



PRZEGLĄD PRAWNICZY
UNIwersYTETU
WARSAWSKIEGO

WARSAW UNIVERSITY LAW REVIEW



Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytetu Warszawskiego

ROK XIV
VOLUME 14

2015

NUMER 1
NUMBER 1



PRZEGLĄD PRAWNICZY
UNIwersYTETU
WARSAWSKIEGO

WARSAW UNIVERSITY LAW REVIEW



Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytetu Warszawskiego

ROK XIV
VOLUME 14

2015

NUMER 1
NUMBER 1

Redakcja:

Redaktor Naczelny (Editor-in-Chief)

Maciej Troć

Zastępca Redaktora Naczelnego (Deputy Editor)

Sekretarz (Secretary)

Ryszard Jamka

Skarbniczka (Treasurer)

Katarzyna Stradomska

Kolegium Redakcyjne (Editors):

mgr Sebastian Gajewski

mgr Filip Ludwin

Bartosz Dębek

Anna Łabuzek

Szczepan Szczęsny

Daria Świdorska

Mariusz Tomaszuk

Rada Naukowa:

prof. dr hab. Tadeusz Ereciński

prof. dr hab. Ludwik Florek

prof. dr hab. Lech Gardocki

prof. dr hab. Hubert Izdebski

prof. dr hab. Józef Okolski

prof. dr hab. Krzysztof Pietrzykowski

prof. dr hab. Jerzy Rajski

prof. dr hab. Marek Safjan

prof. dr hab. Tadeusz Tomaszewski

prof. dr hab. Mirosław Wyrzykowski

prof. dr hab. Maria Zabłocka

Konsultant programowy:

dr Tomasz Kozłowski

ISSN: 1644-0242

Nakład: 150 egzemplarzy

Ten numer Przeglądu Prawniczego Uniwersytetu Warszawskiego został wydany dzięki pomocy finansowej (this Warsaw University Law Review was published with the financial support of):

Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego

Adres redakcji:

„Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego”

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego

ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa

e-mail: ppuw@wpia.uw.edu.pl

Wydawca:

„Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego”

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego

ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa

e-mail: ppuw@wpia.uw.edu.pl

Skład i łamanie:

PanDawer, www.pandawer.pl

Organizacja druku:

PanDawer, www.pandawer.pl

WYKAZ SKRÓTÓW

AA	Anonimowi Alkoholicy
d.k.p.k.	Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Kodeks postępowania karnego z dnia 19 marca 1928 r. (tekst jednolity: Dz.U. 1932 nr 83, poz. 725)
Dz.U.	Dziennik Ustaw
Dz.Urz. UE	Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
Dz.Urz. WE	Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich
ECLI: ECLI:EU	Europejska Sygnatura Orzecznictwa
EPCL	European Principles of Contract Law
EWG	Europejska Wspólnota Gospodarcza
k.c.	ustawa – Kodeks cywilny
k.k.	ustawa – Kodeks karny
KN	ustawa – Kodeks cywilny francuski (Kodeks Napoleona)
k.p.a.	ustawa – Kodeks postępowania administracyjnego
k.p.c.	ustawa – Kodeks postępowania cywilnego
k.p.k.	ustawa – Kodeks postępowania karnego
KPP UE	Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE z dnia 26 października 2012 r. C 326/391)
KPP	„Kwartalnik Prawa Prywatnego”
k.r.o.	ustawa – Kodeks rodzinny i opiekuńczy
k.s.h.	ustawa – Kodeks spółek handlowych
MoP	„Monitor Prawniczy”
MPPOiP	Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych
NKPK	Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego, red. L. Bogunia
NP	„Nowe Prawo”
OSAB	Orzecznictwo Sądów Apelacji Białostockiej
OSNC	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
OSNCK	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna i Izba Karna
OSNCP	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna i Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych
OSNKW	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa
OSP	Orzecznictwo Sądów Polskich
OSPiKA	Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych
OTK	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
OTK ZU	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy
Pal.	„Palestra”
PiP	„Państwo i Prawo”
PiZS	„Prawo i Zabezpieczenia Społeczne”
p.o.p.c.	ustawa – Przepisy ogólne prawa cywilnego
PostNielU	Ustawa z dnia 16 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (tekst jednolity: Dz.U. z 2014 r., poz. 382)
PPH	„Przegląd Prawa Handlowego”
pr. aut.	ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych
PPUW	„Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego”
Pr. S.	„Prawo Spółek”
PS	„Przegląd Sądowy”
p.w.p.	ustawa – Prawo własności przemysłowej
p.u.s.a.	ustawa – Prawo o ustroju sądów administracyjnych

RPEiS	„Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”
R. Pr.	„Radca Prawny”
SC	„Studia Cywilistyczne”
SI	„Studia Iuridica”
SN	Sąd Najwyższy
SOKiK	Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
SPP	„Studia Prawa Prywatnego”
SW	Służba Więzienna
TFUE	Traktat o Unii Europejskiej i Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) (Dz.Urz. UE z dnia 26 października 2012 r. C 326/01)
TK	Trybunał Konstytucyjny
TS UE	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
TUE	Traktat o Unii Europejskiej i Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) (Dz.Urz. UE z dnia 26 października 2012 r. C 326/01)
TWE	Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską
UE	Unia Europejska
u.k.s.c.	Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jednolity: Dz.U. z 2014 r., poz. 1025 ze zm.)
UNIDROIT	Międzynarodowy Instytut Unifikacji Prawa Prywatnego
WE	Wspólnoty Europejskie
WPP	„Wojskowy Przegląd Prawniczy”
Zb. Orz.	Zbiór Orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości

SPIS TREŚCI
(TABLE OF CONTENTS)

ARTYKUŁY (ARTICLES)

<i>Agnieszka Regiec</i>	Fiduciary duties of directors and officers to the corporation and its shareholders in the United States	5
<i>Alexander Kozyrin</i>	Customs legislation of the EurAsEC Customs Union	20
<i>Sebastian Gajewski</i>	Zaskarżalność rozstrzygnięć nadzorczych dotyczących aktów organów jednostek pomocniczych gminy	27
<i>Klaudia Kamińska</i>	Problemy powstające przy sporządzaniu testamentu ustnego	34
<i>Judyta Kasperkiewicz</i>	Bezzałogowe statki powietrzne (drony) i najnowsze projekty regulacji prawnych dotyczące ich wykorzystywania	44
<i>Patryk Polek</i>	Neutralizacja cywilnego statku powietrznego w sytuacji zagrożenia bezpieczeństwa państwa w prawie polskim	55
<i>Wioletta Milczek</i>	Etyczne granice działania doradców podatkowych w postępowaniu podatkowym	70
<i>Karolina Muzyczka</i>	Polityka Humanitarna w Unii Europejskiej	85
<i>Marta Ostrowska</i>	Wdrażanie dyrektywy Solvency II i jej rola w integracji europejskiego rynku ubezpieczeniowego	100
<i>Monika Zaleska</i>	Jednolity mechanizm nadzorczy jako remedium na kryzys finansowy	109
<i>Karolina Piech</i>	Instytucje demokracji bezpośredniej w polskim porządku prawnym	121
<i>Dominika Sujka</i>	Legalne wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta – prawo do autonomii a zgoda domniemana i przymus leczenia	136

Katarzyna Pietrzak

Pojęcie szczególnego okrucieństwa jako znamię typu kwalifikowanego przestępstwa znęcania się w świetle orzecznictwa i doktryny 148

Marta Remiszewska

Przesłuchujący oraz inni uczestnicy przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego w trybie art. 185a k.p.k. 158

Jolanta Szydlik-Brudny

Przesłuchanie małoletniego jako świadka i pokrzywdzonego w sprawach o przestępstwa seksualne 170

Daniel Setcki

Problem struktury majątkowej spółki z o.o. *de lege ferenda* a sytuacja prawna wierzycieli 180

Małgorzata Stępień

Wykreślenie spółki prawa handlowego z Krajowego Rejestru Sądowego a odpowiedzialność za niespłacone zobowiązania 190

Paweł Wyrębek

Obowiązek zwrotu odpłaty pieniężnej wypłaconej na podstawie ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników 205

GŁOSY (COMMENTARIES)

Agnieszka Piasecka

Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2014 r. III UK 54/14 213

ARTYKUŁY

(ARTICLES)

FIDUCIARY DUTIES OF DIRECTORS AND OFFICERS TO THE CORPORATION AND ITS SHAREHOLDERS IN THE UNITED STATES

1. Introduction

The issue of the liability of the board of directors is crucial from a practical point of view – decisions of the board of directors affect not only the corporation and its shareholders but also creditors and investors of the company. The American legal system, in particular the legal system of the State of Delaware, provides a comparatively much more hospitable environment for directors than the continental systems. Delaware law encourages directors to take greater risk in their business decisions by not subjecting those, as these decisions to evaluations by courts as long as 1) they meet all the procedural criteria and 2) they did not involve a breach of duty of loyalty to the corporation. This deferential approach, however, creates the collateral risk of abuse of powers that could result in significant injury to the shareholders, the bankruptcy of the corporation, and ultimately the destabilization of the economy. In the United States, the imposition of fiduciary duties of directors and officers provides a critical way for shareholders to enforce a degree of control over those directors and officers who abuse their powers. As the American legal system is based on many separate legal regulations caused by the federal system, the model act will be emphasized, because it is a basis, that many states use for adopting their own statutes.

Corporate governance¹ is the broad term used to describe the relationships between board of directors, officers and shareholders.² In the United States, corporate governance issues have been evolving, especially after the collapse of the Enron Corporation in the late 1990's. Subsequently, the *Sarbanes-Oxley Act*³ entered into force and New York Stock Exchange (NYSE) reviewed its requirements with regard to the board of directors.⁴ Control mechanisms became more sophisticated, and the role of the board of directors in corporate governance was carefully examined.⁵ As a result, the NYSE requires that all listed corporations have a majority of independent directors and it enumerates relationships which may impede independence.⁶

* Ph.D. candidate, University of Wrocław; Faculty of Law, Administration and Economics; Department of Commercial Law.

¹ F. Barca, *Some views on U.S. corporate governance*, „Columbia Business Law Review”, 1/1998, p. 5.

² R.W. Hamilton, *Corporate governance in America 1950-2000: major changes but uncertain benefits*, „Journal of Corporate Law”, 25/2000, p. 350.

³ Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. No. 107–204, 116 Stat. 745 (2002).

⁴ J.E. Fisch, *Leave it to Delaware: why Congress should stay out of corporate governance?*, „Delaware Journal of Corporate Law”, 37/2013, p. 733–734.

⁵ C.G. Bishop, *Directorial Abdication and the Taxonomic Role of Good Faith in Delaware Corporate Law*, „Michigan State Law Review”, 2007, p. 910.

⁶ M.I. Steinberg, M.D. Bivona, *Disney goes Goofy: agency, delegation and corporate governance*, „Hastings Law Journal”, 60/2008, p. 227–228.

The continued development of corporate governance, especially fiduciary standards, provides the necessary control over the possible economic destabilization. The article focuses on the current state of fiduciary duties imposed on both directors and officers of American corporations and means for the shareholders to litigate when a breach of fiduciary duties arises.

This analysis begins with a brief description of the role of directors and officers in the modern corporation. The model of governance in the American corporation is similar to the single-tier system in the *Societas Europae*⁷ (“European Company”), which provides an administrative board as opposed to the two-tier system of the company, which consists of a management board and a supervisory board. Then the article covers specific fiduciary duties and explains the differences between standards of reviews and standards of conduct, which are being used by courts to determine whether an individual is in breach of fiduciary duties. The differences between the criteria used by courts can be very subtle. The structure applied by the American legal system could provide guidance to the future legislative proposals with regard to not only the European Company, but also to corporations within the European Union.

2. Directors and officers

Directors represent shareholders within the structure of the corporation.⁸ According to the *Model Business Corporation Act*⁹ (MBCA) and the *Delaware General Corporation Law*¹⁰ (DGCL), all corporate powers shall be exercised by or under the authority of, and the business and affairs of the corporation managed by or under the direction of, its board of directors (MBCA § 8.01, DGCL § 141.a). Every publicly-held corporation must have a board of directors, whereas shareholders in a closely-held corporation may enter into an agreement which eliminates the board of directors or restricts the discretion or powers of the board (MBCA § 7.32, DGCL § 351). A board of directors must consist of one or more individuals, with the number specified in or fixed in accordance with the articles of incorporation or bylaws. Furthermore, directors are elected at the first annual shareholders’ meeting and at each annual meeting thereafter, unless their terms are staggered (MBCA § 8.03, DGCL § 141). It is worth mentioning that vacancies on the board of directors may occur as a result of resignation, death or removal of a director.¹¹ Furthermore, shareholders may remove one or more directors with or without cause, unless the articles of incorporation provide that directors may be removed only for cause (MBCA § 8.08, DGCL § 141).

In general, all actions of the board have to be taken at duly called regular or special meetings (MBCA § 8.20, DGCL § 141). Statutes allow directors to be remotely present.

⁷ Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European Company and Council Directive 2001/86/EC of 8 October 2001 supplementing the Statute for a European company with regard to the involvement of employees [Official Journal L 294, 10.11.2001].

⁸ D. G. Smith, C. A. Williams, *Business Organizations. Cases, Problems and Case Studies*, New York 2012, p. 174.

⁹ ABA Section of Business Law, *Model Business Corporation Act Ann.* (4th ed. 2013).

¹⁰ *Delaware General Corporation Law, Del. Code Ann.* tit. 8, § 10 (2011).

¹¹ D. G. Smith, C. A. Williams, *Business Organizations...*, *op. cit.*, p. 200.

Actions by the board of directors might be, however, taken without a meeting, if each director signs a consent describing the discussed action and delivers it to the corporation, unless the articles of incorporation or bylaws require otherwise (MBCA § 8.21, DGCL § 141).

On the other hand, officers, such as Chief Executive Officer, Chief Financial Officer, President, Chief Operation Officer, etc., are in charge of day-to-day operations of the corporation.¹² A corporation has the officers described in its bylaws or appointed by the board of directors in accordance with the bylaws. Officers are agents of either the shareholders or the corporations, whereas directors are not.¹³ The same individual may simultaneously hold more than one office in a corporation (MBCA § 8.41, DGCL § 142). Each officer has the authority and shall perform the duties set forth in the bylaws or, to the extent consistent with the bylaws, the duties prescribed by the board of directors or by direction of an officer authorized by the board of directors to prescribe the duties of other officers (MBCA § 8.41, DGCL § 142). Typically, the officers are responsible for running the business, but their authority stems from the directors.¹⁴

3. Fiduciary duties

In general, fiduciary duties were developed as common-law principles,¹⁵ but recently they have been included in the statutes (MBCA § 8.30). The DGCL, however, still does not contain any provision on director's fiduciary duties because in Delaware such duties are subject to judge-made rules.¹⁶ It has to be emphasized that cases arising under the MBCA often cite major Delaware cases as precedents, thus Delaware cases shall be discussed in this analysis.¹⁷

A fiduciary relationship is based on the premise that the fiduciary works in a trustworthy manner for the beneficiary in accordance with the best interest of the latter.¹⁸ Shareholders are presumed to be entrustors and beneficiaries, while the managers (directors and officers) are the fiduciaries.¹⁹ Although the courts regularly state that fiduciary duties are owed to both shareholders and the corporation, it has to be remembered that shareholders and corporations might have divergent interests.²⁰ Both directors and officers owe fiduciary duties to the corporation (duty of care, duty of loyalty, duty of obedience, and duty of good faith).²¹ As a result, fiduciary duties are limitations to the discretion of directors and officers

¹² *Ibidem*, p. 174.

¹³ L.P.Q. Johnson, D. Millon, *Recalling why Corporate Officers are Fiduciaries*, „William & Mary Law Review”, 2005, p. 1607.

¹⁴ M.W. Shaner, *The (Un)Enforcement of Corporate Officers' Duties*, „U.C. Davis Law Review”, 2014, p. 285–286.

¹⁵ D.G. Smith, C.A. Williams, *Business Organizations...*, *op. cit.*, p. 47.

¹⁶ *Ibidem*, p. 362.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ K.A. Alces, *Debunking the Corporate Fiduciary Myth*, „Journal of Corporation Law”, 35/2009, p. 246.

¹⁹ J. Velasco, *Fiduciary Duties and Fiduciary Outs*, „George Mason Law Review”, 2013, p. 165.

²⁰ A.S. Gold, *Dynamic Fiduciary Duties*, „Cardozo Law Review”, 34/2012, p. 494.

²¹ F.H. O'Neal, R.B. Thompson, *Close Corp and LLCs: Law and Practice*, § 9.47 *Fiduciary duty, including enhanced fiduciary duties in LLCs*, 2014.

with regard to the management of the corporations' affairs.²² Furthermore, the existence of fiduciary duties creates a balance of power inside the structure of the corporation.²³

Fiduciary duties stem from the agency relationship.²⁴ Thus, they apply to all entities, including partnerships, limited liability companies, and corporations. Fiduciary duties are based on trust.²⁵ In *Meinhard v. Salmon*, the New York Court of Appeals stated that joint adventurers, like copartners, owe to one another the duty of the finest loyalty ("the punctilio of an honor the most sensitive is the standard of behavior").²⁶

For years there has been a debate whether and to what extent officers owe fiduciary duties to a corporation and its shareholders. In *Gantler v. Stephens* the Delaware Supreme Court settled the dispute by stating: "officers of Delaware corporations, like directors, owe fiduciary duties of care and loyalty, and the fiduciary duties of officers are the same as those of directors".²⁷ Nevertheless, there is still little development in this area.²⁸ It has to be remembered that even though directors are not agents, they are fiduciaries for the corporation and its shareholders.²⁹ The primary obligations are duties of care and loyalty, which are being analyzed below.

