniecznością. Młodzi ludzie o określonym poziomie wykształcenia zwyczajnie muszą być świadomi, że istnieje prawo, na czym polega i do czego służy, by móc współtworzyć zdrowe, rozwijające się społeczeństwo.

Rysunek 1
**Świadomość prawna społeczeństwa**




Źródło: opracowanie własne na podstawie: Woźniakowska-Fajst, 2012.

Edukacja prawna jest definiowana jako *wszelkiego rodzaju inicjatywy adresowane do różnych grup społecznych, mające na celu podniesienie wiedzy i świadomości prawnej (…), może być prowadzona za pomocą wydawnictw (podręczniki, broszury), szkoleń adresowanych do konkretnych odbiorców i działań* (Woźniakowska-Fajst, 2012). Oczywiście trudno jest określić jednoznacznie, które z proponowanych działań mogą być najbardziej skuteczne, dlatego też wydaje się niezbędne, by podejmować szeroko zakrojone akcje propagujące i poszerzające świadomość prawną.

Edukacja prawna wymaga między innymi informacji prawnej, która dociera do odbiorców w postaci broszur, ulotek informacyjnych, poradników i poprzez strony internetowe. Edukacja prawna obejmuje także poradnictwo prawne, które jest świadczone przez prawników. Porady przeznaczone są dla jednostek mających konkretne sytuacje problemowe, tj. podział majątku, rozwód itd. Edukacja prawna w połączeniu z informacją prawną i poradnictwem prawnym, zdaniem D. Woźniakowskiej-Fajst, stanowią spójny, dobrze skorelowany system stanowiący właśnie o świadomości prawnej społeczeństwa (Woźniakowska-Fajst, 2012). Najważniejszym elementem jest niewątpliwie edukacja prawna, którą należy prowadzić od najmłodszych lat i na wszystkich etapach nauczania szkolnego, przy czym początek powinien mieć już miejsce w przedszkolu. Ludzie potrzebują podstaw wiedzy na temat obowiązujących przepisów prawa, by normalnie funkcjonować i odnajdować się w mocno obecnie skomplikowanym pod tym względem świecie.

Za bardzo dobry przykład może posłużyć kwestia obecnie wdrażanej ustawy, nakładającej na właścicieli psów spacerujących ze swoimi zwierzakami bez smyczy bardzo konkretne kary (w wysokości nawet 5000 PLN lub kara więzienia). Wiele osób nie śledzi w jakiś szczególny sposób wiadomości telewizyjnych czy internetowych na ten temat i może być kompletnie nieświadoma, że taka kara może im grozić. I właśnie o to chodzi. O to, by nauczyć społeczeństwo, że powinno się interesować obowiązującymi prawami, a szczególnie zachodzącymi w nich zmianami, by nie popełnić kosztownych błędów i nie ściągnąć na siebie kłopotów. W ten sposób kształtuje się świadomość prawna społeczeństwa (rys. 1).

Świadomość prawna może być zatem postrzegana jako rodzaj procesu, w wyniku którego społeczeństwo przechodzi jakby na inny poziom rozwoju i zaczyna postrzegać swoje otoczenie w kontekście innych ludzi, obowiązujących przepisów i ładu publicznego.

## 3. Metodologia badań

Wyniki zaprezentowane w niniejszym artykule zostały uzyskane w trakcie badania ankietowego przeprowadzonego pośród wykładowców i studentów Uniwersytetu Śląskiego

(Wydział Nauk Społecznych), którzy nie mają bezpośredniego związku z typowymi prawniczymi przedmiotami. Nie chodziło bowiem o sprawdzenie czy osoby studiujące lub wykładające prawo mają zbudowaną świadomość prawną, ale właśnie o osoby spoza tego kręgu, które taką świadomość też powinny posiadać, a nie zawsze ją mają.

Celem przeprowadzonego badania było poznanie tego, jak studenci i wykładowcy postrzegają rolę uniwersytetu w kształtowaniu świadomości prawnej wśród społeczeństwa oraz samego znaczenia tej świadomości dla funkcjonowania państwa i jego obywateli.

W ramach badania autor szukał odpowiedzi na następujące pytania:

1. Czy wykładowcy i studenci uniwersytetu postrzegają świadomość prawną jako istotne zagadnienie, które trzeba kształtować we współczesnym społeczeństwie?
2. Czy czują się odpowiedzialni za budowanie świadomości prawnej obywateli, mimo, iż nie zajmują się prawem docelowo?
3. Czy ich zdaniem prawo powinien znać każdy obywatel?
4. Co można zrobić, by tak właśnie było?

Jako narzędzie badań wykorzystano kwestionariusz ankiety zbudowany z pytań zamkniętych. Kwestionariusz składał się z dwóch części. Część pierwsza obejmowała tytuł kwestionariusza oraz apel do respondentów. Podano w nim cel badań, instrukcję wypełnienia kwestionariusza oraz zapewnienie o anonimowości badań. Drugą część zbudowano z 15 pytań o charakterze merytorycznym dotyczącym badanej problematyki. Ze względu na dość zróżnicowaną wiekowo i stażowo grupę respondentów kwestionariusz nie zawierał tradycyjnej metryczki.

Podczas doboru grupy badawczej, pomimo swoistej przypadkowości, autor artykułu skoncentrował się na tym, by mężczyźni i kobiety stanowili mniej więcej takie same ilościowo grupy w obrębie 80 osób udzielających odpowiedzi oraz o podobną relacje ilościową pomiędzy studentami i wykładowcami.

## 4. Świadomość prawna w kontekście badania ankietowego

Zakres artykułu nie pozwala na szczegółowe omawianie wszystkich ankiet i odpowiedzi na 15 pytań, natomiast wydaje się, że dla przedmiotowego zagadnienia przedstawienie ogólnych wniosków wyciągniętych z analizy przeprowadzonych badań jest na chwilę obecną wystarczające.

Przede wszystkim, wśród wykładowców przekonanie o odpowiedzialności za budowanie świadomości prawnej w społeczeństwie jest znacznie wyższe niż wśród studentów, nawet pomimo tego, że ci ostatni na pytania dotyczące ich przyszłej roli w uczeniu innych o prawie i jego roli w ludzkim życiu odpowiadali w ok. 50–60% pozytywnie, zgadzając się, że jako przyszli menadżerowie, nauczyciele czy pracownicy administracyjni powinni być świadomi znaczenia prawa w życiu człowieka w dzisiejszym społeczeństwie. Jednak tylko ok. 25% z nich potwierdziło chęć realnego wspierania edukacji pod kątem kształtowania świadomości prawnej, podczas gdy wśród wykładowców uniwersyteckich osób uważających to za swój obowiązek było niemal 75%.