It is of utmost importance that breaching fiduciary duties does not automatically lead to liability for a director because corporate law is based on the distinction between standards of conduct and standards of review.³⁰ The two terms are in a strict correlation with each other.³¹ A standard of conduct is a norm, which establishes the obligations of directors and officers and is measured by fiduciary duties.³² The standard of review is the test applied by courts to determine whether managers complied with the standard of conduct and whether liability could be imposed.³³ It is also a baseline to determine the burden of proof and pleadings.³⁴ The standards of review applied to the disputes regarding fiduciary duties are the Business Judgment Rule, which is a default standard of review,³⁵ and Entire Fairness, which will be discussed below.

²² J. Velasco, *Fiduciary Duties and...*, *op. cit.*, p. 165.

²³ F.H. O'Neal, R.B. Thompson, *Close Corp*, *op. cit.*

²⁴ D.G. Smith, C.A. Williams, *Business Organizations...*, *op. cit.*, p. 7.

²⁵ J.R. Trost, R.G. Schwartz, *Fiduciary Duties of Directors in the Chapter 11 and Insolvency Contexts*, 2000, p. 269.

²⁶ *Meinhard v. Salmon*, 249 N.Y. 458, 164 N.E. 545, Court of Appeals of New York, December 31, 1928.

²⁷ *Gantler v. Stephens*, 965 A.2d 695, Supreme Court of Delaware, January 27, 2009.

²⁸ M.W. Shaner, *The (Un)Enforcement of Corporate...*, *op. cit.*, p. 111.

²⁹ L.P. Q. Johnson, D. Millon, *Recalling why Corporate...*, *op. cit.*, p. 1607.

³⁰ J. Velasco, *Fiduciary Duties and...*, *op. cit.*, p. 165.

³¹ W.T. Allen, J.B. Jacobs, L.E. Strine Jr, *Function over Form: a Reassessment of Standards of Review in Delaware Corporation Law*, „Delaware Journal of Corporate Law” 2001, p. 869.

³² B.A. Olson, *Publicly Traded Corporations: Governance & Regulation*, § 3.1 *Overview of Delaware's standards of conduct/review*, 2014.

³³ M.A. Eisenberg, *The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law*, „Fordham Law Review”, 1993, p. 438.

³⁴ B.A. Olson, *Publicly Traded Corporations*, *op. cit.*

³⁵ *Ibidem*.

3.1. Duty of care

The duty of care is measured by the standard of an ordinarily prudent person (*Graham v. Allis-Chalmers*³⁶), which means that the fiduciary must discharge her duties with the care that a person in like position would reasonably believe under the circumstances.³⁷ As provided by the statutes based on the Model Act, each member of the board of directors, when discharging the duties of a director, shall act in good faith and in a manner the director reasonably believes to be in the best interests of the corporation (MBCA § 8.30). One can breach a duty of care by gross negligence and not performing the duties in a well-informed manner, which was established in *Smith v. Van Gorkom*.³⁸ One may also breach a duty of care by utterly failing to perform duties (*Francis*³⁹) or by making an egregious decision, measured by the waste standard (*Brehm v. Eisner*⁴⁰).

Under the plaintiff's duty of care allegations, courts apply the abovementioned Business Judgment Rule (BJR). The BJR is a judicially-created rule, based on the presumption that directors who made a business decision acted in good faith, in an informed manner and in the best interest of a corporation (*Aronson v. Lewis*).⁴¹ Since the BJR is a presumption, the burden of proof is placed on the plaintiff – the shareholders.⁴² The BJR could only be overcome by showing gross negligence, lack of appropriate information, or by breaching the duty of loyalty (the standard of review will switch to the entire fairness⁴³). The court would not second-guess the merits of the decision; instead, it would analyze only the procedural aspect of the decision (*Gagliardi v. Trifoods International, Inc.*,⁴⁴ *Sblensky v. Wrigley*⁴⁵). In *Sblensky v. Wrigley*, for example, the Appellate Court of Illinois concluded that unless conduct of corporate directors borders on fraud, illegality or conflict of interest, no stockholder's derivative suit will lie.⁴⁶ The court here refers to the procedural mechanism allowing shareholders to seek damages from the breaching party, namely the derivative suit, which will be discussed later. The practical aspect of the BJR should be emphasized. It provides a tremendous amount of discretion with respect to the management of business of the corporation.⁴⁷ However, it is only available to directors or officers who neither appear on both sides of the transaction nor gain an improper financial benefit from the corporation.⁴⁸

³⁶ *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Company*, 188 A.2d 125, „Supreme Court of Delaware”, January 24, 1963.

³⁷ *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858, Supreme Court of Delaware, January 29, 1985.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Francis v. United Jersey Bank*, 432 A.2d 814, Supreme Court of New Jersey, July 1, 1981.

⁴⁰ *Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244, 249, Supreme Court of Delaware, February 9, 2000.

⁴¹ *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, Supreme Court of Delaware, March 1, 1984.

⁴² *Smith v. Van Gorkom*, *op. cit.*

⁴³ *Weinberger v. UOP, Inc.*, 457 A.2d 701, 711, Supreme Court of Delaware, February 1, 1983.

⁴⁴ *Gagliardi v. Trifoods International, Inc.*, 683 A.2d 1049, Court of Chancery of Delaware, July 19, 1996.

⁴⁵ *Sblensky v. Wrigley*, 237 N.E.2d 776, Appellate Court of Illinois, April 25, 1986.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ A.S. Gold, *Dynamic Fiduciary Duties*, *op. cit.*, p. 500.

⁴⁸ C.G. Bishop, *Directorial Abdication and the Taxonomic Role of Good Faith in Delaware Corporate Law*, „Michigan State Law Review”, 2007, p. 918.

Several pragmatic and policy reasons underlie the BJR. Being held in breach of a fiduciary duty may cause exorbitant monetary damages, which would have to be paid out of pocket of the decision maker. It might lead to an impairment of the business judgment of a director or an officer, who would be hesitant and reluctant in their decision-making process, which could lead to the corporation being less profitable. For these reasons, a corporation may provide an exculpation clause in its charter, which would limit or eliminate the liability for money damage in connection with the breach of the duty of care. Under the MBCA, liability could be eliminated or limited, except for the amount of unjustifiably received financial benefit, intentional infliction of harm, violation of criminal law and unlawful distribution (MBCA § 2.02.b.4). On the other hand, under the DGCL statute, a charter cannot eliminate the liability for the breach of the duty of loyalty, intentional infliction of misconduct or intentional violation of law, unlawful distribution, and improper personal benefit (DGCL § 102.b.7). As a result, with regard to the duty of care, exculpatory clause could work as a shield against the “well-informed manner” criterion.

3.2. Duty of loyalty

A breach of the duty of loyalty exists when the director stands on both sides of the transaction at issue or otherwise receives a personal benefit and is strictly related to the conflict of interest.⁴⁹ The typical fact patterns for breach of the duty of loyalty are:

- 1) usurpation of corporate opportunity;
- 2) competing with the corporation by officers or directors;
- 3) self-dealing;
- 4) systematic or sustained lack of oversight (used to be a breach of the duty of care);
- 5) dealings by a parent corporation with a subsidiary;
- 6) unequal treatment by a majority shareholder of minority shareholders in corporate acquisitions and reorganization transactions.⁵⁰

In order to determine, whether there was a breach of the duty of loyalty, one must answer the following questions:

- 1) Did the decision maker disclose all the material information?
- 2) Was there approval of disinterested shareholders or directors?
- 3) Who bears the burden of proof? The plaintiff or the defendant?
- 4) Was the transaction fair to the company?⁵¹

Only after answering abovementioned questions would the court be able to determine if the director or officer could be held liable.

Another important question is whether the tainted transaction is void or voidable. A void transaction cannot be sanitized by approval, but voidable transactions can be cured by shareholder approval (*Michelson v. Duncan*⁵²). Transactions are voidable in two types

⁴⁹ D.G. Smith, C.A. Williams, *Business Organizations*, *op. cit.*, p. 401.

⁵⁰ R.F. Balotti, J.A. Finkelstein, *Delaware Law of Corporations and Business Organizations*, 2015, § 4.16 *Duty of Loyalty*.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Michelson v. Duncan*, 407 A.2d 211, 218-219, Supreme Court of Delaware, 1979.

of situations – first, when the director or the officer acts in a good faith but exceeds his or her scope of authority and second, when the director or the officer fails to reach an informed decision.⁵³ Conflicts involving a breach of the duty of loyalty could come either from a conflict-of-interest transaction between corporation and directors or from transaction between the corporation and its controlling shareholder.⁵⁴

The DGCL, however, provides that no contract or transaction between a corporation and director or officer shall be void or voidable solely because directors (officers) are present at the meeting of the board which authorizes the contract or transaction if:

- 1) the material facts as to the director's or officer's relationship or interest and as to the contract or transaction are disclosed or are known to the board of directors and the board in good faith authorizes the contract or transaction by the affirmative votes of a majority of the disinterested directors, even though the disinterested directors be less than a quorum; or
- 2) the material facts as to the director's or officer's relationship or interest and as to the contract or transaction are disclosed or are known to the stockholders entitled to vote, and the contract or transaction is specifically approved in good faith by vote of the stockholders; or
- 3) the contract or transaction is fair as to the corporation as of the time it is authorized, approved or ratified, by the board of directors, a committee or the stockholders (DGCL § 144).

On the other hand, the MBCA § 8.62.b provides that if a director is involved in a conflicted transaction, but neither he nor a related person of the director is a party to the transaction, then disclosure of the material fact is sufficient if:

- 1) the director (officer) discloses to the directors voting on the transaction the existence and nature of his conflicting interest and informs them of the character and limitations imposed by that duty before their vote on the transaction, and
- 2) the director (officer) plays no part, directly or indirectly, in their deliberations or vote.

As a result of these provisions, the fiduciary has to prove that he or she disclosed all the material facts. This standard of proof is entire fairness (EF) standard,⁵⁵ not the BJR. The EF standard means that the court will consider both procedural (fair dealing) and substantive (fair price) aspects of the decision or transaction.⁵⁶ It is the most favorable of standard for plaintiffs in order to avoid dismissal at the pleadings stage.⁵⁷ The burden of proof is placed on the fiduciary, since the fiduciary must act with complete candor.⁵⁸ The key here

⁵³ D.G. Smith, C.A. Williams, *Business Organizations*, *op. cit.*, p. 444.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 445.

⁵⁵ *Weinberger v. UOP, Inc.*, *op. cit.*

⁵⁶ *Weinberger v. UOP*, *op. cit.* and *Kahn v. Lynch Communication Systems Inc.*, 638 A.2d 1110, Supreme Court of Delaware, April 5, 1994.

⁵⁷ L.H. Lazarus, B.M. McCartney, *Standards of Review in Conflict Transactions on Motions to Dismiss: Lessons Learned in the Past Decade*, "Delaware Journal of Corporate Law", 2011, p. 975.

⁵⁸ L.H. Lazarus, B.M. McCartney, *Standards of Review...*, *op. cit.*, p. 976.

is that the directors or officers not only bear the burden of proof, but they must also justify both their decision making process and the substance of their decisions.⁵⁹

The burden of proof might be shifted by the approval of the transaction or decision at issue and plaintiffs must allege that the transaction would not have been approved.⁶⁰ For example, in *Weinberger*, the Delaware Supreme Court stated that: “where corporate action has been approved by an informed vote of a majority of the minority shareholders, we conclude that the burden entirely shifts to the plaintiff to show that the transaction was unfair to the minority”.⁶¹

Furthermore, if the self-dealing transaction was approved by disinterested directors or shareholders, that approval removes the taint of conflict of interest (*Wheelabrator*⁶²). Fairness in such a case will be assessed under the BJR standard of review, as stated by the Delaware Court of Chancery: “Interested transactions, between corporation and its directors, or between corporation and entity in which corporation’s directors are also directors or have financial interest, will not be voidable if transaction is approved in good faith by majority of disinterested stockholders; approval by fully informed, disinterested shareholders pursuant to statute invokes business judgment rule and limits judicial review to issues of gift or waste with burden of proof upon party attacking transaction.”⁶³ Approval must be based on the full disclosure of material facts (*HMG v. GRAY*⁶⁴) and must be conducted in a good faith. Thus, even if the transaction was approved, but not all of the material facts were disclosed, there is no safe harbor and the transaction is still voidable and the burden is placed on the fiduciary to show the EF.

On the other hand, in *Kahn v. Lynch*, the Supreme Court of Delaware stated that “entire fairness remains the proper focus of judicial analysis in examining an interested merger, irrespective of whether the burden of proof remains upon or is shifted away from the controlling or dominating shareholder, because the unchanging nature of the underlying ‘interested’ transaction requires careful scrutiny.”⁶⁵ Thus, it is clear that entire fairness applies regardless of approval by disinterested directors or stockholders. Before *Kahn*, some cases had held that the business judgment doctrine applied to an interested-director transaction-and a showing of fairness was not required.⁶⁶ It seems, based on the *Wheelabrator*, that after *Kahn v. Lynch*, the BJR will be applied as well.

⁵⁹ J. Velasco, *How Many Fiduciary Duties are there in Corporate Law?*, „Southern Carolina Law Review”, 2010, p. 1242.

⁶⁰ B.A. Olson, *Publicly Traded Corporations: Governance & Regulation*, § 3.30 *The Entire Fairness Test – Overview*, 2014.

⁶¹ *Weinberger v. UOP*, *op. cit.*

⁶² *In re Wheelabrator Technologies Inc. Shareholders Litigation*, 663 A.2d 1194, Court Chancery of Delaware, May 18, 1995.

⁶³ *In re Wheelabrator...*, *op. cit.*

⁶⁴ *HMG/Courtland Properties Inc. v. Lee GRAY*, 749 A.2d 94, Court of Chancery of Delaware, July 12, 1999.

⁶⁵ *Kahn v. Lynch*, *op. cit.*

⁶⁶ R.F. Balotti, J.A. Finkelstein, *Delaware Law of Corporations and Business Organizations*, 2015, § 4.16 *Duty of Loyalty*.

3.2.1. Usurpation of corporate opportunity

The usurpation of corporate opportunity means taking advantage of something that should belong to the corporation. There are two different approaches to this issue, which allow to assess whether there indeed was an usurpation. Some courts require the opportunity to be presented under all circumstances (ALI approach, *Northeast Harbor Golf Club Inc. v. Harris*⁶⁷). Other courts allow not to present the opportunity (which results in shifting the burden to the defendant, *Broz v. Cellular*⁶⁸).

In *Northeast Harbor Golf Club* the court stated that the director or the officer may not take advantage of a corporate opportunity, involving a chance to engage in business activity of which director or senior executive becomes aware:

- 1) should lead him to believe that offeror expects it to be offered to corporation, or
- 2) through use of corporate information or property, or involving opportunity to engage in business activity closely related to business which corporation is engaged in or expects to engage in, unless director or senior executive offers opportunity to corporation and makes required disclosures, opportunity is rejected by corporation and rejection is either fair, opportunity is appropriately rejected in advance, or rejection is appropriately ratified.⁶⁹ The American Law Institute approach eliminates the possible defenses of incapacity or inability, financial or otherwise, of the corporation to take the opportunity.⁷⁰

The test of misappropriation of opportunity belonging to the partnership was established in *Guth v. Loft* – the misappropriation does not exist when a corporation cannot take an opportunity because:

- 1) it lacks finances;
- 2) it is not in the same line of business;
- 3) the corporation has not “interest or reasonable expectancy”;
- 4) the director or officer has not wrongfully employed the resources of the corporation in pursuing or exploiting the opportunity.⁷¹

The abovementioned criteria could be used to establish a way for the officer or the director to take a corporate opportunity if:

- 1) the opportunity is presented to the director or officer in his individual and not his corporate capacity;
- 2) the opportunity is not essential to the corporation;
- 3) the corporation holds no interest or expectancy in the opportunity;
- 4) the director or officer has not wrongfully employed the resources of the corporation in pursuing or exploiting the opportunity.⁷²

⁶⁷ *Northeast Harbor Golf Club Inc. v. Harris*, 661 A.2d 1146, Supreme Judicial Court of Maine, July 20, 1995.

⁶⁸ *Broz Inc. v. Cellular Information Systems Inc.*, 673 A.2d 148, Supreme Court of Delaware, April 11, 1996.

⁶⁹ *Northeast Harbor Golf Club Inc. v. Harris*, *op. cit.*

⁷⁰ 2 *Treatise on the Law of Corporations* (3d), § 11:8. *Misappropriation of corporate opportunities: disloyal diversion of business*, WestlawNext, access: 22.04.2015.