Wydaje się, że wśród przyczyn niezbyt silnego zaangażowania w promowanie świadomości prawnej przez studentów wysuwa się na prowadzenie przekonanie, że sami nie posiadają ani nie otrzymują odpowiedniej wiedzy na ten temat, dlatego też nie mogą być odpowiedzialni za wychowywanie w tej materii innych. Oznaczałoby to, że jednak pomimo świadomości wykładowców i ich poczucia odpowiedzialności, znacznie gorzej jest z realizacją tych postulatów. Nie jest wykluczone jednak, że jak wskazuje znaczna ich część, problem jest znacznie szerszy, ponieważ w kwestii świadomości prawnej społeczeństwa istnieją znaczne braki na wszystkich poziomach edukacji, bo już małe dzieci powinny być uczone o znaczeniu prawa w codziennym życiu ludzi i o jego podstawach tak, by jako dorośli ludzie mogli swobodnie korzystać z jego ochrony, jak również unikać niepotrzebnych konfliktów z prawem. Wykładowcy zwracali także uwagę na to, że problem często zaczyna się w domu rodzinnym, ponieważ rodzice nie wykazują zainteresowania tym, by kształtować w swoich dzieciach świadomości prawnej, bo zwyczajnie sami jej nie posiadają. Studenci z kolei podkreślali bardzo mocno to, że polskie regulacje prawne są nieprzejrzyste i nieustannie zmieniane, co powoduje liczne trudności z ich zrozumieniem czy poznaniem.

Zapytani o możliwości poprawy istniejącej sytuacji w tym zakresie, zarówno wykładowcy, jak i studenci mieli silnie podzielone zdania i niemal połowa z każdej z tych grup uznała, że to praktycznie niemożliwe, bo natłok informacyjny powodowany przez media powoduje, iż ludzie mają znaczne trudności z wyborem tych, które są dla nich istotne czy przydatne, a przy tym wykazują tendencje do większego zainteresowania sprawami o charakterze rozrywkowym, jak życie celebrytów, gotowanie czy urządzanie wnętrz. Istnieje niewątpliwie we współczesnym społeczeństwie przewaga konsumpcjonizmu nad innymi sferami życia i w efekcie skłonność do koncentrowania się na rzeczach relatywnie mało istotnych i niewymagających zastanowienia i myślenia. Świadomość prawna natomiast sytuuje się, jak wynika z rezultatów ankiety, w sferze kwestii bardziej złożonych, wymagających zrozumienia i kojarzenia, a to, jak podkreślają zwłaszcza ankietowani wykładowcy, nie jest obecnie mocną stroną społeczeństwa, w tym także studentów.

Z drugiej strony, część ankietowanych uznała, że można zrobić wiele w celu poprawy świadomości prawnej Polaków i że powinno to być jednym z nadrzędnych celów uniwersytetów właśnie. Nie chodzi tu bynajmniej o wprowadzenie obowiązkowych wykładów z zagadnień prawnych na wszystkich kierunkach, bo w zasadzie każdy normalny wykładowca i każdy student wie, jakie są efekty wykładów, nawet tych obowiązkowych. Nikt nie chce na nie chodzić, a ci co chodzą to zwykle zajmują się w tym czasie wszystkim, tylko nie uważnym słuchaniem. Potrzebne są niewątpliwie zmiany w obrębie samego systemu edukacji oraz w nastawieniu na określone cele edukacyjne. Zdecydowanie świadomość prawna powinna stać się jednym z kluczowych celów edukacyjnych

i zgadza się z tym znaczna ilość ankietowanych studentów i wykładowców.

Jednak w kwestii konkretnych rozwiązań pojawił się silny dysonans i właściwie żadne z podanych w kafeterii propozycji nie zyskała przewagi. Padło też niewiele propozycji własnych. Można z tego wywnioskować, że mamy tu do czynienia z bardzo poważnym problemem, ponieważ świadomość prawna jest czymś, czego potrzeba istnienia jest rozpoznawalna i podkreślana przez wszystkich, a jednocześnie brak jest koncepcji, w jaki sposób można ją zbudować. Najwięcej popularności zyskała propozycja, by prowadzić medialną kampanię społeczną, jednakże budzi ona także sporo wątpliwości co do realnej skuteczności z wymienionych już wcześniej względów. Niewątpliwie kampania taka ma spore szansę dotarcia do sporej części społeczeństwa, pytanie tylko, na ile przekaz ten będzie efektywny. Większość spośród ankietowanych wykładowców wskazała konieczność dużego uproszczenia treści w takiej kampanii po to, by mogła ona dotrzeć do każdego, co jednak zawsze oznacza ryzyko, że niektóre treści zostaną wypaczone i w efekcie błędnie odebrane.

Pojawiły się też pomysły takie, jak organizowanie na uniwersytetach festynów, których częścią będzie udzielanie porad prawnych przez doświadczonych adwokatów (teoretycznie istnieje już wiele punktów, gdzie można uzyskać taką poradę bezpłatnie, jednak nie jest to jak na razie forma rozpowszechniona) oraz przygotowanie broszurek wyjaśniających najważniejsze zagadnienia. Pewne jest to, że znalezienie odpowiedniego sposobu na nadgonienie istotnych opóźnień w tej materii nie jest sprawą prostą, tym bardziej, że sami prawnicy, na co wskazali przede wszystkim studenci, ale także kilku wykładowców, mają tendencje do mówienia do ludzi skomplikowanym, prawnym językiem, co powoduje zniechęcenie i brak zainteresowania u większości odbiorców. Coś, co jest niezrozumiałe, jest zwykle odrzucane i w efekcie nawet porady prawne mogą być pod tym względem kontrowersyjne, ponieważ prawnicy z racji wykonywanej pracy mają często problem z wyjaśnieniem tych wszystkich zawiłych kwestii w możliwie najbardziej zrozumiały sposób.

Z badania ankietowego wyniknęło wyraźnie kilka bardzo istotnych spostrzeżeń:

– potrzeba budowania świadomości prawnej w społeczeństwie polskim jest dostrzegana i uświadamiana,

– ankietowani dostrzegli także realnie niski poziom aktualnej świadomości prawnej obywateli (w tym często także własnej),

– dostrzeżono istnienie istotnych braków w świadomości prawnej społeczeństwa oraz liczne utrudnienia w jej rozwijaniu,

– jest, jednak w tym temacie potencjał i należy dążyć do jego rozwijania wszelkimi możliwymi środkami, ponieważ świadomość prawna jest obywatelom po prostu potrzebna.

Reasumując wyniki ankiety, zarówno wykładowcy, jak i studenci postrzegają uniwersytet jako instytucję, która ma do odegrania sporą rolę w kształtowaniu tej świadomości, być może nawet najważniejszą.

## 5. Podsumowanie

Świadomość prawna społeczeństwa wydaje się być w obecnych czasach zagadnieniem równie istotnym, jak problematycznym. Jest niewątpliwie niezbędne, by ją kształtować ze względu na to, że brak znajomości prawa niczego nie usprawiedliwia, a każde nowoczesne społeczeństwo powinno funkcjonować w określonym porządku. Na ile jednak uniwersytet może realnie wpływać na jej kształtowanie, zależy od wielu czynników, choć nie budzi wątpliwości stwierdzenie, że zadanie to powinno stać się jednym z priorytetowych, kluczowych zadań tej instytucji.

Świadomość prawna powstaje jako wypadkowa kilku istotnych elementów, w tym edukacji prawnej, informacji prawnej i poradnictwa prawnego. Nie bierze się z niczego i wiele osób (szczególnie edukatorów i wychowawców) musi pracować nad tym, by ją właściwie ukształtować. Wynik ankiety pokazuje, że Polska w tym względzie jest właściwie na początku drogi, a świadomość prawna jako taka dopiero kiełkuje wśród jej obywateli. Tym bardziej ważne jest, by uniwersytety współdziałały ze sobą po to, by promować ideę znajomości prawa jako niezbędnego elementu życia każdego człowieka. Dotyczy to szczególnie świadomości tego, że prawo niekoniecznie jest zawsze przeciwko obywatelowi, jak wydaje się wielu osobom, ale często okazuje się sprzymierzeńcem, o ile tylko osoba, której dana kwestia dotyczy, potrafi wykorzystać istniejące regulacje dla swojej obrony. Jednak, by móc to zrobić, obywatele powinni być bardziej świadomi swoich praw i obowiązków (także ograniczeń).

## Bibliografia

Gęsicki, J. (2010). Zmiany prawa oświatowego a reforma edukacyjna. W: J. Bielecki, A. Jacewicz (red.), *Edukacja z perspektywy przezmian kulturowo-społecznych wczoraj — dziś — jutro*. Białystok: Wyd. NWSP.

Jankowski, D. (2001). *Edukacja wobec zmiany*. Toruń: Wyd. „Adam Marszałek".

Nowak, A. (2005). *Zarys prawa dla pedagogów społecznych*. Katowice: Wydawnictwo Śląskiej Wyższej Szkoły Zarządzania im. Gen. Jerzego Ziętka w Katowicach.

Radziewicz-Winnicki, A. (2008). *Pedagogika społeczna w obliczu realiów codzienności*. Warszawa: Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne.

Redelbach, A. & S. Wronkowska, Ziembiński, Z. (1992). *Zarys teorii państwa i prawa*. Warszawa: PWN.

Schmidt, D. (2011). Koncepcja niemieckiej Pedagogiki prawa w ujęciu Sigun von Hasseln. W: J. Utrat-Milecki (red.). *Prawo i ład społeczny. Integralnokulturowa analiza zagadnienia racjonalności. Artykuły i szkice*. Warszawa: Wyd. Uniwersytetu Warszawskiego.

Woźniakowska-Fajst, D. (2012). *Edukacja prawna — możliwość, szanse, bariery*. Warszawa: INPRIS.

TOM LXXII • NR 3 (849) • DOI 10.33226/0137-5490.2019.3.44

# Zasady ogólne prawa przedsiębiorców i ich wpływ na budowanie relacji partnerskich między przedsiębiorcami a organami administracji publicznej

## General principles in the Entrepreneurs' Law and their impact on building partnership relations between entrepreneurs and public administration authorities

***mgr Katarzyna Ziółkowska***

E-mail: k.ziolkowska@wpia.uw.edu.pl

**Streszczenie**

Nowe przepisy regulujące stosunki między przedsiębiorcami a organami administracji publicznej zostały ujęte w ustawie Prawo przedsiębiorców z 6 marca 2018 r. Jako główny akt prawny mający zastosowanie do szeroko pojętego prowadzenia działalności gospodarczej, zastąpiła ona uprzednio obowiązującą ustawę o swobodzie działalności gospodarczej z 2 lipca 2004 r. Jedną z podkreślanych różnic pomiędzy tymi ustawami jest odmienne uregulowanie podejścia organu administracji do przedsiębiorcy, mające w nowej ustawie charakter *pro libertate*. Siedem wybranych do analizy zasad ogólnych zawartych w Prawie przedsiębiorców ma stanowić, w założeniu twórców regulacji, podstawę do budowania partnerskich relacji pomiędzy tymi podmiotami.

Omówienie kolejno tych zasad, a także zestawienie ich z tymi obowiązującymi uprzednio na gruncie u.s.d.g. oraz obecnie na podstawie innych aktów prawnych, takich jak Konstytucja RP, Kodeks postępowania administracyjnego, czy Ordynacja podatkowa, ma służyć przeanalizowaniu skutków prawnych zmian, jakie niesie za sobą Prawo przedsiębiorców w tym zakresie. Analizę zamyka sformułowanie odpowiedzi na pytanie: czy zasady ogólne w nowej ustawie rzeczywiście stanowią novum w krajowej regulacji prowadzenia działalności gospodarczej?

**Słowa kluczowe:** Prawo przedsiębiorców, zasady ogólne, przedsiębiorcy, organy administracji publicznej.

**Summary**

New legal provisions regulating relations between entrepreneurs and public administration authorities have been included in the Entrepreneurs' Law of March 6, 2018. As the main legal act applicable to the broadly understood business activity, it replaced the previously binding Act on the freedom of economic activity of July 2, 2004. One of the highlighted differences between these legal acts is a different regulation of the administration authority's approach to the entrepreneur, which in the new act has a *pro libertate* character. The seven selected for the analysis general principles in the Entrepreneurs' Law are supposed to be the basis for the establishment of partnership relations between these entities.

Discussing these principles, and comparing them with those previously binding on the basis of Act on the freedom of economic activity, as well as currently, on the basis of other legal acts, such as the Constitution of the Republic of Poland, the Code of Administrative Procedure, or the Tax Ordinance, should result in pointing out legal consequences of the changes arising from the Entrepreneurs's Law. The objective of the analysis is to answer the question: do the general principles in the new act really constitute a novelty in the national regulation as to the conditions of conducting economic activity?