⁷¹ *Guth v. Loft*, 23 Del.Ch. 255, Supreme Court of Delaware, April 11, 1939.

⁷² *Broz v. Cellular*, *op. cit.*

When the conflict-of-interest transaction took place, there are three possible remedies:

- 1) rescission of the deal;
- 2) constructive trust on property;
- 3) corporation must be put in the position it should have been in absent of the breach.⁷³

What if the self-dealing transaction arises between the corporation's shareholder and the corporation? In general, shareholders do not owe other shareholders fiduciary duties, unless the transaction concerns the controlling shareholder.⁷⁴ However, a shareholder who exercises control over or dominates a corporation's affairs is a fiduciary.⁷⁵ Transactions between the corporation and its controlling shareholder concern mainly parent-subsidary mergers that were conditioned upon receiving "majority of the minority" shareholder approval.⁷⁶ The transaction would be examined under the entire fairness standard of review.⁷⁷

When should the shareholder be perceived as the controlling one? No strict percentage of stock ownership automatically imposes fiduciary duties.⁷⁸ The fiduciary has to exercise control or dominance over the business and affairs of the corporation (*Kahn v. Lynch*). The control has to be actual not potential with regard to the challenged transaction, it is a matter of the power to work their will on others.⁷⁹

3.3.2. Duty of oversight

The duty of oversight, as an element of the duty of loyalty, is strictly connected to good faith, another element of the duty of loyalty. Earlier, however, the duty of oversight was an element of the duty of care. Three cases are very important to understand the development and the meaning of oversight: *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*,⁸⁰ *Walt Disney*⁸¹ and *Stone v. Ritter*.⁸²

In the first case, the court established the *Caremark Claim*, which is based on the oversight liability and talks about the problem of "unconsidered inaction".⁸³ Actions of the board of directors constitute a breach of the duty of loyalty if the directors:

⁷³ 4 *Causes of Action* 569 (Originally published in 1984), *Cause of Action for Misappropriation of Corporate Opportunity*, WestlawNext, access: 22.04.2015.

⁷⁴ F.H. O'Neal, R.B. Thompson, *Close Corp and LLCs...*, *op. cit.*

⁷⁵ *Maggiore v. Bradford*, 310 F.2d 519, 521 (6th Cir.1962).

⁷⁶ D.G. Smith, C. A. Williams, *Business Organizations*, *op. cit.*, p. 445.

⁷⁷ *Kahn v. Lynch Communication Systems, Inc.*, *op. cit.*

⁷⁸ M. Siegel, *The Erosion of the Law of Controlling Shareholders*, „Delaware Journal of Corporate Law”, 1999, p. 35.

⁷⁹ M.A. Rosenhouse, *American Law Reports, Majority's Fiduciary Obligation to Minority Shareholder of Close Corporation – Breach and Remedy*, WestlawNext, access: 22.04.2015.

⁸⁰ *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959, Court of Chancery of Delaware, September 25, 1996.

⁸¹ *In re the Walt Disney Company Derivative Litigation*, 2006 WL 1562466, Supreme Court of Delaware, June 8, 2006.

⁸² *Stone v. Ritter*, 2006 WL 3169168, Supreme Court of Delaware, November 6, 2006.

⁸³ *Ibidem*.

- 1) utterly failed to implement any reporting or information system of controls; or
- 2) having implemented such a system of controls, consciously failed to monitor or oversee its operations thus disabling themselves from being informed.⁸⁴

Thus, the failure has to be systematic or sustained.

Under the *Caremark Claim*, in order to prevail in court, the plaintiff must show:

- 1) That the directors knew or should have known that the violations of law were occurring, and
- 2) That the directors took no steps in a good faith effort to prevent or remedy the situation, and
- 3) That such failure proximately resulted in the losses complained of.⁸⁵

Secondly, in *Walt Disney*,⁸⁶ the court stated that a fiduciary is in breach when he or she intentionally fails to act in the face of a known duty to act and that the intentional conduct has to exist. Furthermore, bad faith is more than acting without information and inadequate deliberation, which is a duty of care analysis.

Lastly, in *Stone v. Ritter*⁸⁷ the court stated that the failure to act in a good faith requires conduct that is more culpable than in the violation of the duty of care and that the good faith is an element of the duty of loyalty. Moreover, the good faith is not an independent fiduciary duty, but the lack of good faith means that the directors are not acting in the best interest of the corporation and are thus breaching their duty of loyalty.

4. Breach of fiduciary duties and litigation

What is the remedy to a breach of fiduciary duties? It is derivative suit, which serves as the cornerstone of shareholders' rights to monitor the conduct and behavior of directors and officers of the corporation.⁸⁸ Shareholders can sue on behalf of the corporation for the harm done to the corporation.⁸⁹ The procedure is "derivative" because the corporation is the one that suffers directly and the shareholders "derive" the claim from the corporation. In order to determine whether the suit should be derivative or direct, one must ask oneself the following questions: 1) Who suffered the alleged harm? The corporation or shareholders individually? 2) Who would receive the benefit of the recovery or other remedy?⁹⁰ When the corporation is the one who suffers the harm and the corporation would receive the benefit, then the suit is of derivative nature.

Four procedural requirements have to be met in order for the shareholders to be able to file a derivative suit:⁹¹

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *In re the Walt Disney Company Derivative Litigation, op. cit.*

⁸⁷ *Stone v. Ritter, op. cit.*

⁸⁸ E. Farinacci, *In a bind: mandatory arbitration clauses in the corporate derivative context*, „Ohio State Journal on Dispute Resolution”, 28/2013, p. 748.

⁸⁹ D.G. Smith, C.A. Williams, *Business Organizations...*, *op. cit.*, p. 479.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 478.

⁹¹ *Ibidem*, p. 464.

- 1) Plaintiffs must have been shareholders at the time of the alleged breach of duty (“contemporaneous ownership rule”).
- 2) Plaintiffs must remain shareholders throughout the litigation (“standing requirement”), *Lewis v. Anderson*.⁹²
- 3) Shareholders must demand that the board of directors take action before the shareholder assumes control of the litigation (“demand requirement”).
- 4) Once a derivative claim is filed, the court must approve any settlement.

The most important of these requirements is the demand one. It is difficult to meet because the directors have discretion to refuse to sue if they decide in good faith not to do so and do not exceed the scope of the business judgment rule.⁹³ There are two approaches to the demand requirement – the first one requires that the demand must be made under all circumstances and the second one allows the demand to be excused under certain circumstances.⁹⁴

4.1. MBCA Approach (Universal Demand Requirement)

Under § 7.42 of the MBCA, the demand is universal under all circumstances. No shareholder may commence a derivative proceeding until:

- 1) a written demand has been made upon the corporation to take suitable action; and
- 2) 90 days have expired from the date the demand was made unless the shareholder has earlier been notified that the demand has been rejected by the corporation or unless irreparable injury to the corporation would result by waiting for the expiration of the 90 day period.

4.2. Delaware approach.

Under the Delaware rules, the demand could be either required or excused. If the demand is made and directors refuse to act, the court will review the board’s decision to refuse the demand (“wrongful refusal” cases).⁹⁵ The decision to refuse the demand is reviewed under the BJR.⁹⁶ On the other hand, a demand is futile if directors would not be willing to act upon a demand as a result of some conflict of interest or if the challenged action presents a real risk of fiduciary liability. More careful scrutiny is required if the allegations in the plaintiff’s complaint raise a reasonable inference that the BJR is not applicable for purposes of considering a pre-suit demand pursuant to Rule 23.1. *Delaware Chancery Rules*.⁹⁷ Under *Aronson v. Lewis*,⁹⁸ plaintiffs have to create a reasonable doubt as to the disinterest or

⁹² *Lewis v. Anderson*, 477 A.2d 1040, Supreme Court of Delaware, April 18, 1984.

⁹³ *Treatise on the Law of Corporations*, Chapter XV, *The Derivative Suit*, § 15:7 *The demand on the directors requirement*, WestlawNext, access: 22.04.2015.

⁹⁴ R.F. Balotti, J.A. Finkelstein, *Delaware Law of Corporations and Business Organizations*, § 13.12 *Requirements of Rule 23.1*, WestlawNext, access: 22.04.2015.

⁹⁵ *Treatise on the Law of Corporations*, Chapter XV, *The Derivative Suit*, § 15:7, *op. cit.*, access: 23.04.2015.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Delaware Chancery Rules*, DE R CH CT.

⁹⁸ *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, Supreme Court of Delaware, March 1, 1984.

independence of a majority of the corporation's directors.⁹⁹ As the court stated: "Where officers and directors are under an influence which sterilizes their discretion, they cannot be considered proper persons to conduct litigation on behalf of the corporation."¹⁰⁰ The court furthermore stated that: "In determining demand futility the Court of Chancery in the proper exercise of its discretion must decide whether, under the particularized facts alleged, a reasonable doubt is created that

- 1) the directors are disinterested and independent; or
- 2) the challenged transaction was otherwise the product of a valid exercise of business judgment."¹⁰¹

Directors are entitled to a presumption that they were faithful to their fiduciary duties. The burden is on the plaintiff to overcome that presumption.¹⁰² Thus, based on the analyzed case, the court must determine whether a plaintiff has alleged particularized facts creating a reasonable doubt about a director's independence to rebut that presumption. Plead facts must create a reasonable doubt that a majority of the board could have acted independently in responding to a demand.

In addition, lack of independence might occur due to familial relationship.¹⁰³ In this case, plaintiff must plead particularized facts that create a reasonable doubt sufficient to rebut the presumption of director independence.¹⁰⁴ The relationship must be of a bias-producing nature – it must be so close that the director's independence may reasonably be doubted.¹⁰⁵ In *Beam ex rel. v. Stewart* the court furthermore stated that the doubt may arise either because of financial ties, familial affinity, a particularly close or intimate personal or business affinity or because of evidence that in the past the relationship caused the director to act non-independently.¹⁰⁶

5. Summary and Conclusion

Directors and officers, as the fiduciaries of the corporation, owe fiduciary duties to the corporation itself and its shareholders. The most important of these duties are the duties of care and loyalty. Directors and officers are, however, entitled to a presumption that they were faithful to their fiduciary duties. Furthermore, breaching fiduciary duties does not automatically lead to liability for a director, because corporate law is based on the distinction between standards of conduct and standards of review. The standard of review is the test applied by courts to determine if the managers complied with the standard of conduct and

⁹⁹ D.A. DeMott, D.F. Cavers, *Shareholder Derivative Actions: Law and Practice*, § 5.13 *Demand on directors – Criteria for excuse*, WestlawNext, access: 23.04.2015.

¹⁰⁰ *Aronson v. Lewis*, *op. cit.*

¹⁰¹ *Ibidem.*

¹⁰² *Ibidem.*

¹⁰³ *Aronson v. Lewis*, *op. cit.* and *Grimes v. Donald*, 673 A.2d 1207, 1216, Supreme Court of Delaware, April 11, 1996.

¹⁰⁴ *Beam ex rel. Martha Stewart Living Omnimedia, Inc. v. Stewart*, 845 A.2d 1040, Supreme Court of Delaware, March 31, 2004.

¹⁰⁵ *Ibidem.*

¹⁰⁶ *Ibidem.*

whether the liability could be imposed on them. The standards of review applied to the disputes regarding fiduciary duties are the Business Judgment Rule and the Entire Fairness.

The duty of care is measured by the standard of an ordinarily prudent person and viewed under the BJR standard of review. A corporation may provide an exculpation clause in its charter, which would limit or eliminate the liability for money damage in connection with the breach of the duty of care. Since the BJR is a presumption, the burden of proof is placed on the plaintiff – shareholders. The court wouldn't second-guess the merits of the decision and it would analyze only the procedural aspect of the decision.

The duty of loyalty exists when the director stands on both sides of the transaction at issue or otherwise receives a personal benefit and is strictly related to the conflict of interest. The duty of good faith is an element of the duty of loyalty. In order to determine whether there was a breach of the duty of loyalty, one must answer a few questions: Did the decision maker disclose all the material information? Was there approval of the disinterested shareholders or directors? Who bears the burden of proof? The plaintiff or the defendant? Was the transaction fair to the company? In general, the fiduciary bears the burden of proof. It might be, however, shifted by the approval of the transaction or decision at issue and plaintiffs must allege sufficiently that the transaction would not have been approved.

With regard to the usurpation of corporate opportunity, which means taking advantage of something that should belong to the corporation, there are two different approaches. Some courts require the opportunity to be presented under all circumstances (ALI approach), other courts allow not to present the opportunity under certain circumstances.

The derivative suit is a remedy for breach of fiduciary duties. Shareholders can sue on behalf of the corporation for the harm done to the corporation. The procedure is called the derivative suit as the corporation is the one, who suffers directly. If the corporation would receive the benefit, then the suit is of a derivative nature. There are four procedural requirements, which have to be met cumulatively for the shareholders to be able to file a derivative suit: contemporaneous ownership rule, standing requirement, demand requirement, once a derivative suit is filed, the court must approve any settlement.

Unfortunately, given the standards of review and the burden of proof, it is really difficult for shareholders to enforce control over directors and officers. The presumption of the managers being faithful to the corporation, works in favor of the directors and officers. Furthermore the procedural aspects of the derivative suit make holding managers liable not easy. It has been an important question whether the ways to protect shareholders are sufficient and many scholars believe that it is not.

Post-*Enron* legislation was supposed to ensure that the drawbacks of risk taking would be mitigated by much more careful scrutiny and transparency of all the undertakings. Unfortunately, the mechanisms of control are not perfect and they still need to be evaluated in order to prevent future scandalous collapses of corporations. Perhaps a cohesive and uniformed regulation would be the proper remedy. In any event, it can be stated without a doubt that applying more restrictive procedures and introducing new substantive requirements for managers will provide a better shield for all the stakeholders against misconduct of the directors and officers.

Obowiązki powiernicze członków rady administrującej oraz dyrektorów względem spółki akcyjnej oraz jej udziałowców w Stanach Zjednoczonych

S t r e s z c z e n i e

Obowiązki powiernicze członków rady administrującej oraz dyrektorów względem amerykańskiej spółki akcyjnej oraz jej udziałowców mają z punktu widzenia systemu *common law* istotne znaczenie dla kontroli i nadzoru nad sprawowaniem zarządu. W Stanach Zjednoczonych, zasadniczo, kompetencje osób zarządzających spółką są szersze niż w systemie prawa kontynentalnego. Przyjęty monistyczny system administrowania spółką powoduje, że uprawnienia zarządcze oraz kontrolne sprawowane są przez ten sam organ – radę administrującą. Domniemanie prawidłowego wykonywania obowiązków powierniczych przez osoby zarządzające oraz brak możliwości oceny decyzji tych osób przez sąd pod kątem merytorycznym w razie wytoczonego przeciwko nim powództwa, sprzyjają rozwojowi gospodarstwu. Choć takie uregulowania skłaniają osoby zarządzające do podejmowania bardziej ryzykownych decyzji (co w szerszej perspektywie przynosi zyski), istnieje zagrożenie, że w razie naruszenia obowiązków powierniczych szkoda wyrządzona spółce pozostanie nienaprawiona. Osoby zarządzające mają względem udziałowców oraz samej spółki obowiązek dochowania należytej staranności oraz lojalności. Co do zasady, w przypadku zarzutów naruszenia obowiązku dochowania należytej staranności, ciężar dowodu spoczywa na powodzie, natomiast w przypadku naruszenia obowiązku lojalności, ciężar dowodu spoczywa na pozwanym.

CUSTOMS LEGISLATION OF THE EURAsEC CUSTOMS UNION**

1. Introduction

Customs legislation takes special place in the juridical system of the Russian Federation. Firstly, it is one of the most “loaded” branches of legislation by the number of constituent normative legal acts. Secondly, it is the most “internationalized” branch of the Russian legislation being developed in the strict correspondence with international legal standards of customs regulation which significantly determine national models of customs regulation. Finally, the customs legislation ensure return of more than half of the total federal budget revenues in the Russian Federation.

The establishment of the Customs Union of the Eurasian Economic Community (EurAsEC) in 2010, which integrated the Republic of Belarus, the Republic of Kazakhstan and the Russian Federation, led to a virtual elimination of customs law as a branch of the Russian legislation and formation of the complex bimodal customs mechanism including the legal base of the customs regulation.

The rapid development of integration processes in the EurAsEC, initially in the format of the Customs Union, and then, the Common Economic Space, led to the emergence of the system of international law acts replacing the national customs legislation of the Customs Union member states. After two years it became the legal basis for further development of the regional economic integration on the post-soviet space.

2. Concept of Customs Regulation in the EurAsEC Customs Union

Transferring a significant part of the lawmaking powers to the institutes of the EurAsEC Customs Union, the Russian Federation has started to use the bimodal mechanism for regulating customs relations.

Customs regulation comprises of the customs legislation of the Customs Union and the national customs legislation of the Customs Union member-states.

Customs regulation competences at national level are implemented in compliance with the national laws, which are adopted in every member-state of the Customs Union and at the same time establish the second level of the customs regulation mechanism in the EurAsEC Customs Union.