**Key words:** Entrepreneurs' Law, general principles, entrepreneurs, public administration authorities.

## 1. Wprowadzenie

Ustawa Prawo przedsiębiorców została uchwalona 6 marca 2018 r. i zastąpiła uprzednio obowiązującą ustawę o swobodzie działalności gospodarczej z 2 lipca 2004 r. jako główny akt prawny mający zastosowanie do prowadzenia działalności gospodarczej w Rzeczypospolitej Polskiej. Uzasadnienie do projektu Prawa przedsiębiorców określa je „jako jeden z centralnych elementów przebudowy i reformy prawno-instytucjonalnego otoczenia przedsiębiorców oraz wykonywanej

przez nich działalności gospodarczej" (Minister Rozwoju i Finansów — MRiF, 2017, s. 1). Cel wyznaczony w tej ustawie to przede wszystkim gruntowna reforma prawa gospodarczego poprzez tworzenie korzystnych, przejrzystych i stabilnych warunków prowadzenia działalności gospodarczej, wzmocnienie gwarancji wolności i praw przedsiębiorców, a poprzez to zmniejszenie ryzyka biznesowego oraz technologicznego i jednocześnie zwiększenie motywacji przedsiębiorców do podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej (MRiF, 2017, s. 1). Podkreślano również konieczność uspójnienia przepisów w ujęciu systemowym — Prawo przedsiębiorców jest tylko jedną z ustaw uchwalonych od nowa, bądź znowelizowanych w ramach pakietu znanego powszechnie pod nazwą „Konstytucja dla biznesu"[1].

Ze wszystkich przepisów składających się na Prawo przedsiębiorców, szczególnie istotne znaczenie mają te zawarte w części ogólnej. Wyznaczają one, oprócz zakresu ustawy oraz podstawowych definicji legalnych, pożądane wzorce zachowania dla podmiotów objętych zakresem regulacji. Wskazują także, jak powinny być interpretowane pozostałe przepisy szczególne.

Wśród nich wyjątkową rolę można przypisać zasadom mającym podstawowe znaczenie dla kształtowania relacji przedsiębiorców z organami administracji. Są to: zasada wolności działalności gospodarczej i równości przedsiębiorców, zasada „co nie jest prawem zabronione, jest dozwolone", zasada domniemania uczciwości przedsiębiorcy, zasada przyjaznej interpretacji przepisów, zasada pogłębiania zaufania do organu administracji, zasada pewności prawa oraz zasada rozstrzygania wątpliwości faktycznych na korzyść przedsiębiorcy. Normy te stanowią zarówno podstawowe gwarancje proceduralne dla przedsiębiorców, jak i dyrektywy postępowania dla organów administracji. Co do zasady więc, mimo że posiadają niewątpliwie walor informacyjny dla podmiotów wykonujących działalność gospodarczą i w takim sensie są do nich skierowane, głównymi adresatami przepisów ustanawiających te zasady ogólne są właśnie organy administracji. Normy te mają przy tym moc wiążącą i niezastosowanie się do nich przez organ przy wydawaniu aktu administracyjnego może powodować wadliwość tego aktu, tzn. mogą stanowić samodzielną podstawę do odwołania czy unieważnienia decyzji administracyjnej, a nawet do odpowiedzialności organu lub jego pracownika.

Istotnym, choć pozanormatywnym celem zakładanym przez twórców ustawy była zmiana wciąż obecnego w niektórych przypadkach wyobrażenia przedsiębiorcy jako „petenta". Odnotowywany dynamiczny rozwój gospodarczy oraz podkreślane w opinii publicznej znaczenie nowych inwestycji dla utrzymania korzystnej koniunktury wymagał, według ustawodawcy, ustalenia standardów odmiennego podejścia do prowadzenia działalności gospodarczej, także z perspektywy funkcji administrujących państwa. Nowe zasady w Prawie przedsiębiorców mają zatem na celu zapoczątkowanie zmian w „mentalności urzędników".

Analiza przeprowadzona w niniejszym artykule skupia się na dotarciu do źródeł wybranych siedmiu zasad ogólnych Prawa przedsiębiorców i przez to zbadaniu, czy rzeczywiście niosą one za sobą zapowiadaną przez twórców ustawy głęboką, systemową zmianę podstaw budowania relacji pomiędzy organem administracji a przedsiębiorcą. Skonfrontowanie tych zasad z przepisami obowiązującymi na mocy innych aktów prawnych pozwoli ocenić stopień deklarowanej „przełomowości" Prawa przedsiębiorców. Zidentyfikowane zostaną w końcu bezpośrednie skutki prawne wprowadzenia tych zasad do porządku prawnego w porównaniu ze stanem sprzed wejścia w życie ustawy.

## 2. Zasada wolności działalności gospodarczej i równości przedsiębiorców — art. 2

Zasada ta ma swój pierwowzór w art. 22 Konstytucji RP, zgodnie z którym ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Orzecznictwo przesądziło o dwojakiej naturze tej normy prawnej — z jednej strony należy traktować ją jako zasadę ustroju gospodarczego kraju (poszanowanie wolności gospodarczej obowiązkiem organów władzy publicznej), a z drugiej — może być ona podstawą do konstruowania prawa prawa podmiotowego, przysługującego każdemu, kto podejmuje działalność gospodarczą (Wyroki TK z 10.04.2001, U 7/00; z 2.12.2002, SK 20/01; z 29.04.2003, SK 24/02; z 13.01. 2004, SK 10/03). Jej konkretyzacja została zawarta kolejno w u. s. d. g, a następnie w art. 3 Prawa przedsiębiorców. Obecne brzmienie tego przepisu to: „Podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach".

Przede wszystkim, w niezmienionym od czasów u.s.d.g. kształcie wyznaczony jest zakres przedmiotowy normy. Zasada ma zatem zastosowanie do wszystkich aspektów prowadzenia działalności gospodarczej — od podjęcia, poprzez wykonywanie, aż do zakończenia.

Zasada wskazuje także na równość podmiotów, których sytuację prawną reguluje Prawo przedsiębiorców. W tym względzie stanowi ona normę pochodną, konkretyzującą kolejną konstytucyjną zasadę — równości wobec prawa ustanowioną w art. 32 Konstytucji RP. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego jest ona uznawana za samodzielną podstawę prawną nakazu równego (jednakowego) traktowania przez władze publiczne wszystkich podmiotów charakteryzujących się w takim samym stopniu tą samą, relewantną cechą (Wyrok TK z 9.03.1988, U 7/87 w związku z wyrokiem TK z 16.12.1997, K 8/97; wyrok TK z 13.11.2018, SK 17/17).

Obecna regulacja tej zasady, zawarta w Prawie przedsiębiorców, w znacznej części pokrywa się z tą obowiązującą na mocy u.s.d.g. W pracach nad Prawem przedsiębiorców zdecydowano o wykreśleniu sformułowania (…) *z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa*, które zawierał art. 6 ust. 1 u.s.d.g. Twórcy ustawy nie skomentowali powodów tej zmiany, ale należy ocenić, że dopisek ten był już na gruncie u.s.d.g. zbędny. Całokształt otoczenia prawnego prowadzenia działalności gospodarczej nie pozostawia wątpliwości, że prawa i swobody z nią związane nie są nieograniczone i wymagają dostosowania się do przepisów, które mogą niekiedy określać dodatkowe warunki do spełnienia.

## 3. Zasada „co nie jest prawem zabronione, jest dozwolone" — art. 8

Zgodnie z art. 8 Prawa przedsiębiorców, przedsiębiorca z jednej strony może podejmować wszelkie działania, z wyjątkiem tych, których zakazują przepisy prawa, a z drugiej — może być on obowiązany do określonego zachowania tylko na podstawie przepisów prawa. Obie części składają się razem na zasadę, która w uzasadnieniu do ustawy została nazwana zasadą: „co nie jest zabronione, jest dozwolone" (MRiF, 2017, s. 5). Zawiera ona w sobie dwa aspekty: pozytywny i negatywny. W sensie pozytywnym ustala ona, że nałożenie jakiegokolwiek obowiązku na przedsiębiorcę (nakaz) musi mieć odniesienie w przepisach prawa. Od strony negatywnej oznacza, że także jakiekolwiek ograniczenie swobody działania (zakaz) musi mieć podstawę prawną. Skierowana jest zarówno do organów administracji, jak i do przedsiębiorców.

Twórcy ustawy wskazali, że zasada ta, ze względu na to, że ma źródło w konstytucyjnej wolności człowieka (art. 31 ust. 1 Konstytucji RP), jest *inherentną cechą każdego wolnościowego oraz demokratycznego porządku prawnego.*

Chociaż uprzednio nie była ona wprost wyrażona w u.s.d.g., to nie należy wyciągać wniosku, że nie była w ogóle obecna w krajowym systemie prawnym. Została zawarta, w nieco zmienionym brzmieniu, w art. 4 ustawy o działalności gospodarczej z 1988 r., zgodnie z którym ustanowiono, że przedsiębiorcy mogą w ramach prowadzonej działalności gospodarczej dokonywać czynności oraz działań, które nie są przez prawo zabronione. Choć przepis ten został pominięty w pracach nad u.s.d.g., gwarancje dla przedsiębiorców można było wyinterpretować z art. 22 oraz 31 ust. 1 Konstytucji RP, a przede wszystkim z zasady demokratycznego państwa prawnego ustanowionej w art. 2 Konstytucji RP (Garlicki, 2012, s. 60–61). W stosunku do przedsiębiorców (a zatem podmiotów prywatnych) powiela ona rozwiązanie zawarte już w Konstytucji RP w zakresie fundamentalnych granic wolności. Art. 8 zd. 2 Prawa przedsiębiorców zawierający dyrektywę działania organów administracji, również nie jest nowością w krajowym porządku prawnym — powinność ta wynika wprost z zasady legalizmu, mającej swoje źródła w Konstytucji RP oraz k.p.a.

Zasada wydaje się wprost wskazywać, że ograniczenia, z którymi musi liczyć się przedsiębiorca w prowadzeniu działalności gospodarczej to wyłącznie te wynikające z przepisów prawa. Tymczasem ustawodawca postanowił pozostawić w mocy zasadę obowiązującą w porządku prawnym z u.s.d.g., zgodnie z którą przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, poszanowania dobrych obyczajów oraz słusznych interesów innych przedsiębiorców i konsumentów, a także poszanowania oraz ochrony praw i wolności człowieka (art. 9 Prawa przedsiębiorców). W uzasadnieniu do poprzedniego projektu ustawy mającej zastąpić u.s.d.g. (Prawo działalności gospodarczej z 2 czerwca 2015 r.), w której znalazły się propozycje analogicznych przepisów, wskazano, że zasada „co nie jest prawem zabronione, jest dozwolone" będzie miała zastosowanie tylko w obszarze regulowanym prawem publicznym. Tymczasem *w sferze prywatnoprawnej, oprócz przepisów prawa ważne znaczenie mają ograniczenia wynikające z klauzul generalnych, np. zasad współżycia społecznego, dobrych obyczajów, uczciwej konkurencji* (Minister Gospodarki, 2015, s. 9). W literaturze stwierdza się, że podział ten nie odpowiada rzeczywistości (Mokrysz-Olszyńska, 2015, s. 129–142). Choć ustawodawca nie wskazuje, czy na gruncie Prawa przedsiębiorców należy stosować tożsamą wykładnię, to wydaje się, że wprowadzenie tych dwóch przepisów i umiejscowienie ich obok siebie nie jest przypadkowe, a tym bardziej nie powinno służyć temu by wprowadzać sprzeczność w ustawie. Należy zatem ocenić, że zakres swobody przedsiębiorcy w prowadzeniu przez niego działalności gospodarczej ograniczony jest nie tylko przepisami, ale także zasadami uczciwej konkurencji, dobrymi obyczajami oraz słusznymi interesami innych przedsiębiorców i konsumentów, a także prawami i wolnościami człowieka.

W literaturze podnosi się ponadto problemy interpretacyjne związane z użyciem przez ustawodawcę określenia „przepisy prawa", podczas gdy wydaje się, że celowym byłoby mówienie w tym miejscu o „normie prawnej" (Zdyb, 2018, s. 12).