* A.N. Kozyrin, Doctor Habilitated in Law, Professor, Head of Department, Financial Law, National Research University “Higher School of Economics”.

** This work uses results derived from the outputs of the Project No. 13-33-01037, implemented within the “Russian Foundation for Humanities” Program (2013–2014).

In the Russian Federation the national act regulating customs relations is the Federal Law of November 27, 2010 “On the Customs Regulation in the Russian Federation.”¹ In the Republic of Belarus it is the Customs Code of the Republic of Belarus of January 4, 2007² and respectively, the Customs Code of the Republic of Kazakhstan of June 30, 2010³ is applied in the Republic of Kazakhstan.

The abovementioned laws of the Customs Union member states cannot guide customs regulation independently. They are derived from the customs legislation of the Customs Union and shall not contradict the latter law. The customs regulation matters, which are the subject of the national laws, are delegated to the legislative authorities of member states directly by the Customs Code of the EurAsEC Customs Union.

Thus, the customs legislation of the Customs Union has the priority legal force over the national customs legislation and covers the entire area of the single customs territory of the Customs Union. National law on customs regulation of the Customs Union member state shall comply with the customs legislation of the Customs Union, and shall act only on the territory of the given state.

3. Concept of Customs Legislation of the EurAsEC Customs Union

Concept of the customs legislation of the Customs Union is defined in the Customs Code (Articles 1, 3) through establishing its subject matter, structure and territorial validity.

The customs legislation is a legal base for customs regulation in the EurAsEC Customs Union. It aims at regulating customs relations occurring in the Customs Union, which are the relations connected with:

- Movement of goods through the customs border of the Customs Union;
- Transportation of goods across the single customs territory of the Customs Union under the customs control;
- Temporary storage of goods;
- Customs declaration of goods;
- Release and use of goods in accordance with the customs procedures;
- Implementation of the customs control;
- Payment of customs duties;
- Authority relationship between the customs authorities and the entities exercising the ownership, usage and disposition rights regarding the specified goods.

Customs legislation represents a complex of normative legal acts, which is formed around the Customs Code of the Customs Union that serves as a basic systemically important act of supreme legal force.

¹ The Federal Law of November 27, 2010, No. 311-FZ “On Customs Regulation in the Russian Federation”, *Collection of legislation of the Russian Federation*, 2010, No. 48, Art. 6265.

² Customs Code of the Republic of Belarus of January 4, 2007, No. 204-Z, the *National register of legal acts of the Republic of Belarus*, 2007, No. 17.2/1301.

³ The Code of the Republic of Kazakhstan of June 30, 2010, No. 296-IV “On Customs in the Republic of Kazakhstan”, *Kazakhstanskaya Pravda*, 2010, No. 169–170.

The customs legislation of the Customs Union consists of the three parts:

- 1) Customs Code of the Customs Union;
- 2) International treaties of the Customs Union member states;
- 3) Acts of the supranational authority.

The customs legislation of the Customs Union is applied on the whole territory of the Customs Union, in contrast to the national legislation on customs regulation, which is applied only on the territory of the state adopting the legislation. In other words, the territorial validity of the customs legislation of the Customs Union extends to the customs territory of the Customs Union consisting of the territories of the Republic of Belarus, the Republic of Kazakhstan and the Russian Federation including the extraterritorial artificial islands, installations, constructions and other objects regarding which the member states of the Customs Union have the power of exclusive jurisdiction.

4. Customs Code of the Customs Union

The introduction of the Treaty on the Customs Code of the Customs Union signed on November 27, 2009 in Minsk gave an impulse to the formation of the customs legislation of the Customs Union.

In accordance with the decision of the Interstate Council of the Eurasian Economic Community that is the supreme body of the Customs Union, the Treaty on the Customs Code has entered into force on July 6, 2010. Annex to the Treaty constitutes the integral part of the Treaty and it includes the Customs Code of the Customs Union.⁴ As it was noted, the Customs Code of the Customs Union is an act having the supreme legal force. The provision establishing the primacy of the Customs Code among the acts of customs legislation of the Customs Union is included in the Article 1 of the Treaty on the Customs Code of the Customs Union.

The Customs Code is a basic legal act determining the legal foundations for customs regulation within the borders of the Customs Union. All other acts of customs legislation shall be adopted in elaboration of the Customs Code and should conform with it. Legislation acts on customs regulation of the member states of the Customs Union shall conform to the Customs Code.

The principle of correspondence of all the sources of the EurAsEC customs law to the Customs Code regulations is a legal guarantee of the unity of the customs regulation system in the EurAsEC Customs Union. The structure of the Customs Code reflects the main directions of customs regulation and includes sections devoted to:

- general provisions of the customs regulation in the Customs Union;
- customs payments;
- customs control;
- customs operations;
- customs procedures;
- specifics of movement of goods through the customs border.

⁴ *Collection of legislation of the Russian Federation*, 2010, No. 50, Art. 6615.

5. International Agreements of the Customs Union Member States

The second level in the structure of the customs legislation is represented by the international agreements of the Customs Union member states.

It should be clarified that the system of customs legislation includes only those international agreements, which regulate customs relations within the Customs Union. International agreements belonging to the acts of customs legislation can be grouped into the two main groups. The first group consists of the international agreements applied within the EurAsEC and adopted prior to establishment of the Customs Union of the Republic of Belarus, the Republic of Kazakhstan and the Russian Federation:

- Agreement on the Customs Union between the Russian Federation and the Republic of Belarus of January 6, 1995;
- Agreement on the Customs Union of January 20, 1995;
- Treaty on the Customs Union and the Common Economic Space of February 26, 1999;
- Treaty on the Establishment of the Eurasian Economic Community of October 10, 2000, and others.

The second group includes international agreements concluded after the creation of the Customs Union and aimed at completing the formation of its contractual legal base:

- Treaty on the Creation of the Single Customs Territory and Establishment of the Customs Union of October 6, 2007;
- Agreement on the Common Customs Tariff Regulation of January 25, 2008;
- Treaty on the Eurasian Economic Commission of November 18, 2011 and others.

The first two levels of the customs legislation (Customs Code of the Customs Union and international agreements of the member states) constitute the legal basis for strategic management in the Customs Union and regulate the most important relations on customs regulation. It is obvious that decisions on the strategically important issues should be given the form of international treaties, which are adopted taking into account the principle of sovereignty applied to the Customs Union member states.

Decisions of the supranational authority shall be taken for regulating operational matters and constitute the third level of the customs legislation of the Customs Union.

6. Decisions of the Eurasian Economic Commission

Acts of supranational authority regulating customs relations within the Customs Union shall be adopted in accordance with acts constituting the two preceding levels of the customs legislation that are the Customs Code and international agreements of the Customs Union member states. Development of integration processes in the EurAsEC and the way towards creation of the EurAsEC Common Economic Space has led to reforming the institutional structure of the integration union. Initially, the Commission of the Customs Union acted as a supranational authority.

In 2012, the Eurasian Economic Commission became the standing regulating body of the Customs Union and the Common Economic Space. Thereafter the Commission of the Customs Union has been abolished.

The legal base of the activity of the supranational regulator is constituted by the Treaty on the Eurasian Economic Commission of November 18, 2011 and by the Decision of the Supreme Economic Council of November 18, 2011 “On Rules of Procedure for the Eurasian Economic Commission.”

The area of activity of the new supranational authority has been expanded significantly in comparison with the powers of the Commission of the Customs Union. Along with the issues of the customs policy and foreign trade regulations, the newly formed Eurasian Economic Commission implements also the supranational regulation in the field of macro-economic, monetary, competitive and energy policies, natural monopolies, transport, labor migration, financial markets and other areas of economic policy.

Simultaneously with the expansion and diversification of the supranational authority’s activity, the structure of the Commission and the procedures, under which it operates, have been complicated.

The Eurasian Economic Commission consists of the Commission Council and the Commission Board.

Within its competence the Commission takes decisions mandatory for the Customs Union member states, and recommendations, which are not of a binding nature.

The Commission takes decisions on the basis of voting by the members of the Commission Council or the Commission Board, the votes of the Commission are distributed according to the following principle: one voting member of the Commission Council or the Commission Board is one vote.

The abolished Commission of the Customs Union applied different procedure for votes’ distribution, which allowed the Russian Federation influence decisions of supranational nature. The old Treaty on the Commission of the Customs Union (in Article 7) provided for the following distribution of votes in the Commission: 21,5 for the Republic of Belarus; 21,5 for the Republic of Kazakhstan and 57 for the Russian Federation. Such votes’ distribution in the Commission allowed the Russian Federation to block decisions supported by the two other member states. It misses that opportunity within the framework of the Eurasian Economic Commission.

The Commission Council, within its powers, takes decisions by consensus. If consensus is not achieved then the issue is referred to the Supreme Eurasian Economic Council on the proposal of any member of the Commission Council.

The Commission Board takes decisions by consensus or qualified majority of two thirds votes of the total number of its members. The list of issues, decisions which are taken by consensus or qualified majority of votes, shall be determined by the Rules of Procedure for the Commission.

The acts of customs legislation of the Customs Union include:

- a) decisions taken by the Council of the Eurasian Economic Commission, for example the Decision of July 16, 2012, No. 54 “On the Approval of the Single Commodity Nomenclature of the Foreign Economic Activity of the Customs Union and the Common Customs Tariff of the Customs Union”, the Decision of July 16, 2012, No. 55 “On the Application by the Republic of Belarus and the Republic of Kazakhstan of the Import Customs Duties Rates Different from the Rates of the Common Customs Tariff, in Respect of Certain Categories of Goods”, etc.;

- b) decisions adopted by the Board of the Economic Commission: for example, the Decision of July 12, 2012, No. 110 “On import (export) of goods for the purposes of organization and holding of the XXII Olympic Games and XI Paralympic Games 2014 in Sochi”, the Decision of December 2, 2013, No. 284 “On the Procedure for the Adoption of Decisions on the Classification of Certain Types of Goods by the Eurasian Economic Commission”, etc.

Previous decisions of the abolished Commission of the Customs Union continue to be applied as customs regulations until they are changed or annulled by the Eurasian Economic Commission.⁵

All decisions of the Eurasian Economic Commission must be placed on the official website of the Eurasian Economic Commission at: eurasiancommission.org (according to the Decision of the Board of the Eurasian Economic Commission of April 16, 2013, No. 83).

7. Conclusion

Bringing the analysis of the current state of the customs legislation of the Customs Union to an end, we can state the following:

1. Customs legislation represents the numerous and diverse legal acts regulating customs relations in the EurAsEC Customs Union.

All these acts constitute the uniform system arranged around the basic act, the EurAsEC Customs Code. Other acts of the customs legislation shall be adopted in accordance with the Customs Code of the Customs Union, for elaboration and in pursuance of its provisions.

2. Customs legislation of the Customs Union integrates acts of strategic regulation (the Customs Code of the Customs Union and the international agreements of the Customs Union member states), and acts of operational regulation of the supranational nature (Decisions of the Eurasian Economic Commission, and , before 2012, of the Commission of the Customs Union).

3. For the Russian Federation since its accession to the EurAsEC Customs Union in 2010, the most important feature of the legal regulation of customs relations has become the creation of bimodal mechanism integrating customs legislation of the Customs Union and national legislation on customs regulation applied in the territory of the Russian Federation.

Customs legislation of the Customs Union has priority legal force over the national legislation and extends its action to the entire single customs territory of the Customs Union. In turn, the national legislation on customs regulation is formed in accordance with the provisions of the customs legislation of the Customs Union, shall not contradict it and is applied within the territory of the respective member state of the Customs Union.

⁵ The numerous decisions of the Commission of the Customs Union regulating important aspects of customs law are still in force: for example, the Decision of the Commission of the Customs Union of September 20, 2010, No. 376 “On the Procedure of Declaring, Control and Adjustment of the Customs Value of Goods”, Decision of the Commission of the Customs Union of June 18, 2010, No. 317 “On Implementation of Veterinary and Sanitary Measures in the Customs Union”, etc.

4. Customs Code of the Customs Union (Article 1) establishes one of the major principles of the EurAsEC customs law that is the balance between the two levels of customs regulation, which are the customs regulation performed within the framework of the Customs Union and the customs regulation implemented in the territory of the Customs Union member state. National regulation of customs relations is implemented only until the appropriate provisions of the customs legislation of the Customs Union are established.

Prawodawstwo Unii Celnej Euroazjatyckiej Unii Gospodarczej

S t r e s z c z e n i e

Artykuł poświęcony jest mechanizmowi regulacji prawnych w zakresie tworzenia i działalności Unii Celnej Euroazjatyckiej Unii Gospodarczej. Autor analizuje koncepcję oraz strukturę prawodawstwa celnego Unii Celnej i krajowych przepisów dotyczących regulacji prawnych stosunków celnych członków Euroazjatyckiej Unii Gospodarczej. Regulacje celne składają się z przepisów prawa celnego Unii Celnej i krajowego prawodawstwa celnego z krajów członkowskich Unii Celnej. W związku z tym szczególną uwagę zwraca się na zasady relacji między poziomami międzynarodowych i krajowych regulacji stosunków celnych w Euroazjatyckiej Unii Gospodarczej. Wraz z rozwojem liczby uczestników integracji zwiększają się potrzeby skutecznego działania ponadnarodowego regulatora – Euroazjatyckiej Komisji Gospodarczej – w celu podejmowania decyzji w trybie operacyjnym. Gwarancją realizacji osiągniętych porozumień musi być wzmocnienie pozycji Euroazjatyckiej Komisji Gospodarczej i dodatkowych uprawnień do zarządzania polityką gospodarczą w ramach Euroazjatyckiej Unii Gospodarczej. Unifikacja przepisów krajów członkowskich Unii Celnej oraz rozróżnienie między prawem międzynarodowym, ponadnarodowym i krajowym w chwili obecnej jest jednym z najbardziej strategicznych zadań działalności Euroazjatyckiej Komisji Gospodarczej. W początkowej fazie tworzenia Euroazjatyckiej Unii Gospodarczej uprawnienia ponadnarodowego regulatora – Euroazjatyckiej Komisji Gospodarczej – zostaną rozszerzone i poprawione.

ZASKARŻALNOŚĆ ROZSTRZYGNIEĆ NADZORCZYCH DOTYCZĄCYCH AKTÓW ORGANÓW JEDNOSTEK POMOCNICZYCH GMINY

1. Wprowadzenie

W literaturze przedmiotu powszechny jest pogląd uznający za niedopuszczalne wniesienie skargi na rozstrzygnięcie nadzorcze przez inny podmiot niż gmina, powiat, województwo lub związek komunalny, których interes prawny, uprawnienie lub kompetencje zostały naruszone¹. Jak się przyjmuje, nie ma przy tym znaczenia, że rozstrzygnięcie to narusza jego interes prawny lub uprawnienie². Można jednak wskazać co najmniej jedno orzeczenie sądu administracyjnego dopuszczające wniesienie skargi na rozstrzygnięcie nadzorcze przez inny podmiot niż wymienione – jednostkę pomocniczą, której działalności dotyczył zakwestionowany akt nadzoru³. Biorąc pod uwagę dominujący w orzecznictwie pogląd dopuszczający sprawowanie przez wojewodę i regionalną izbę obrachunkową bezpośredniego nadzoru nad działalnością jednostek pomocniczych, należy rozważyć, czy znajdujący wyraz we wspomnianym wyroku pogląd, uznający legitymację do wniesienia skargi na rozstrzygnięcie nadzorcze po stronie jednostki pomocniczej, jest uzasadniony na gruncie obowiązujących ustaw samorządowych.

Zagadnienie poruszone w niniejszym opracowaniu znajduje walor praktyczny, co do zasady, jedynie względem dzielnic m. st. Warszawy. W tym kontekście ma on dość istotne znaczenie, biorąc pod uwagę, że wszystkie uprawnienia podmiotu nadzorowanego, związane z dotyczącymi go aktami nadzoru, stanowią ważny czynnik przesądzający o zakresie jego samodzielności, a tym samym odgrywają istotną rolę w określeniu jego pozycji prawnej⁴.

* Autor jest doktorantem w Katedrze Prawa i Postępowania Administracyjnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

¹ Zob. m.in.: R. Hauser, W. Sawczyn, *Nadzór nad działalnością gminną*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz z odniesieniami do ustaw o samorządzie powiatowym i samorządzie województwa*, Warszawa 2011, s. 782; M. Stahl, *Nadzór nad samorządem terytorialnym w orzecznictwie sądów administracyjnych*, [w:] J. Góral, R. Hauser, J. Trzciniński, *Sądownictwo administracyjne gwarantem praw i wolności obywatelskich 1980–2005*, Warszawa 2005, s. 399, 401; J. Zimmermann, *Elementy procesowe nadzoru i kontroli NSA nad samorządem terytorialnym*, „Państwo i Prawo” 1991, z. 10, s. 48–49; W. Chróścielewski, *Sądowa kontrola rozstrzygnięć nadzorczych dotyczących samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny” 1994, nr 10, s. 52.

² M. Stahl, *Nadzór...*, *op. cit.*, s. 401.

³ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 2 kwietnia 2004 r., II SA 2255/03 (Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>, dalej: CBOSA).

⁴ Zob. S. Gajewski, *Nadzór i kontrola nad działalnością dzielnic miasta stołecznego Warszawy*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2012, nr 3, s. 72.

2. Dopuszczalność sprawowania nadzoru nad działalnością jednostek pomocniczych przez wojewodę i regionalną izbę obrachunkową

Zagadnienie dopuszczalności sprawowania bezpośredniego nadzoru nad jednostkami pomocniczymi przez wojewodów i regionalne izby obrachunkowe było dość szeroko wyjaśniane w doktrynie i orzecznictwie. Można tu wskazać dwa zasadnicze stanowiska. Pierwsze zakłada, że wyłącznie uprawnione do wykonywania uprawnień nadzorczych nad działalnością jednostek pomocniczych są organy gmin, w których je utworzono. Za stanowiskiem tym przemawiają trzy argumenty. Po pierwsze, należy zauważyć, że w ustawie gminnej wprowadzono zamknięty katalog organów gminy. Jak się podnosi, wyłącza to możliwość sprawowania nadzoru nad innymi niż wójt (burmistrz, prezydent miasta) oraz rada gminy podmiotami ze struktury organizacyjnej gminy⁵. Jak się przyjmuje, gmina prowadzi swoją działalność wyłącznie za pośrednictwem własnych organów. Po drugie, wskazuje się, że przepisy ustawowe nie konstruują trybu wykonywania nadzoru nad działalnością organów jednostek pomocniczych przez organy wymienione w rozdziale 10. u.s.g.⁶, nie wprowadzając nawet obowiązku przekazywania aktów tych jednostek wojewodzie czy regionalnej izbie obrachunkowej. Ma to istotne znaczenie w kontekście zasady, że ingerencja nadzorcza nie może opierać się na wykładni rozszerzającej⁷. Po trzecie wreszcie, należy zauważyć, iż organy nadzoru nie dysponują środkami nadzoru, odnoszącymi się bezpośrednio do aktów pochodzących od jednostek pomocniczych, a jedynie – w stosunku do jednostek samorządu terytorialnego i ich związków⁸.

Drugi pogląd z kolei zakłada, że wojewoda i regionalna izba obrachunkowa uprawnione są do podejmowania rozstrzygnięć nadzorczych, których przedmiotem są akty organów jednostek pomocniczych. Za poglądem tym przemawia szereg argumentów znajdujących oparcie w orzecznictwie sądów administracyjnych. Po pierwsze, trzeba zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 86 u.s.g. wojewoda sprawuje nadzór nad działalnością gminną, a nie nad organami gminy. Również rozdział 10 u.s.g. zatytułowany jest „Nadzór nad działalnością gminną”, nie zaś – „Nadzór nad organami gminy”⁹. Nie budzi zaś wątpliwości, że jednostki pomocnicze wykonując zadania i kompetencje organów gminy, prowadzą działalność gminną¹⁰.

⁵ Zob. P. Chmielnicki, *Statuty jednostek pomocniczych gminy. Wzory z komentarzem*, Warszawa 2004, s. 78.

⁶ Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r., poz. 594; dalej: u.s.g.).

⁷ Zob. P. Chmielnicki (red.), *Komentarz do ustawy o samorządzie gminnym*, Warszawa 2010, s. 719–720.

⁸ Zob. T. Bąkowski, M. Brzeski, *Nadzór nad działalnością prawotwórczą podmiotów samorządu terytorialnego niebędących jego organami*, [w:] M. Stec, M. Mączyński (red.), *Nadzór nad samorządem a granice jego samodzielności*, Warszawa 2011, s. 138–139.

⁹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 kwietnia 2008 r., II OSK 127/08 (LEX nr 470940).

¹⁰ Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 listopada 1999 r., II SA 1075-1078/99 (LEX nr 42123); wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 listopada 2000 r., OSA 2/00 (LEX nr 47646). Zob. także: A. Agopszowicz, Z. Gilowska, *Ustawa o gminnym samorządzie terytorialnym*, Warszawa 1999, s. 255; Z. Kmiecik, M. Stahl, *Akty nadzoru nad działalnością samorządu terytorialnego (w świetle ustaleń orzecznictwa NSA i poglądów doktryny)*, „Samorząd Terytorialny” 2001, nr 1–2, s. 99; M. Stahl, *Glosa do postanowienia NSA z dn. 24.11.1999, sygn. II SA 1075/99*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2000, z. 10, poz. 158, s. 521.

Po drugie, wypada zauważyć, że uznanie, iż jednostki pomocnicze wyłączone są spod nadzoru państwowego mogłoby stworzyć zachętę dla organów gmin do transferowania swoich kompetencji do jednostek pomocniczych w celu uniknięcia interwencji nadzorczej organu państwowego¹¹. Po trzecie wreszcie, trzeba podkreślić, że celem nadzoru państwowego jest zapewnienie legalności działań administracji samorządowej. W tym sensie, trzeba by uznać, że wyłączenie kompetencji nadzorczych wojewody i regionalnej izby obrachunkowej w stosunku do jednostek pomocniczych równoznaczne jest ze stworzeniem obszaru, w którym samorząd terytorialny działałby bez koniecznej według Konstytucji gwarancji legalności, tj. właśnie nadzoru sprawowanego przez administrację rządową¹². Z poglądem tym – w świetle przedstawionej argumentacji – należy się zgodzić.

3. Legitymacja do wniesienia skargi na rozstrzygnięcie nadzorcze, którego przedmiotem jest akt organu jednostki pomocniczej

Przepis art. 98 ust. 1 u.s.g. stanowi wyraźnie, że rozstrzygnięcia organu nadzorczego dotyczące gminy podlegają zaskarżeniu do sądu administracyjnego z powodu niezgodności z prawem w terminie 30 dni od dnia ich doręczenia. Analiza literalnego brzmienia przywołanego ustępu wyraźnie wskazuje, że przedmiotem skargi mogą być nie tylko rozstrzygnięcia nadzorcze, których przedmiotem jest akt organu gminy – zarządzenie wójta lub uchwała rady – ale także innych podmiotów znajdujących się w strukturze organizacyjnej gminy i wykonujących z mocy prawa zadania i kompetencje jej organów. Jak należy sądzić, biorąc pod uwagę całokształt rozwiązań ustawy gminnej, będą to w szczególności jednostki pomocnicze gmin. W tym miejscu wypada zwrócić uwagę na szczególną pozycję ustrojową tych podmiotów. Jednostki pomocnicze tworzone są fakultatywnie przez gminę (art. 5 ust. 1 u.s.g.) w drodze uchwały jej rady (art. 5 ust. 2 u.s.g.). Zasady tworzenia, łączenia, podziału oraz znoszenia jednostki pomocniczej określa statut gminy (art. 5 ust. 3 u.s.g.), natomiast organizację i zakres jej działania wskazuje rada gminy w odrębnym statucie (art. 35 ust. 1 u.s.g.). Akt ten w szczególności określa organizację i zadania organów takiej jednostki (art. 35 ust. 3 pkt 3 u.s.g.) oraz zakres zadań przekazywanych jej przez gminę oraz sposób ich realizacji (art. 35 ust. 3 pkt 4 u.s.g.). Do wyłącznej właściwości rady gminy należy również ustalenie zakresu działania jednostek pomocniczych, zasad przekazywania im składników mienia do korzystania oraz zasad przekazywania środków budżetowych na realizację zadań przez te jednostki (art. 18 ust. 2 pkt 7 u.s.g.). Ponadto rada gminy kontroluje ich działalność (art. 18a ust. 1 u.s.g.). Zakres zarządzania i korzystania z mienia komunalnego oraz rozporządzania dochodami z tego źródła określa statut, który ustala również zakres czynności dokonywanych samodzielnie przez jednostkę pomocniczą w zakresie przysługującego jej mienia (art. 48 ust. 1 u.s.g.). Statut gminy określa również uprawnienia jednostki pomocniczej do prowadzenia gospodarki finansowej w ramach budżetu gminy (art. 51 ust. 3 u.s.g.).

Pozwala to przyjąć, że jednostki pomocnicze wykonują zadania i kompetencje gminy, w której zostały utworzone. Nie dysponują one własnymi zadaniami i kompetencjami,

¹¹ Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 listopada 1999 r., II SA 1075/99 („Orzecznictwo Sądów Polskich” 2000, z. 10, poz. 158, s. 517–519).

¹² S. Gajewski, *Nadźór i kontrola...*, s. 75.

które nie mieściłyby się w katalogu tych przyznanych gminie. Stanowią one więc swoiste wewnętrzne jednostki organizacyjne podstawowej jednostki samorządu terytorialnego. O ich bycie decyduje bowiem organ stanowiący gminy, który – jak wskazano – jest uprawniony do tworzenia i znoszenia jednostek pomocniczych, a także określania ich struktury ustrojowej w statutach tych podmiotów. Wyjątkiem są tutaj dzielnice m.st. Warszawy, które zostały utworzone z mocy ustawy (art. 5 ust. 1 u.w.¹³, art. 4 u.w.). Nawet jednak i w tym przypadku Rada m.st. Warszawy zachowała uprawnienie do znoszenia tych jednostek pomocniczych i tworzenia nowych dzielnic (art. 5 ust. 2 u.w.) oraz – w znacznym zakresie – do określenia ich ustroju (art. 5 ust. 4 u.w.). Można więc przyjąć, że całość zadań i kompetencji jednostek pomocniczych mieści się w zakresie władztwa publicznego, którym dysponuje gmina, zaś wszelkie kompetencje jej organów względem tych jednostek stanowią składnik przysługującego podstawowej jednostce samorządu terytorialnego władztwa organizacyjnego. To wszystko w konsekwencji pozwala uznać, że każde rozstrzygnięcie nadzorcze, mające za przedmiot akt organu takiej jednostki, stanowi ingerencję w sferę samodzielności gminy, która podlega ochronie sądowej. Oznacza to w szczególności, że z kompetencją wojewody lub regionalnej izby obrachunkowej do podejmowania aktów nadzoru nad działalnością jednostek pomocniczych gminy należy wiązać uprawnienie do wniesienia skargi na rozstrzygnięcie nadzorcze, o którym mowa w art. 98 u.s.g. Z przepisu tego nie wynika jednak, jaki podmiot dysponuje legitymacją do jej wniesienia: gmina czy jednostka pomocnicza, która wydała zakwestionowany przez organ nadzoru akt.

Wydaje się jednak, że, biorąc pod uwagę, iż – jak już wskazano – rozstrzygnięcie nadzorcze kwestionujące akt organu jednostki pomocniczej stanowi ingerencję w sferę prawnie zabezpieczonej samodzielności gminy, trzeba przyjąć, że to organ gminy, a nie jednostki pomocniczej, będzie wyłącznie uprawniony do wniesienia skargi na rozstrzygnięcie nadzorcze dotyczące aktu jej organu. Kompetencję tę powinien realizować wójt (burmistrz, prezydent miasta), ponieważ z mocy art. 31 u.s.g. reprezentuje on gminę na zewnątrz, a – jak przyjmuje się w orzecznictwie sądowym – uprawnienie to obejmuje również prawo wnoszenia do sądu skarg w imieniu gminy¹⁴. Pogląd ten znajduje także uzasadnienie w orzecznictwie sądów administracyjnych, które podkreślają, że zarówno jednostki pomocnicze, jak i ich organy pozbawione są legitymacji do wnoszenia skarg i podmiotowości niezbędnej do wzięcia udziału w postępowaniu sadowoadministracyjnym. W ocenie sądów wynika to z dwóch przyczyn. Po pierwsze, jednostki pomocnicze nie należą do żadnej z grup wymienionych przez art. 25 p.p.s.a.¹⁵ Nie są one bowiem ani osobami prawnymi, ani państwowymi lub samorządowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, ani też organizacjami społecznymi. Po drugie zaś, jednostki pomocnicze stanowiąc element składowy gminy, nie mogą być podmiotem praw i obowiązków w sferze materialnego prawa administracyjnego, a tym samym nie można wywieść z obowiązujących przepisów

¹³ Ustawa z dnia 15 marca 2002 r. o ustroju miasta stołecznego Warszawy (Dz.U. Nr 41, poz. 361 ze zm.; dalej: u.w.).

¹⁴ Zob. uchwała Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13 listopada 2012 r., I OPS 3/12 („Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego i wojewódzkich sądów administracyjnych” 2013, nr 2, poz. 21).

¹⁵ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tekst jednolity: Dz.U. z 2012 r., poz. 270 ze zm.; dalej: p.p.s.a.).

przysługującego im interesu prawnego, którego posiadanie stanowi co do zasady niezbędny warunek wniesienia skargi do sądu administracyjnego¹⁶.

Przykładowo zatem, inaczej niż przyjął Wojewoda Mazowiecki¹⁷, skarga na rozstrzygnięcie nadzorcze stwierdzające nieważność uchwały podjętej przez radę dzielnicy w sprawie rozpatrzenia skargi na działalność kierownika jednej z samorządowych jednostek organizacyjnych, będzie przysługiwała gminie, a nie tej jednostce pomocniczej. Trzeba bowiem zauważyć, że uprawnienie do rozpatrywania skarg na wspomniane podmioty przysługuje z mocy art. 229 pkt 3 k.p.a.¹⁸ radzie gminy, która – stosownie do art. 35 ust. 3 pkt 4 u.s.g. – może ją transferować na organy jednostki pomocniczej. Sytuacja taka miała miejsce w opisanym przypadku, ponieważ wspomniana kompetencja została przekazana dzielnicy w jej statucie nadanym przez radę miasta¹⁹.

Powstaje jednak wątpliwość, czy w każdym przypadku wyłączona jest sytuacja, w której skargę na rozstrzygnięcie nadzorcze może wnieść jednostka pomocnicza (lub jej organ), a nie gmina. Problem ten – biorąc pod uwagę przywołany na wstępie wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie – nabiera szczególnego znaczenia w kontekście odrębnego statusu dzielnic miasta stołecznego Warszawy jako jednostek pomocniczych. Można bowiem rozważyć, czy stołeczne dzielnice nie dysponują z mocy ustawy w określonym zakresie sferą samodzielności analogiczną do tej, posiadanej przez gminę, a co najmniej taką, która ze względu na wartości leżące u podstaw ustroju samorządu terytorialnego, mogłaby podlegać ochronie o podobnym zakresie.

W obecnym stanie prawnym, jak można sądzić, sytuacja taka zachodzi we wszystkich przypadkach, w których ustawa przewiduje odrębne od kompetencji organów m. st. Warszawy konkretne uprawnienia organów dzielnicy. Mowa tu w szczególności o dwóch sytuacjach, które odnoszą się do kompetencji organu dzielnicy, wyłączonych w istotnym stopniu z zakresu władztwa organizacyjnego gminy. Nie są one bowiem przyznawane ani samoistnie regulowane przez statut dzielnicy.

Po pierwsze, chodzi tu o podejmowane na mocy art. 8 ust. 1 u.w. uchwały dotyczące statusu radnego, jak: stwierdzenie wygaśnięcia jego mandatu czy wyrażenie zgody na rozwiązanie z nim stosunku pracy. Zgodnie z literalną treścią przywołanego przepisu do radnych dzielnicy stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące radnych gminy. W sprawach wyznaczonych zakresem tego przepisu, rada dzielnicy wykonuje w sposób wyłączny, we własnym imieniu i na własną odpowiedzialność z mocy ustawy kompetencje rady gminy, ale nie są to uprawnienia gminy m.st. Warszawy. Z mocy ustawy rada dzielnicy jest zatem

¹⁶ Zob. postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 25 lutego 2010 r., IV SA/GI 597/09; postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 29 sierpnia 2006 r., IV SA/Wa 570/06 (CBOSA).

¹⁷ Rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Mazowieckiego z 7 lutego 2012 r., LEX-I.4131.9.2012.9.SO <http://www.mazowieckie.pl/pl/urząd/akty-prawne/rozstrzygnięcia-nadzor/9817,Rozstrzygnięcia-Nadzorcze-Wojewody-2012-Warszawa.html>, dostęp: 25.03.2015.

¹⁸ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r., poz. 267; dalej: k.p.a.).

¹⁹ Zob. § 13 ust. 4 załącznika nr 9 – Statutu dzielnicy Śródmieście m.st. Warszawy, do uchwały Nr LXX/2182/2010 Rady m.st. Warszawy z dnia 14 stycznia 2010 r. w sprawie nadania statutów dzielnicom miasta stołecznego Warszawy (Dziennik Urzędowy Województwa Mazowieckiego Nr 32, poz. 453).

traktowana jak organ jednostki samorządu terytorialnego²⁰ i dlatego, wydaje się, że w tym zakresie powinny przysługiwać jej instrumenty prawne służące ochronie samodzielności, do których z pewnością zalicza się skarga na rozstrzygnięcie nadzorcze wojewody. Pogląd ten znajduje dodatkowo oparcie w treści art. 7 u.w., który stanowi, że wybory do rad dzielnic przeprowadza się łącznie z wyborami do Rady m.st. Warszawy na zasadach przewidzianych w Kodeksie wyborczym²¹ dla rad miast na prawach powiatu.