## 4. Zasada domniemania uczciwości przedsiębiorcy — art. 10 ust. 1

Podstawowe założenia tzw. zasady domniemania uczciwości przedsiębiorcy, zwanej także w literaturze zasadą zaufania do przedsiębiorcy (Dobaczewska, Powałowski, Wolska, 2018) zawiera ustęp pierwszy art. 10 Prawa przedsiębiorców, zgodnie z którym organ kieruje się w swoich działaniach zasadą zaufania do przedsiębiorcy, zakładając, że działa on zgodnie z prawem, uczciwie oraz z poszanowaniem dobrych obyczajów. W uzasadnieniu do ustawy wyjaśniono, że wszelkie odstępstwa od tego modelu postawy przedsiębiorcy należy traktować jako wyjątki, które wymagają „przekonującego udowodnienia" (MRiF, 2017, s. 33). W literaturze został zaprezentowany pogląd, że na mocy tego przepisu organy administracji zostały zobligowane do udowodnienia zaistnienia *przesłanek ustawowych podejmowania interwencji wobec przedsiębiorcy* (Dobaczewska, 2018). Materiały informacyjne przygotowane przez Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii, skierowane w głównej mierze do przedsiębiorców, wskazują natomiast, że wprowadzenie tej zasady oznacza dla przedsiębiorcy to, że powołując się na domniemanie, może on *bronić się przed arbitralnymi działaniami organu i od teraz to organ musi wykazać fakt naruszenia przepisów w postępowaniu wszczętym wobec przedsiębiorcy, aby obciążyć go sankcjami lub innymi negatywnymi konsekwencjami* (Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii, 2018, s. 17).

Przywołane wyżej opracowania zdają się sugerować, że mamy do czynienia z rewolucyjną zmianą legislacyjną na korzyść przedsiębiorcy. Tymczasem norma prawna opisana w art. 10

ust. 1 Prawa przedsiębiorców pokrywa się w dużym zakresie z zasadą legalizmu, która na mocy art. 7 Konstytucji RP, art. 6 k.p.a., a także art. 120 o.p. nakazuje organom działać na podstawie i w granicach prawa. Na mocy tych zasad ustawodawca nałożył na organy administracyjne pośrednio, konkretyzując następnie etapie przepisów szczegółowych, obowiązek uzasadniania swoich rozstrzygnięć na gruncie zarówno stanu faktycznego, jak i prawnego.

Zgodzić należy się przy tym ze stanowiskiem zaprezentowanym w literaturze, że *w Polsce, jak i w wielu innych krajach przestępczość gospodarcza występuje i pewnie będzie miała i w przyszłości miejsce, ale nie oznacza to, że każdego należy traktować jako potencjalnego przestępcę. Nie oznacza to także, że należałoby liberalizować sankcje za łamanie prawa. Zasada, że nie opłaci się być nieuczciwym powinna mieć swoje uzasadnienie w prawie. Nie może to jednak przekreślać zasady zaufania do przedsiębiorcy, któremu nie można przedstawić zarzutów naruszenia prawa* (Zdyb, 2018, s. 12). Niezwykle trudno jest natomiast uchwycić rzeczywisty wpływ na sytuację prawną przedsiębiorców nałożenia na organy administracji, na mocy art. 10 ust. 1 Prawa przedsiębiorców, obowiązku zmiany podejścia do przedsiębiorców i traktowania ich jak uczciwych uczestników rynku.

## 5. Zasada rozstrzygania wątpliwości faktycznych na korzyść przedsiębiorcy — art. 10 ust. 2

Art. 10 ust. 2 Prawa przedsiębiorców nakazuje organom administracji rozstrzygać na korzyść przedsiębiorcy niedające się usunąć wątpliwości co do stanu faktycznego w zakresie, w jakim dotyczy on postępowania, którego przedmiotem jest nałożenie na przedsiębiorcę obowiązku bądź ograniczenie lub odebranie uprawnienia. Ust. 3 tego artykułu zawiera katalog wyjątków od tej normy.

Zasada ta, na długo przed uchwaleniem Prawa przedsiębiorców, była przedmiotem analizy w orzecznictwie sądów administracyjnych, nawiązujących do obowiązującej w procesie karnym zasady *in dubio pro reo*. W zakresie stosowalności tej zasady w postępowaniu podatkowym, Naczelny Sąd Administracyjny przesądził, że niejasności lub wątpliwości dotyczące oceny stanu faktycznego nie mogą być rozstrzygane na niekorzyść podatnika (Wyrok NSA z 18.01.1988, III SA 964/87). Podobną wykładnię przyjęto dla procedury administracyjnej regulowanej przepisami k.p.a. (Wyrok NSA z 31.03.2015, II OSK 2076/13), a od 1 czerwca 2017 r. ustawodawca zdecydował się także umieścić tę zasadę bezpośrednio w k.p.a., dodając art. 81a w brzmieniu, z którego następnie, jak się wydaje, zaczerpnięto przy pracach nad Prawem przedsiębiorców.

Przepisy art. 10 ust. 2 i 3 Prawa przedsiębiorców oraz art. 81a §1 i 2 k.p.a. nie różnią się niemal wcale. Najistotniejsza różnica dotyczy nomenklatury — k.p.a. mówi o „stronie", a Prawo przedsiębiorców o „przedsiębiorcy".

## 6. Zasada przyjaznej interpretacji przepisów — art. 11

Zasada przyjaznej dla przedsiębiorcy interpretacji przepisów przez organy stosujące prawo została zawarta w art. 11 Prawa przedsiębiorców, zgodnie z którym jeżeli przedmiotem postępowania przed organem jest nałożenie na przedsiębiorcę obowiązku bądź ograniczenie lub odebranie uprawnienia, a w sprawie pozostają wątpliwości co do treści normy prawnej, wątpliwości te są rozstrzygane na korzyść przedsiębiorcy. Zakres stosowania tej zasady jest ograniczony przypadkami, w których nie znajdzie ona zastosowania. Takim wyjątkiem będzie przede wszystkim sytuacja, w której sporne interesy stron albo interesy osób trzecich, na które wynik postępowania ma bezpośredni wpływ, sprzeciwiają się zastosowaniu tej normy, a także jeśli odstąpienia od zastosowania tej zasady wymaga ważny interes publiczny, w tym istotne interesy państwa, a w szczególności jego bezpieczeństwa, obronności lub porządku publicznego. Zasada ta wyznacza regułę interpretacyjną, która powinna przeważać w przypadku wątpliwości związanych z wykładnia wskazanych przepisów. Chodzi tu przy tym o specyficznie rozumianą wykładnię celowościową (przy zachowaniu określonych warunków preferowane są rozstrzygnięcia na korzyść określonego podmiotu, tu: przedsiębiorcy), która zasadniczo powinna mieć pierwszeństwo przed innymi regułami wykładni w przypadku wątpliwości (Smarż, 2017, s. 57–74).

Zasada ta, określa także mianem *in dubio pro libertate*, w pierwszej kolejności została wywiedziona przez Trybunał Konstytucyjny z zasady demokratycznego państwa prawa, który nazwał ją nawet „oczywistością w demokratycznym państwie" (Wyrok TK z 28.05.2003, K 44/02). W 2008 r. Trybunał Konstytucyjny włączył ją do katalogu zasad konstytucyjnych (Wyrok TK z 27.06.2008, K 52/07).

Art. 11 Prawa przedsiębiorców stanowi niemal dosłowne powtórzenie art. 7a k.p.a., który co do zasady nakazuje organom administracji rozstrzygać wątpliwości na korzyść strony (w tym także przedsiębiorcy) i zawiera daleko idące podobieństwa z wyrażoną na gruncie prawa podatkowego w art. 2a o.p. zasadą *in dubio pro tributario*, a nawet stworzonymi przez judykaturę zasadami „w razie wątpliwości na rzecz podmiotu sankcjonowanego/zobowiązanego" lub „w razie wątpliwości na rzecz jednostki/obywatela" (Uchwała TK z 11.01.1995, W 11/94; Wyrok TK z 19.11.1996, K 7/95).

## 7. Zasada pogłębiania zaufania do organu administracji — art. 12

Art. 12 Prawa przedsiębiorców jest wyrazem tzw. zasady pogłębiania zaufania, zasady lojalności państwa wobec obywatela, czy krócej zasady zaufania, stanowiąc że organ prowadzi postępowanie w sposób budzący zaufanie przedsiębiorców do władzy publicznej, kierując się zasadami proporcjonalności, bezstronności i równego traktowania.

Również ta zasada jest już silnie ugruntowana w polskim porządku prawnym i została wywiedziona przez Trybunał Konstytucyjny z zasady demokratycznego państwa prawa (Garlicki, 2012, s. 62). W jednym ze swoich wyroków wyjaśnił on, że *zasada zaufania wywodzona z art. 2 Konstytucji oznacza, że jednostka ma prawo oczekiwać od władzy, której zachowanie się ocenia, czytelności, przejrzystości, poszanowania zasad systemowych gwarantujących ochronę praw człowieka* (Wyrok TK z 12.04.2012, SK 30/10). W najnowszym orzecznictwie Trybunał stwierdził nawet, że zaufanie obywateli do państwa jest podstawową, z punktu widzenia wymogów demokratycznego państwa prawnego, wartością (Wyrok TK z 26.04.2018, K 6/15).

Norma określona w art. 12 Prawa przedsiębiorców pokrywa się ponadto zakresowo w znacznym stopniu z zasadą prowadzenia postępowania podatkowego w sposób budzący zaufanie z art. 121 § 1 o.p. oraz stanowi prawie całkowite powtórzenie art. 8 § 1 k.p.a. Różnica ogranicza się do użycia określenia „przedsiębiorców", podczas gdy k.p.a. odnosi się do „uczestników".

## 8. Zasada pewności prawa — art. 14

Zgodnie z art. 14 Prawa przedsiębiorców organ bez uzasadnionej przyczyny nie odstępuje od utrwalonej praktyki rozstrzygania spraw w takim samym stanie faktycznym i prawnym. Zasada ta, znana także pod nazwą zasady pewności prawa, ustanawia obowiązek po stronie organów administracji jednolitego stosowania prawa.

Treść zasady stanowi niemal całkowicie wierne powtórzenie art. 8 § 2 k.p.a. Na gruncie procedury administracyjnej (ale nie wyłącznie w odniesieniu do k.p.a.) Naczelny Sąd Administracyjny przesądził, że zasada ta oznacza, że *organy administracji mogą oczywiście zmienić pogląd co do sposobu rozstrzygania spraw. Jeżeli jednak prowadzi to do sytuacji, gdy w takich samych sprawach zapadać będą różne decyzje i taka zmienność nie zostanie przekonywająco uzasadniona, to naruszona zostanie zasada ochrony zaufania obywatela do państwa* (Wyrok NSA z 8.04.1998, I SA/Łs 652/97). Ma ona zatem umożliwiać prognozowanie działań organów państwa i przez to planowanie przez jednostkę działań własnych. Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie wielokrotnie podkreślał, że zasada ta wywodzi się z zasady demokratycznego państwa prawnego i ma zastosowanie ogólnie do organów państwa i nie ogranicza się wyłącznie do k.p.a. (Wyroki TK z 8.07.2014, K 7/13; z 14.12.2017, K 36/15).

Z pojęciem utrwalonej praktyki można spotkać się także w art. 35 Prawa przedsiębiorców, który stanowi niejako doprecyzowanie umawianej zasady, wskazując przedsiębiorcy konkretne sposoby, którymi może się posłużyć, by wykazać utrwaloną w danym organie praktykę.

## 9. Zakończenie

Analiza przeprowadzona powyżej wykazała, że wybrane zasady ogólne w Prawie przedsiębiorców, rozpatrywane pojedynczo, stanowią co do zasady powtórzenie lub nieznaczne rozwinięcie zasad ugruntowanych już w doktrynie prawa konstytucyjnego lub szerzej w prawie publicznym. Nie ulega zatem wątpliwości, że zasady te same w sobie nie stanowią żadnego *novum* w naszym porządku prawnym. U źródeł art. 2, 8, 10, 11, 12, 14 Prawa przedsiębiorców są przepisy Konstytucji RP, k.p.a., o.p., uprzednio obowiązującej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, a nawet jeszcze wcześniejszej ustawy o działalności gospodarczej oraz wybrane tezy z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego i sądów powszechnych. Daleko idące zbieżności niektórych przepisów Prawa przedsiębiorców z przepisami zamieszczonymi w innych ustawach (w szczególności k.p.a.) może zostać wręcz uznane za niepożądane, w świetle Zasad techniki prawodawczej, powtarzanie przepisów. Należałoby ocenić, czy zastosowania nie powinien mieć § 4 ust. 3 Zasad, który w sytuacjach analogicznych zaleca tworzenie odesłań do odpowiednich ustaw.

Jako całość zasady te mogą mieć jednak charakter programowy. Jako swoistą nowość należałoby wówczas uznać zebranie tych zasad razem, w akcie prawnym rangi ustawowej, opatrzonym mianem „prawa" i skierowanym do szczególnej grupy społecznej. Jako takie posiadałby niewątpliwie wymiar informacyjno-symboliczny, co także zostało podkreślone przez twórców ustawy (MRiF, 2018, s. 9). Podkreślenie tego głównie „wychowawczego" aspektu dążenia do zbudowania partnerskich relacji między przedsiębiorcami i organami administracji, wymaga jednak równolegle stwierdzenia, że wprowadzenie wymienionych wyżej zasad ogólnych Prawa przedsiębiorców nie powoduje drastycznej zmiany sytuacji przedsiębiorców.