Po drugie, taka sama sytuacja zachodzi w odniesieniu do kompetencji rad dzielnic wyznaczonych przez art. 10 u.w., a zatem do wyboru zarządu dzielnicy oraz odwoływania jego członków. W tym przypadku również mamy do czynienia z własnym uprawnieniem rady dzielnicy, a zatem takim, które zostało jej przyznane przez ustawę, nie zaś statut dzielnicy, a jednocześnie nie mieści się w sferze kompetencji przysługujących pierwotnie organom m. st. Warszawy. Z tych względów również i w tym przypadku należałoby traktować radę dzielnicy jak organ jednostki samorządu terytorialnego.

Jednocześnie należy podkreślić, że poza wymienionymi przypadkami nie istnieje możliwość wnoszenia przez stołeczne dzielnice (ich organy) skarg na dotyczące ich rozstrzygnięcia nadzorcze. W szczególności trzeba podkreślić, że konstatacja odnosi się również do uchwał lub zarządzeń podejmowanych przez organy dzielnicy w ramach przysługujących im pewnych uprawnień dotyczących organizacji wewnętrznej tych podmiotów. Mowa tu np. o kompetencji rady dzielnicy do dokonania wyboru składów osobowych jej komisji. Uprawnienie to wprawdzie przysługuje wyłącznie radzie dzielnicy, ale warto wskazać, że przyznawane jest one i regulowane w statucie tej jednostki pomocniczej, nadanym przez Radę m. st. Warszawy. Nie można więc w tym przypadku mówić o jakiegokolwiek sferze samodzielności stołecznych dzielnic, która zasługiwałaby na ochronę analogiczną do tej przysługującej gminom. Sfera ta jest bowiem wyznaczana uprawnieniami przypisanymi dzielnicy przez ustawę, których sposobu realizacji nie określa statut jednostki pomocniczej, a zatem tymi, które zostały wyraźnie wyłączone z zakresu władztwa organizacyjnego gminy.

4. Podsumowanie

Podsumowując, warto podkreślić dwie kwestie. Po pierwsze, należy uznać pełną dopuszczalność podejmowania przez wojewodę i regionalną izbę obrachunkową aktów nadzoru, których przedmiotem są akty organów jednostek pomocniczych. Wynika to z konieczności objęcia bezpośrednim nadzorem całej działalności gminy, a nie tylko jej organów. Po drugie, nie można zaaprobować wnoszenia przez jednostki pomocnicze skarg na dotyczące ich rozstrzygnięcia nadzorcze. Skargę taką wnieść może jedynie gmina. Wyjątkiem są jednak – stanowiące wyraz pewnej samodzielności stołecznych dzielnic – uchwały podejmowane przez ich rady na podstawie art. 8 ust. 1 u.w. oraz art. 10 u.w. W tym przypadku wyłączną legitymację do wniesienia skargi na rozstrzygnięcie nadzorcze, których przedmiotem są wspomniane uchwały, będzie miała rada dzielnicy, ponieważ dotyczą one kwestii związanych bądź ze sprawami osób wchodzących w skład tego organu, bądź powoływania

²⁰ Por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 30 września 2011 r., II SA/Wa 1783/11 (CBOSA).

²¹ Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy (Dz.U. Nr 21, poz. 112 ze zm.).

i odwoływania zarządu dzielnicy (organu wykonawczego). W takich przypadkach co do zasady wyeliminowana jest możliwość wnoszenia skargi przez organ wykonawczy, ponieważ rada realizuje tutaj pewne własne uprawnienia ustawowe, których ochrona powinna być niezależna od woli tego podmiotu²².

The problem of bringing an action against supervisory decisions concerning auxiliary units

S u m m a r y

The problem of bringing an action against supervisory decisions concerning auxiliary units has not been a subject of a broader discussion in the literature. It was considered foremost the opportunity of supervising them directly by the voivod and the regional chamber of auditors. Considering that such a solution is acceptable, there is still significant doubt on the entity that can appeal the supervisory decision. It seems that due to the fact that the auxiliary units are essentially internal organization units of municipalities, this entity should be a mayor. The exception in this regard are some of resolutions of the board of quarters of Warsaw. In these cases, the entity entitled to bring an action against supervisory decision will be the council of quarter.

²² Por. uchwała Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13 listopada 2012 r., I OPS 3/12 („Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego i wojewódzkich sądów administracyjnych” 2013, nr 2, poz. 21).

PROBLEMY POWSTAJĄCE PRZY SPORZĄDZANIU TESTAMENTU USTNEGO

1. Wprowadzenie

Testament ustny jest formą szczególną testamentu. Formy tego rodzaju przewidziane są dla wyjątkowych sytuacji, gdy niemożliwe staje się sporządzenie testamentu w formie zwykłej. Testamenty szczególne mają określony termin obowiązywania, po upływie którego tracą moc. Uzasadnieniem takiego ograniczenia jest fakt, że w porównaniu ze zwykłymi testamentami, charakteryzują się łatwiejszą i uproszczoną formą dokonywania rozrządzeń¹.

Testament ustny został uregulowany w art. 952 k.c.² Jest on najczęstszą formą występującą w praktyce³. Ma to zarówno swoje zalety, jak i wiele wad. Najistotniejszą jest z pewnością możliwość łatwego sfalszowania dowodów dokonania takiej czynności prawnej⁴.

2. Przestanki uzasadniające sporządzenie testamentu ustnego

Testament ustny można sporządzić przy alternatywnym spełnieniu jednej z dwóch przesłanek:

- a) jeżeli istnieje obawa rychłej śmierci spadkodawcy,
- b) jeżeli wskutek szczególnych okoliczności zachowanie zwykłej formy testamentu jest niemożliwe lub bardzo utrudnione.

Spadkodawca bez względu na rodzaj przesłanki oświadcza ostatnią wolę ustnie, w obecności co najmniej trzech świadków.

2.1. Obawa rychłej śmierci

Pojęcie to w doktrynie nie jest rozumiane w sposób jednolity. Sąd Najwyższy w swoim orzecznictwie nie zajmuje jednoznacznego stanowiska. Obawa rychłej śmierci może być ujmowana zarówno obiektywnie, jak i subiektywnie.

W rozumieniu obiektywnym obawa rychłej śmierci występuje, jeżeli istnieją okoliczności, które ją uzasadniają z punktu widzenia wiedzy medycznej⁵. Za wyłącznie takim rozumieniem opowiedział się Sąd Najwyższy m.in. w orzeczeniu z dnia 6 sierpnia 1958 r.,

* Autorka jest studentką V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, absolwentką studiów pierwszego stopnia na kierunku politologia na Wydziale Dziennikarstwa i Nauk Politycznych Uniwersytetu Warszawskiego.

¹ E. Skowrońska-Bocian, *Testament w prawie polskim*, Warszawa 2004, s. 104.

² Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 2014, poz. 121 ze zm.).

³ E. Skowrońska-Bocian, *Testament...*, s. 105.

⁴ *Ibidem*.

⁵ J. Kremis, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 1735.

stwierdzając, że prawidłowa wykładnia przepisu ma na względzie wszystkie takie stany chorobowe – zarówno ostre, jak i przewlekłe – które w świetle zasad wiedzy lekarskiej lub doświadczenia życiowego mogą prowadzić do śmierci⁶. W owym czasie Sąd Najwyższy orzekł na podstawie art. 82 dekretu z dnia 8 października 1946 r. – Prawo spadkowe. Przepis tego dekretu różnił się od obecnego brzmienia art. 952 § 2 k.c. tym, że obecnie ustawodawca wyodrębnił dwie przesłanki sporządzenia testamentu (obawa rychłej śmierci oraz szczególne okoliczności), natomiast w dekrecie wymienione zostały tylko szczególne okoliczności, do których zaliczana była choroba spadkodawcy. W każdym razie stanowisko to może być – przynajmniej hipotetycznie – rozważane *de lege lata*, skoro obawa rychłej śmierci stanowi niewątpliwie jeden z przypadków „szczególnych okoliczności”.

W ujęciu subiektywnym obawa rychłej śmierci polega na indywidualnym odczuciu spadkodawcy co do zbliżającej się śmierci⁷. Za takim rozumieniem omawianej przesłanki opowiedział się Sąd Najwyższy m.in. w uchwale z dnia 7 stycznia 1992 r.: „obawa rychłej śmierci spadkodawcy w rozumieniu art. 952 § 1 k.c. istnieje nie tylko wtedy, gdy jego stan zdrowia w chwili sporządzania testamentu sam przez się lub w powiązaniu z innymi okolicznościami, jak z podeszłym wiekiem albo z przewlekłym schorzeniem, czynił tę obawę realną w świetle doświadczenia życiowego, a zwłaszcza wiedzy lekarskiej, lecz także w sytuacji jedynie subiektywnego przekonania spadkodawcy co do rychłego jego zgonu”⁸. Krytycznie do tej uchwały odniósł się A. Światłowski, który stwierdził, że przesłanek testamentu szczególnego nie można interpretować rozszerzająco, dlatego obawa rychłej śmierci musi być rozumiana w sposób obiektywny⁹. Wszelkie kontrowersje spowodowane rozbieżnościami orzeczniczymi, a także różnymi poglądami wyrażanymi przez doktrynę, doprowadziły do powstania syntetyzującego ujęcia subiektywno-obiektywnego: przesłanka obawy rychłej śmierci zostaje spełniona przy jednoczesnym przekonaniu spadkodawcy o zbliżającej się śmierci oraz istnieniu okoliczności, które uzasadniają to przekonanie¹⁰. Wydaje się ono w pełni uzasadnione, ponieważ subiektywne przekonanie testatora o nadchodzącej śmierci może czasami wynikać z faktu, iż osoba ta jest hipochondrykiem albo symuluje, i nie uzasadniać faktu obawy przed śmiercią¹¹. Nie należy utożsamiać takiego stanu z nagłym pogorszeniem zdrowia, które spełniałoby przesłankę obawy rychłej śmierci¹².

W takich okolicznościach istotne znaczenie ma element obiektywny, który w postaci dokumentacji medycznej w pełni może zobrazować stan zdrowia spadkodawcy¹³. Za takim ujęciem przemawia m.in. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2002 r., w którym stwierdzono, że naszemu systemowi prawnemu obce pozostaje nadawanie najważniejszego znaczenia jedynie odczuciom subiektywnym, dlatego ważne jest, aby odczucia

⁶ Orzeczenie SN z dnia 6 sierpnia 1958 r., I CR 512/58 (OSPiKA 1960, nr 2, poz. 37).

⁷ K. Osajda, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. III: Spadki*, Warszawa 2013, s. 373.

⁸ Uchwała SN z dnia 7 stycznia 1992 r., III CZP 135/91 (OSP 1993, nr 1, poz. 4).

⁹ A. Światłowski, *Glosa do uchwały SN z dnia 7 stycznia 1992 r., III CZP 135/91*, „Rejent” 1992, nr 11, s. 104.

¹⁰ K. Osajda, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny...*, s. 373.

¹¹ J. Kremis, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *op. cit.*, s. 1735.

¹² Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 lipca 2003 r., V CK 120/02 (OSNC 2004, nr 10, poz. 159).

¹³ J. Kremis, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *op. cit.*, s. 1735 i 1736.

te poddawane były kontroli zewnętrznej¹⁴. Sama granica między „obawą śmierci” a „obawą rychłej śmierci” jest bardzo niewyraźna, zatem istotna musi być tutaj ocena lekarzy, którzy przy pomocy kryteriów medycznych są w stanie określić prawdopodobny „czas umierania” osoby hospitalizowanej¹⁵.

Jednakże subiektywne pojmowanie obawy rychłej śmierci nie może pozostać bez znaczenia. Świadomość rychłej śmierci pozostaje w ścisłym związku z wolą testowania, ponieważ brak takiej świadomości może oznaczać, że po stronie testatora nie było zamiaru dokonania czynności prawnej na wypadek śmierci, co w konsekwencji może spowodować twierdzenie, że takowy testament nie został skutecznie sporządzony¹⁶.

W drodze wyjątku za wystarczające można uznać istnienie tylko subiektywnego przekonania o rychłej śmierci, jakie posiada testator w chwili, kiedy jego przekonanie powstaje na podstawie błędu co do obiektywnej prognozy lekarskiej¹⁷. Pogląd ten, wyrażony przez M. Pazdana, został poparty przez E. Skowrońską-Bocian¹⁸. Jednakże stanowisko to spotkało się z krytyką i zostało zdecydowanie odrzucone przez S. Wójcika i F. Zolla, zdaniem których wprowadzenie w błąd co do stanu zdrowia przez lekarza nie może być powodem do uznania istnienia przesłanki obawy rychłej śmierci¹⁹.

Wydaje się, że wprowadzenie w błąd przez lekarza może być podłożem do uznania, że istniała obawa rychłej śmierci, ponieważ nie ma powodów, aby testator nie ufał diagnozie postawionej przez profesjonalistę, nawet jeżeli z czasem się okaże, że lekarz się pomylił. W tym wypadku powstanie subiektywnej obawy rychłej śmierci uzasadnione jest obiektywną okolicznością zewnętrzną w postaci diagnozy o stanie zdrowia²⁰.

Istotne znaczenie ma wymaganie, by obawa rychłej śmierci istniała w chwili sporządzania testamentu²¹. Nie można uznać za ważny testament, który sporządziła osoba zdrowa, nawet jeśli po niedługim czasie zmarła, gdy w chwili sporządzania takiego testamentu nie istniały przesłanki do jego sporządzenia²².

Warta rozważenia jest sytuacja, czy przesłanka obawy rychłej śmierci zostaje spełniona przy samobójstwie. W postanowieniu z dnia 20 listopada 2003 r. Sąd Najwyższy uznał, że testament samobójcy nie może zostać uznany za sporządzony w warunkach obawy rychłej

¹⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2002 r., I CKN 1457/99 („Lex” nr 55105).

¹⁵ S. Niemczyk, A. Łazarska, *Prawno-medyczna wykładnia „obawy rychłej śmierci” jako przesłanka ważności testamentu ustnego*, PiM 2007, nr 2, s. 97.

¹⁶ E. Skowrońska-Bocian, *Obawa rychłej śmierci jako przesłanka sporządzenia testamentu ustnego*, [w:] *Ars Et Usus, Księga pamiątkowa ku czci Sędziego Stanisława Rudnickiego*, Warszawa 2005, s. 243.

¹⁷ M. Pazdan, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. II, *Komentarz – Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, Warszawa 2013, s. 853 i nast.

¹⁸ E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga czwarta, Spadki*, Warszawa 2003, s. 114.

¹⁹ S. Wójcik, F. Zoll, [w:] B. Kordasiewicz (red.), *System prawa prywatnego*, t. 10: *Prawo spadkowe*, Warszawa 2009, s. 311.

²⁰ W. Borysiak, *Sporządzenie testamentu ustnego przez osobę pozostającą w zamiarze samobójczym – komentarz*, MoP 2007, nr 18, s. 1029.

²¹ M. Pazdan, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *op. cit.*, s. 854.

²² E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz...*, s. 114.

śmierci²³. Zdaniem sądu, obawa rychłej śmierci musi istnieć w chwili testowania, ponieważ determinuje ona zachowanie testatora, który żyje w przeświadczeniu, iż zagrożenie dla jego życia jest nieuchronne i niedające się odwrócić²⁴. Zamiar samobójczy nie uzasadnia tak pojmowanej motywacji, ponieważ stwarza tylko hipotetyczne zagrożenie dla życia w niedającej się przewidzieć przyszłości, a także jest stanem emocjonalnym możliwym do opanowania²⁵. Podobnie w postanowieniu z dnia 5 lipca 2006 r. Sąd Najwyższy podkreślił, iż „zamiar samobójczy, co do zasady, nie powinien uzasadniać ‘obawy rychłej śmierci’ w rozumieniu art. 952 § 1 k.c. już choćby dlatego, że nie stanowi on okoliczności nieodwracalnie zagrażającej życiu. Wynika on z motywacji danej osoby, z jej bardziej lub mniej przemyślanej decyzji. Argumentowanie, że osoba rozważająca popełnienie samobójstwa także „obawia się” o swoje życie, nie jest logicznie poprawne. Stan obawy rychłej śmierci, nawet jeżeli sprowadza się do subiektywnej oceny spadkodawcy, musi zatem być uzasadniony okolicznościami zewnętrznymi, które dla spadkodawcy stanowią przesłankę do przyjęcia, że wkrótce umrze. Takimi okolicznościami są np. choroba, niebezpieczeństwo w podróży, czy innego rodzaju zagrożenie zewnętrzne. Chodzi więc o obawę przed stanem, który przychodzi ‘z zewnątrz’. Zamiar samobójczy tymczasem jest świadomym aktem woli, podjętym przez osobę, która rozporządza następnie swoim majątkiem. Jest więc wynikiem stanu istniejącego ‘wewnątrz’ i z tej przyczyny nie można uznać go za okoliczność uzasadniająca obawę rychłej śmierci, o jaką chodzi w art. 952 § 1 k.c.”²⁶. Ponadto trzeba mieć na względzie, że osoba, która targnęła się na własne życie, mogła być dotknięta chorobą psychiczną, co wyłącza swobodne wyrażenie woli i niezależnie przesądza o nieważności testamentu²⁷.

Stanowisko Sądu Najwyższego z 2003 r. zostało ostro skrytykowane przez M. Niedośpiałą, który twierdzi, że testament ustny sporządzony przez samobójcę jest uzasadniony obawą rychłej śmierci i to tak w ujęciu subiektywnym, jak i obiektywnym²⁸. Również K. Osajda argumentuje, że w przypadku próby samobójczej mamy spełnioną przesłankę zarówno subiektywną, jak i obiektywną, i taki testament będzie ważny, gdyż: „stan psychiczny samobójcy, a w szczególności podjęcie przez niego decyzji o popełnieniu samobójstwa, uzasadniają stwierdzenie spełnienia subiektywnie rozumianej przesłanki obawy rychłej śmierci. Ponadto, zważywszy na zamiar popełnienia samobójstwa, występuje również obiektywna obawa, że testator wkrótce umrze”²⁹. Pomimo głosów krytyki część doktryny zgadza się z wykładnią Sądu Najwyższego³⁰. Przy czym M. Pazdan czyni zastrzeżenie, iż, „nie ma natomiast przeszkód do zastosowania art. 952 § 1, jeżeli po targnięciu się na

²³ Postanowienie SN z dnia 20 listopada 2003 r., III CK 7/02 (OSNC 2005, nr 1, poz. 7).

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 lipca 2006 r., IV CSK 74/06 (LEX nr 1101685).

²⁷ E. Skowrońska-Bocian, *Obawa...*, s. 244.

²⁸ M. Niedośpiał, *Glosa do postanowienia SN z dnia 20 listopada 2003 r., III CK 7/02*, PiP 2005, nr 1, s. 118.

²⁹ K. Osajda, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny...*, s. 375.

³⁰ Np. J. Kremis, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *op. cit.*, s. 1736; M. Pazdan, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *op. cit.*, s. 853; E. Niezbecka, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz LEX, t. IV, Spadki*, Warszawa 2012, s. 140.

swoje życie samobójca – ze względu na uszkodzenie swojego ciała – znalazł się w stanie uzasadniającym obawę rychłej śmierci i wówczas sporządził testament³¹.

Jeśli chodzi o ważność testamentu, to zgodnie ze stanowiskiem M. Niedościała, osoba chora psychicznie znajduje się w stanie uniemożliwiającym jej swobodne wyrażenie woli i nie może ważne sporządzić testamentu zgodnie z art. 945 § 1 pkt 1 k.c., ale jeśli już tego dokona, to jej odbiegający od normalności stan psychiczny zawsze będzie powodować istnienie po jej stronie (mimo subiektywnego odczucia) obawy rychłej śmierci w ujęciu obiektywnym³².

Jeżeli przyjęlibyśmy, że zamiar samobójczy uzasadnia obawę rychłej śmierci, byłaby to wykładnia nadmiernie rozszerzająca art. 952 § 1 k.c.³³ Zdaniem M. Kłosa nie można uznać, że osoba działająca w zamiarze samobójczym może sporządzić ważny testament ustny, gdyż testament ten ma charakter wyjątkowy, co powoduje, iż rozszerzająca wykładnia jest niedopuszczalna³⁴. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego stan ten nie powoduje przeszkód w kontrolowaniu własnych zachowań oraz nie wywołuje trudności w oddziaływaniu z zewnątrz na osobę, która w takim stanie się znajduje, dlatego też nie może być traktowany jako trwały splot okoliczności, które motywowałyby zarówno indywidualne przekonanie testatora o zagrożeniu życia, jak i uzasadnione byłyby w aspekcie dostępnych wyników badań z zakresu psychiatrii czy psychologii³⁵. Ponadto należałoby uznać, że zamiar samobójczy nie rodzi obawy. Tak więc trzeba przyjąć, że przesłanka obawy rychłej śmierci nie jest spełniona, gdy testament ustny sporządza osoba, która następnie pozbawia się życia³⁶.

2.2. Okoliczności szczególne

Okolicznościami szczególnymi uzasadniającymi sporządzenie testamentu ustnego muszą być takie sytuacje, które nie są spotykane często i usprawiedliwiają fakt, że testator nie mógł skorzystać ze zwykłej formy testamentu. Mogą one mieć charakter obiektywny, np. powódź, epidemia, jak i subiektywny, wywołany przez samego spadkodawcę³⁷.

Jeżeli chodzi o okoliczności subiektywne, przykładowo wchodzi w rachubę sytuacje, kiedy testator nie umie pisać, co wyklucza sporządzenie testamentu holograficznego, tudzież sporządził testament allograficzny, ale jest on nieważny, gdyż naruszono przepisy prawa w trakcie jego sporządzania³⁸. Jeżeli dojdzie do takiej niemożności wywołanej szczególnymi okolicznościami, nie musi istnieć obawa rychłej śmierci, co oznacza, że testator może sporządzić testament ustny, nawet jeśli jest w pełni zdrowy³⁹.

³¹ M. Pazdan, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *op. cit.*, s. 853.

³² K. Osajda, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny...*, s. 375.

³³ M. Kłos, *Głosa do postanowienia SN z 20.11.2003 r., III CK 7/02*, OSP 2004, nr 10, poz. 124, s. 528.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Postanowienie SN z dnia 20 listopada 2003 r., III CK 7/02 (OSNC 2005, nr 1, poz. 7).

³⁶ E. Skowrońska-Bocian, *Prawo spadkowe*, Warszawa 2014, s. 97.

³⁷ E. Skowrońska-Bocian, J. Wierciński, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki*, Warszawa 2013, s. 158.

³⁸ E. Niezbecka, [w:] A. Kidyba (red.), *op. cit.*, s. 141.

³⁹ J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe w żarysie*, Warszawa 1985, s. 104.

Bardzo istotna w tym zakresie jest uchwała Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 1971 r., w której uznano, iż „nieważność testamentu przewidzianego w art. 951 k.c., spowodowana niezachowaniem obowiązującego przepisu prawa, może być uznana za okoliczność szczególną w rozumieniu art. 952 § 1 k.c., uzasadniającą potraktowanie oświadczenia ostatniej woli złożonego przez spadkodawcę jako testamentu ustnego”⁴⁰. W tym samym orzeczeniu dopuszczono możliwość konwersji nieważnego wspólnego testamentu allograficznego w dwa testamenty ustne⁴¹. Zgodnie z ową uchwałą część doktryny uznała możliwość tzw. konwersji testamentu allograficznego w testament ustny⁴². Przeciwno takim działaniom opowiadają się S. Wójcik i F. Zoll, według których: „dopuszczenie konwersji testamentu ignoruje cel sankcji nieważności w razie uchybienia przesłankom wymaganym dla testamentu allograficznego”⁴³. Ostrej krytyce wyżej wymienione orzeczenie poddał również J. Gwiazdomorski, który stwierdził, że: „nietrafnie jest zapatrywanie, jakoby w wypadku wywołanej nieprzestrzeganiem przepisów prawa nieważności testamentu allograficznego zachodziła niemożliwość zachowania zwykłej formy testamentu w rozumieniu art. 952 § 1 *in princ.* k.c.”⁴⁴.

Również zdaniem A. Proksy nie można uznać, że nieważny jest testament allograficzny, ponieważ oświadczenie woli zostało złożone przed nieuprawnioną osobą i jednocześnie stwierdzić jego ważność jako testamentu ustnego na podstawie przyjęcia, że w takim wypadku zaszyły okoliczności szczególne o jakich mowa w art. 952 § 1 k.c.⁴⁵

Należy uznać, że szczególne okoliczności są to sytuacje, które występują wyjątkowo i nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Muszą one powodować, że testator nie może sporządzić testamentu zwykłego. Za taką okoliczność – mimo licznych głosów sprzeciwu w doktrynie – uznaje się niedochowanie wymagań z art. 951 k.c. i w związku z tym przyjmuje się możliwość konwersji testamentu allograficznego w testament ustny⁴⁶.

⁴⁰ Uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 1971 r., III CZP 91/70 (OSNC 1971, nr 10, poz. 168).

⁴¹ *Ibidem*; zob. np. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 1972 r., III CZP 88/72 (LEX nr 7196); postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 12 lutego 1997 r., II CKU 4/97 (Legalis); postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 1998 r., I CKU 6/98 (Prok.i Pr.-wkl., 1998, nr 9, s. 27); postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 marca 2004 r., II CK 67/03 (LEX nr 602409).

⁴² J. Kremis, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *op. cit.*, s. 1737.

⁴³ S. Wójcik, F. Zoll, [w:] B. Kordasiewicz (red.), *op. cit.*, s. 313.

⁴⁴ J. Gwiazdomorski, *Wykładnia przepisów o testamencie na tle uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego*, NP 1973, nr. 6, s. 824.

⁴⁵ A. Proksa, *Głosa do uchwały z dnia 22 marca 1982 r.*, III CZP 5/82, NP 1984, nr 3, s. 116.

⁴⁶ Zob. np. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 1981 r., III CZP 68/80 (OSNC 1981, nr 6, poz. 103); uchwała Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 1982 r., III CZP 5/82 (OSNC 1982, nr 8-9, poz. 117); postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 1993 r., I CRN 208/92 („Lex” nr 146210); postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 lutego 1997 r., I CKN 79/96 („Lex” nr 50575); postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 2000 r., V CKN 53/00 („Lex” nr 52453); postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2001 r., III CKN 396/00 („Lex” nr 550964); postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 2007 r., IV CSK 257/06 („Lex” nr 277295).

3. Forma ustna testamentu

Bez względu na rodzaj przesłanki, sposób sporządzenia testamentu polega na tym, że spadkodawca oświadcza swoją wolę ustnie w obecności co najmniej trzech świadków.

Oświadczenie woli w formie ustnej nie wiąże się z koniecznością wymawiania słów, za takie oświadczenie można uznać pewne gesty czy też ruchy warg⁴⁷. Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 14 stycznia 1982 r. uznał, że oświadczenie, które zostało złożone za pomocą powszechnie znanych znaków i gestykulacji, przy jednoczesnym zrozumieniu tych przekazów przez świadków, jest oświadczeniem ustnym⁴⁸. W aprobowanej glosie A. Mączyński wskazał, że ustawodawca w przypadku testamentu allograficznego wyłączył możliwość sporządzenia go przez osoby nieme i głuche, a przy testamencie ustnym takiej możliwości nie ograniczył, co według autora powoduje, że osoby takie mogą złożyć oświadczenie ostatniej woli w formie ustnej⁴⁹.

W doktrynie są jednak głosy, które krytykują wykładnię tego przepisu przyjętą przez Sąd Najwyższy. J.S. Piąkowski twierdzi, że przeczy ona powszechnie rozumianemu pojęciu „ustności”⁵⁰. Niektórzy autorzy podkreślają, iż nie należy wnioskować *a contrario*, jeżeli w art. 952 k.c. nie ma wyłączenia tak, jak w art. 951 § 3 k.c., nie oznacza to automatycznie dopuszczenia osób głuchych i niemych⁵¹. Jednak trzeba mieć na uwadze, że w przypadku testamentu ustnego wymagania formalne celowo są złagodzone przez ustawodawcę i dlatego należy przyjąć, że osoby głuche i nieme, ale komunikujące się z otoczeniem i rozumiane przez innych, mogą skorzystać z tej formy testamentu⁵².

Oświadczenie woli testatora musi być ujawnione w sposób dostateczny, co oznacza, że należy wyraźnie określić korzyści, jakie testator przekazuje poszczególnym osobom⁵³. Za dostateczne nie uznaje się przytakiwania, czy przyjęcia treści napisanej i podsunętej przez osobę trzecią⁵⁴. W uchwale z dnia 26 lutego 1993 r. Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że „odczytanie spadkodawcy sporządzonego wcześniej – pod jego nieobecność – pisemnego projektu testamentu i oświadczenie przez spadkodawcę, że to, co mu odczytano, uznaje za swoją ostatnią wolę”⁵⁵ nie czyni zadość wymaganiom ustnego oświadczenia woli przewidzianego w art. 952 k.c.⁵⁶ W postanowieniu z dnia 25 października 1973 r. Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że „jeżeli jednak projekt testamentu spisany został na podstawie złożonego uprzednio w warunkach określonych w art. 952 § 1 k.c. ustnego oświadczenia ostatniej woli spadkodawcy, wówczas to oświadczenie stanowi testament, natomiast odczytanie utrwalonego następnie pismem oświadczenia woli spadkodawcy nie ma znaczenia prawnego”⁵⁶.

⁴⁷ S. Wójcik, F. Zoll, [w:] B. Kordasiewicz (red.), *op. cit.*, s. 314.

⁴⁸ Postanowienie SN z dnia 14 stycznia 1982 r., III CRN 169/81 (OSNC 1982, nr 5–6, poz. 91).

⁴⁹ A. Mączyński, *Glosa do Postanowienia SN z dnia 14 stycznia 1982 r., III CRN 169/81*, OSPiKA 1983, nr 7–8, poz. 151, s. 368.

⁵⁰ J.S. Piąkowski, *Prawo spadkowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2003, s. 110.

⁵¹ K. Osajda, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny...*, s. 377–378.

⁵² S. Wójcik, F. Zoll, [w:] B. Kordasiewicz (red.), *op. cit.*, s. 314.

⁵³ J. Kremis, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *op. cit.*, s. 1737.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Uchwała SN z dnia 26 lutego 1993 r., III CZP 24/92 (OSN 1993, Nr 7–8, poz. 134).

⁵⁶ Postanowienie SN z dnia 25 października 1973 r., III CRN 241/73 (OSN 1974, nr 6, poz. 116).

Ostrej krytyce stwierdzenie Sądu Najwyższego, że takie odczytanie nie ma znaczenia prawnego, poddał B. Kordasiewicz, według którego: „jeśli spadkodawca złożył w warunkach określonych w art. 952 k.c. ustne oświadczenie woli, to odczytanie utrwalonego pismem oświadczenia jest elementem stwierdzenia treści testamentu w rozumieniu art. 952 § 2 k.c.”⁵⁷.

Zatem przy testamentie ustnym istotne jest, aby osoba składająca ostatnie oświadczenie woli miała *animus testandi*, i aby w sposób wyraźny określiła swoje rozrządzenia⁵⁸. Należy uznać także, że osoby głuche i nieme mają możliwość skorzystania z takiego rodzaju testamentu, jednak ważne jest, aby świadkowie, którzy odbierają takie oświadczenie, znali język migowy i byli w stanie zrozumieć w pełni wolę testatora.

4. Świadkowie testamentu ustnego

Ustawa przewiduje konieczność obecności co najmniej trzech świadków. Oznacza to, że świadków może być więcej⁵⁹. W postanowieniu z dnia 18 września 1998 r. Sąd Najwyższy podkreśla, że brak wymaganej liczby świadków nie prowadzi do powstania ważnego testamentu i dodaje, iż brak zdolności do bycia świadkiem którejś z osób powoduje, że nie dochodzi do sporządzenia testamentu ustnego, a oświadczenie spadkodawcy nie ma prawnego znaczenia⁶⁰.

Gdy chodzi o stronę przedmiotową bycia świadkiem, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 marca 2011 r. wskazuje: „że świadkiem testamentu może być osoba, do której spadkodawca kieruje swoje oświadczenie, jest obecna przy składaniu tego oświadczenia, świadoma swej roli, rozumie treść woli spadkodawcy i jest gotowa do jej spełnienia. Świadomość pełnienia roli świadka sporządzenia testamentu wyznacza skoncentrowanie uwagi przez czas oświadczenia woli przez spadkodawcę, na odbieraniu i utrwaleniu w pamięci treści tego oświadczenia”⁶¹. Świadkiem może być osoba specjalnie zaproszona przez testatora do pełnienia tej funkcji, jak i taka, która znalazła się przypadkowo przy składaniu ostatniego oświadczenia woli⁶².

Zdolności do bycia świadkami nie mają osoby wymienione w art. 956 oraz w art. 957 k.c., czyli takie, które: nie mają pełnej zdolności do czynności prawnych, niewidome, głuche, nieme, niemogące pisać i czytać, niewładające językiem, w którym spadkodawca sporządza testament, skazane prawomocnie wyrokiem sądowym za fałszywe zeznania (prawomocny wyrok skazujący musi istnieć w chwili sporządzania testamentu, przy braku zatarcia skazania⁶³) oraz osoby, dla których w testamencie przewidziano jakąkolwiek korzyść. Nie mogą być również świadkami: małżonek tej osoby, jej krewni lub powinowaci pierwszego i drugiego stopnia oraz osoby pozostające z nią w stosunku przysposobienia. Gdy jeden z trzech

⁵⁷ B. Kordasiewicz, *Glosa do Postanowienia z 25 X 1973, III CRN 241/73*, PiP 1975, nr 5, s. 168.

⁵⁸ J. Kremis, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *op. cit.*, s. 1737.

⁵⁹ E. Niezbecka, [w:] A. Kidyba (red.), *op. cit.*, s. 143.

⁶⁰ Postanowieniu Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 18 września 1998 r., III CKN 618/97 (Legalis).