Zaletą ograniczenia się do funkcjonujących już w porządku prawnym zasad ogólnych jest fakt, że istnieje rozbudowane orzecznictwo rozwijające te zasady, a każda z tych nich była przedmiotem szerokich analiz w literaturze. Istnieją zatem ugruntowane już w porządku prawnym podstawy i wskazówki co do wykładni zasad ogólnych Prawa przedsiębiorców. Wskazać można ponadto walory praktyczne umiejscowienia wszystkich tych zasad w jednym akcie prawnym, który ma ułatwić przedsiębiorcom korzystanie ze swoich uprawnień.

Z tego punktu widzenia podkreślanie odmienności Prawa przedsiębiorców od przepisów obowiązujących przed jego wejściem w życie nie tylko mija się z prawdą, ale może wprowadzić w błąd podmioty zobowiązane do stosowania się do tej ustawy. Warunkiem skorzystania z dotychczasowego dorobku judykatury i doktryny jest świadomość podmiotów uprawnionych lub zobowiązanych na mocy przepisów Prawa przedsiębiorców, że mają do tego prawo. Niewykluczone zatem, że zdecydowanie bardziej korzystne dla przedsiębiorców byłoby przedstawienie stanowiska przez organy państwowe, z którego wprost wynikałoby, że zasady ogólne Prawa przedsiębiorców nie stanowią nowości w porządku prawnym, a przeciwnie — stanowią podstawę do kontynuacji budowania relacji partnerskich pomiędzy przedsiębiorcami, a organami administracji w oparciu o normy wywodzące się z Konstytucji RP.

[1] Potocznie stosowana nazwa pakietu ustaw składającego się z: ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców, ustawy z dnia 6 marca 2018 r. o Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców, ustawy z dnia 6 marca 2018 r. o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej i Punkcie Informacji dla Przedsiębiorcy, ustawy z dnia 6 marca 2018 r. o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Przepisy wprowadzające ustawę — Prawo przedsiębiorców oraz inne ustawy dotyczące działalności gospodarczej.

## Bibliografia


Dobaczewska, A., Powałowski, A., Wolska, H. (2018). *Nowe prawo przedsiębiorców*. Warszawa: C.H. Beck

Garlicki, L. (2012). *Polskie prawo konsytucyjne*. Warszawa: Liber.

Konstytucja RP z 2.04.1997. Dz. U. 1997 nr 78, poz. 483, z późn. zm.

Minister Gospodarki (2015). Uzasadnienie Projektu ustawy — Prawo działalności gospodarczej. Pobrano z: https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12273104/12293101/12293102/dokument166941.pdf; (29.11.2018).

Minister Rozwoju i Finansów (2018). Uzasadnienie Projektu ustawy — Prawo przedsiębiorców. Pobrano z: https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12295217/12416233/12416234/dokument274275.pdf; (29.11.2018).

Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii (2018). Konstytucja Biznesu i inne zmiany prawne dla firm. Pobrano z: https://www.mpit.gov.pl/media/56141/Broszura_o_KB.pdf; (29.11.2018).

Mokrysz-Olszyńska, A. (2015). Zasada „wszystko, co nie jest prawem zabronione, jest dozwolone" w świetle klauzuli dobrych obyczajów i wymogu staranności zawodowej. *Roczniki Administracji i Prawa*, (XV), 129–142.

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 20.06.2002 w sprawie „Zasad techniki prawodawczej". Dz. U. z 2016 poz. 283.

Smarż, J. (2017). Zasada in dubio pro libertate w przepisach Kodeksu postępowania administracyjnego. *Studia Prawnicze*, (4), 57–74.

Uchwała TK z 11.01.1995, W 11/94.

Ustawa z 14.06.1960 Kodeks postępowania administracyjnego. Dz. U. 2018 poz. 2096, z późn. zm.

Ustawa z 2.07.2004 o swobodzie działalności gospodarczej. Dz. U. 2017 poz. 2168, z późn. zm.

Ustawa z 23.12.1988 o działalności gospodarczej. Dz. U. 1988 nr 41, poz. 324, z późn. zm.

Ustawa z 29.08.1997 Ordynacja podatkowa. Dz. U. 2018 poz. 1629, z późn. zm.

Ustawa z 6.03.2018 Prawo przedsiębiorców. Dz. U. 2018 poz. 646, z późn. zm.

Wyrok NSA z 18.01.1988, III SA 964/87.

Wyrok NSA z 31.03.2015, II OSK 2076/13.

Wyrok NSA z 8.04.1998, I SA/Łs 652/97.

Wyrok TK z 10.04.2001, U 7/00.

Wyrok TK z 12.04.2012, SK 30/10.

Wyrok TK z 13.01.2004, SK 10/03.

Wyrok TK z 13.11.2018, SK 17/17.

Wyrok TK z 14.12.2017, K 36/15.

Wyrok TK z 16.12.1997, K 8/97.

Wyrok TK z 19.11.1996, K 7/95.

Wyrok TK z 2.12.2002, SK 20/01.

Wyrok TK z 26.04.2018, K 6/15.

Wyrok TK z 27.06.2008, K 52/07.

Wyrok TK z 28.05.2003, K 44/02.

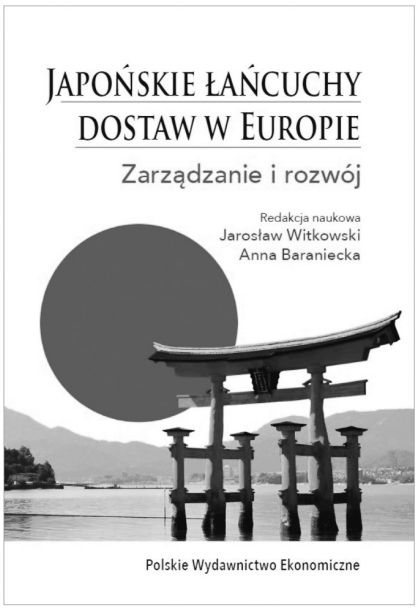
Wyrok TK z 29.04.2003, SK 24/02.

Wyrok TK z 8.07.2014, K 7/13.

Wyrok TK z 9.03.1988, U 7/87.

Zdyb, M. (2018). Podstawowe zasady (standardy) ładu gospodarczego w świetle ustawy z 6.3.2018 r. — Prawo przedsiębiorców. W: M. Sieradzka (red.), *Ustawa z 6.3.2018 r. — Prawo przedsiębiorców — analiza i ocena najważniejszych przepisów* (5–13). Warszawa: C.H. Beck.

# Nowości PWE



www.pwe.com.pl