⁶¹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 marca 2011 r., II CSK 379/10 (LEX nr 784916).

⁶² J. Ciszewski, J. Knabe, [w:] J. Ciszewski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 1632.

⁶³ E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga czwarta, Spadki*, Warszawa 2008, s. 138.

świadców spełnia kryteria wskazane w art. 957 § 1 k.c., zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 30 października 2013 r. „oświadczenie ostatniej woli jest wówczas nieważne w części, to jest w zakresie wynikającym z § 2 art. 957 k.c., w tym bowiem zakresie zostało złożone wobec dwóch świadków, chyba, że bez nieważnego rozrządzenia spadkodawca nie sporządziłby testamentu tej treści”⁶⁴. Ponadto w tym samym postanowieniu uznano, że jeżeli taka osoba spisze treść testamentu ustnego, to nie ma podstaw do wnioskowania, iż taki testament jest bezskuteczny w całości⁶⁵.

Aby daną osobę uznać za świadka, musi ona wyrazić wolę bycia takim świadkiem. Nie można zmusić nikogo do tej roli. W postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 1997 r. wyraźnie zaznaczono, że świadkiem nie jest osoba, która była obecna przy składaniu oświadczenia ostatniej woli przez testatora, ale odmówiła pełnienia roli świadka⁶⁶.

W przypadku, kiedy świadków jest więcej i mamy do czynienia ze świadkiem nadliczbowym, jego niezdolność względna czy też bezwzględna nie wpływa na ważność testamentu⁶⁷. Istotne jest również, aby przy większej ilości świadków, co najmniej trzech z nich umiało pisać i czytać w języku, w jakim składane jest oświadczenie woli testatora⁶⁸.

5. Podsumowanie

Testament ustny to szczególna forma testamentu, która ze względu na obniżone przez ustawodawcę rygory w porównaniu z testamentem zwykłym, jest najczęściej wybieraną formą ostatniego oświadczenia woli⁶⁹. Zgodnie z art. 955 k.c. testament szczególny traci moc z upływem sześciu miesięcy od ustania okoliczności, które uzasadniały niezachowanie formy testamentu zwykłego, chyba, że spadkodawca zmarł przed upływem tego terminu.

Testament ustny wywołuje wiele wątpliwości. Pojęcie „obawy rychłej śmierci” w doktrynie rozumiane jest w sposób obiektywny, jak i subiektywny. Ta niejednoznaczność interpretacji spowodowała wypracowanie przez SN ujęcia subiektywno-obiektywnego. Istotny jest także spór dotyczący możliwości sporządzenia testamentu ustnego przez osobę znajdującą się w zamiarze samobójczym. Nawiązując do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2003 r. oraz stanowiska części doktryny, należy uznać, że zamiar samobójczy nie uzasadnia obawy rychłej śmierci.

Wymienione w art. 952 § 1 k.c. pojęcie „szczególne okoliczności” wywołuje mniej kontrowersji. Okoliczności te muszą być wyjątkowe, niecodzienne i mogą mieć charakter obiektywny, jak i subiektywny.

Sporna w doktrynie pozostaje natomiast zasadność konwersji testamentu allograficznego na testament ustny, gdzie uznaje się, iż niedochowanie przesłanek z art. 951 k.c. może być uznane za okoliczność szczególną w rozumieniu art. 952 § 1 k.c., uzasadniającą

⁶⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 października 2013 r., II CSK 628/12 (LEX nr 1408886).

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 4 marca 1997 r., I CKN 35/97 (Legalis).

⁶⁷ M. Niedośpiał, *Niezdolność świadków sporządzenia testamentu – glosa – III CZP 22/02*, MoP 2004, nr 2, s. 92.

⁶⁸ E. Niezbecka, [w:] A. Kidyba (red.), *op. cit.*, s. 143.

⁶⁹ E. Skowrońska-Bocian, *Testament...*, s. 105.

potraktowanie oświadczenia ostatniej woli złożonego przez spadkodawcę jako testamentu ustnego.

Przewidziana w tym testamencie forma ustna złożenia ostatniego oświadczenia woli nie wyklucza możliwości, aby testament ten sporządziły osoby głuche czy też nieme. Ten rodzaj testamentu przez swoją ustność wyłącza natomiast możliwość sporządzenia przez kilka osób wspólnego oświadczenia ostatniej woli⁷⁰.

Warunkiem koniecznym dla sporządzenia tej formy testamentu jest również zachowanie odpowiedniej liczby świadków. Zgodnie z ustawą spadkodawca oświadcza swoją wolę ustnie przy jednoczesnej obecności co najmniej trzech świadków.

Warunkiem ważności testamentu ustnego jest spełnienie przesłanek przewidzianych w art. 952 § 1 k.c.⁷¹ Aby testament taki był skuteczny, należy stwierdzić jego treści w jeden z dwóch sposobów: spisanie oświadczenia spadkodawcy przed upływem roku od jego złożenia (art. 952 § 2 k.c.) lub – w wypadku, gdy treść testamentu nie została stwierdzona w ten sposób – zgodne zeznania świadków złożone przed sądem w ciągu sześciu miesięcy od dnia otwarcia spadku (art. 952 § 3 k.c.)⁷². Brak takiego stwierdzenia powoduje, że testament ustny jest ważny, ale bezskuteczny⁷³.

Problems arising in the preparation of an oral testament

S u m m a r y

An oral testament is a specific form of a will, which due to reduced legislative rigors in comparison with the normal testament, is the most commonly chosen form of the final statement of will. Despite the fact of easier compiling, such testament gives a lot of problems. In the doctrine, the concepts of “concern for imminent death”, “extraordinary circumstances” or “oral proceedings” enumerated in art. 952 § 1 of the Civil Code are differently understood. An important element is also the preservation of an appropriate number of witnesses. There must be at least three witnesses. The effectuality provision of the oral will is the submission of oral statement of last will by the testator. However, the efficiency provision of such a will is to determine its content in one of two ways provided in art. 952 § 2 and § 3 of the Civil Code. If the testament is not approved in the manner envisioned by the legislator, it will be valid, but ineffective.

⁷⁰ K. Osajda, *Testamenty wspólne*, Warszawa 2005, s. 114.

⁷¹ E. Skowrońska-Bocian, J. Wierciński, [w:] J. Gudowski (red.), *op. cit.*, s. 166.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ E. Skowrońska-Bocian, *Prawo...*, s. 100.

BEZZAŁOGOWE STATKI POWIETRZNE (DRONY) I NAJNOWSZE PROJEKTY REGULACJI PRAWNYCH DOTYCZĄCE ICH WYKORZYSTYWANIA

1. Wprowadzenie

W ostatnim czasie coraz większym problemem staje się (niemalże niczym) nieograniczona możliwość używania bezzałogowych statków powietrznych w polskiej przestrzeni powietrznej. Urządzenia te zaczynają być produkowane i używane na masową skalę. Ich cena stała się przystępna dla prawie każdego i w związku z tym coraz częściej pojawiać się będą w polskiej przestrzeni powietrznej.

Z powodu zwiększonego zainteresowania bezzałogowcami również wśród ludności cywilnej, koniecznym staje się dostosowanie polskich regulacji prawnych do otaczającej nas rzeczywistości. Dlatego prowadzone są już od dłuższego czasu rozważania o konieczności wprowadzenia zmian poprzez odpowiednie dostosowanie prawa.

Do tej pory mieliśmy do czynienia z niemalże zupełną wolnością w zakresie wykorzystania tych urządzeń, ograniczoną jedynie w niewielkiej części przez przepisy prawa lotniczego. Teraz się to zmieni, z uwagi na dostrzeżone zagrożenia, jakie wiążą się z wykorzystaniem bezzałogowców oraz problemy, jakie mogą wynikać z nieodpowiedzialnego ich używania.

Realizacji postulowanych działań podjęło się Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju, które w dniu 2 grudnia 2014 r. przekazało do konsultacji publicznych projekt rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju zmieniającego rozporządzenie w sprawie wyłączenia zastosowania niektórych przepisów ustawy – Prawo lotnicze do niektórych rodzajów statków powietrznych oraz określenia warunków i wymagań dotyczących używania tych statków¹. Projekt dotyczy zasad wykonywania lotów w zasięgu wzroku VLOS. Natomiast dwa dni później w dniu 4 grudnia 2014 r. został przekazany do konsultacji publicznych projekt rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju zmieniającego rozporządzenie w sprawie świadectw kwalifikacji². Przewidywane zmiany, o ile wejdą w życie, nie będą stanowić rewolucji, ale są oczekiwane i niezbędne.

2. Podstawowe pojęcia

Bezzałogowe Statki Powietrzne (zwane dalej: „bezzałogowcami” lub „BSP”) nazywane są również bezzałogowymi aparatami latającymi lub bezzałogowymi samolotami czy też

* Autorka jest doktorantką w Katedrze Kryminalistyki Uniwersytetu Śląskiego oraz adwokatem wpisanym na listę adwokatów w Krakowskiej Izbie Adwokackiej.

¹ <http://www.ulc.gov.pl/pl/prawo/projekty/krajowe/w-konsultacjach/3607-art-33-ust-2-i-4>, stan na dzień: 14.04.2015 r.

² <http://www.ulc.gov.pl/pl/126-urząd/prawo/sp-452/projekty-krajowe/projekty-w-konsultacjach-publicznych/3606-art-104-ust-1>, stan na dzień: 14.04.2015 r.

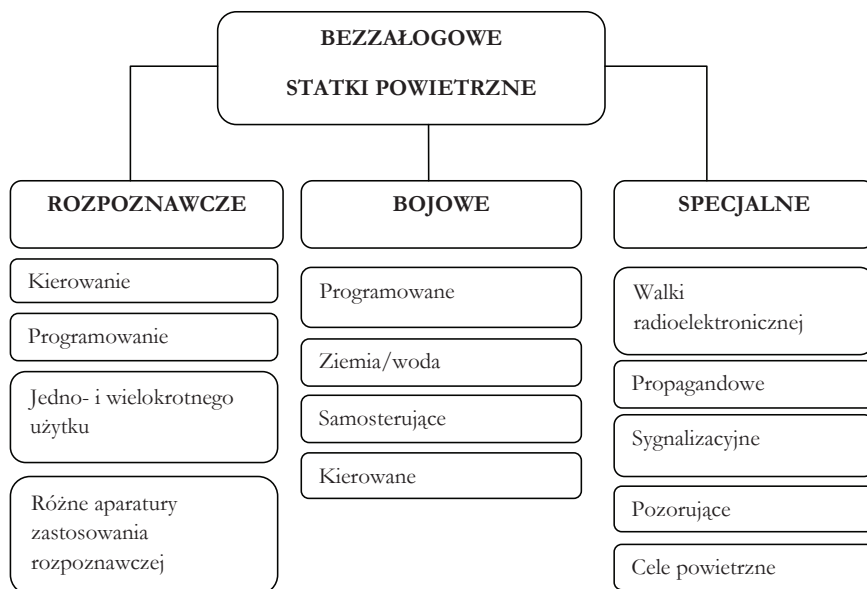
potocznie – „dronami”. Zgodnie z *Leksykonem Wiedzy Wojskowej* bezpilotowe środki napędu powietrznego określane są jako latające aparaty sterowane (pilotowane) za pomocą autonomicznych systemów kierowania, samonaprowadzania i telekierowania bez udziału człowieka³. W latach 90. XX wieku pojawiło się pojęcie *Unmanned (uninhabited) Aerial Vehicle*⁴, stąd posługujemy się dzisiaj powszechnie skrótem UAV rozumianym właśnie jako „bezzałogowe statki powietrzne”.

W Polsce ciągle jeszcze obserwujemy zamieszanie terminologiczne dotyczące prawidłowego określenia tych urządzeń, ale wydaje się, że najwłaściwszym z wymienionych wcześniej będzie pojęcie bezzałogowych statków powietrznych.

Pojęcie to można zdefiniować również następująco: BSP jest to bezzałogowy, silnikowy statek powietrzny wielokrotnego użytku, sterowany w sposób zdalny, automatyczny lub metodą będącą kombinacją tych sposobów, przeznaczony do przenoszenia różnego rodzaju wyposażenia i ładunków użytecznych, czyniących go zdolnym do wykonania zadań operacyjnych⁵. Z uwagi na układ konstrukcyjny BSP dzielimy na:

1. samoloty,
2. śmigłowce,
3. pociski oraz
4. hybrydy.

Wśród wielu innych podziałów wyróżnia się przykładowo poniższy, który wskazuje na bezzałogowe statki powietrzne rozpoznawcze, bojowe oraz specjalne:



Źródło: M. Adamski, J. Rajchel, *Bezzałogowe statki powietrzne*, Dęblin 2013, s. 56.

³ M. Laprus, *Leksykon Wiedzy Wojskowej*, MON 1979.

⁴ B. Senson, J. Ritter, *Aerospace Engineering: From the ground up*, Delmar, Cengage Learning, Nowy Jork 2011, s. 63.

⁵ M. Adamski, J. Rajchel, *Bezzałogowe statki powietrzne. Cz. I. Charakterystyka i wykorzystanie*, Dęblin 2013, s. 15.

3. Rys historyczny rozwoju bezzałogowych statków powietrznych

Zwykle uczestnicy dyskusji na temat BSP zakładają, że stanowią one wynalazek ostatnich dekad. Nie jest to jednak prawdą, gdyż ich początki sięgają ok. 500 r. p.n.e., kiedy to Archytas z Tarantas, nazywany również „Leonardem da Vinci Starożytności” skonstruował pierwszy bezzałogowy statek powietrzny⁶. Był to mechaniczny gołąb, który poruszając skrzydłami tworzył siłę nośną. Przypuszcza się, że mógł przelecieć nawet do 200 m, zanim energia sprężonego powietrza potrzebna do lotu została wyczerpana. Podobne wynalazki pojawiły się w Chinach ok. 400 r. p.n.e. W Europie po raz pierwszy użyto latawców w celach wojskowych dopiero w bitwie pod Hastings w 1066 r., gdzie posłużyły do przekazywania sygnałów łączności. Natomiast w roku 1508 Leonardo da Vinci opracował mechanicznego ptaka z podwójnym mechanizmem korbowym, który poruszał skrzydłami⁷. W późniejszym okresie trwały dalsze prace nad maszyną pionowego startu, ale dopiero Ponton d'Amecourt w 1860 r. zastosował mechanizm sterowania modelem helikoptera⁸. W roku 1880 Thomas Alva Edison zaprojektował model śmigłowca z nową konstrukcją wirnika nośnego i silnika elektrycznego o odpowiedniej mocy⁹. W roku 1907 Paul Cornu skonstruował maszynę latającą, którą uznaje się, za pierwszą, która uniosła człowieka nad ziemią¹⁰. Bojowe bezzałogowe statki powietrzne wiele zawdzięczają również Charlsowi Perley, który w 1863 roku skonstruował balon z gorącym powietrzem, wznoszący się na stosowną wysokość, by w określonym momencie spaść na terytorium wroga.

Zarówno przed I wojną światową, jak i po niej, trwały wzmoczone prace nad udoskonalaniem bezzałogowców. II wojna światowa spowodowała przyspieszenie prac nad konstruowaniem operacyjnych BSP uderzeniowych. Najbardziej rozpoznawalnym w tym czasie tego typu obiektem, używanym podczas wojny, były niemieckie bomby V-1¹¹. Po wojnie trwały prace nad odrzutowym bezzałogowcem nowej generacji i w ich wyniku dopuszczono do użytku najbardziej rozpowszechniony BSP w historii światowego lotnictwa – Ryan Q-2 Firebee¹². Wykorzystywany był jako cel latający, samolot rozpoznawczy, a później nawet jako nosiciel pocisków rakietowych i głowicy nuklearnej. W dalszej kolejności opracowywano bojową wersję tego modelu. Stany Zjednoczone wykorzystywały UAV do lotów nad niedostępными terenami ZSRR i ChRL. W tym czasie doszło do swoistego sojuszu tych państw, które sprzymierzyły się w walce na bezzałogowce z USA.

Po Wojnie Sześciodniowej Izrael zakupił kilkanaście sztuk Firebee o kodzie 1241, które wykonywały misje nad terytorium Egiptu i zostały wykorzystane podczas wojny Yom Kippur, przy czym używano ich nie tylko do rozpoznawania terenu, ale również do zakłóceń

⁶ P. Kimon Valavanis, *Advances in Unmanned Aerial Vehicles. State of the Art and the Road to Autonomy*, Tampa, Florida, s. 35.

⁷ J.G. Leishman, *Principles of Helicopter Aerodynamics with CD extra*, Cambridge 2006, s. 9.

⁸ P. Kimon Valavanis, *Advances...*, s. 35.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ <http://www.heidelager.republika.pl/v1-v2-v3.htm>, dostęp: 14.04.2015 r.

¹² <http://www.ewarbirds.org/bqmfirebee.html>, dostęp: 14.04.2015 r.

stacji radiolokacyjnych¹³. Po tych wydarzeniach Izrael już samodzielnie rozpoczął eksperymentowanie przy konstruowaniu bezzałogowców.

Istotny problem w tym czasie stanowiło to, że pierwsze projekty BSP były bardzo kosztowne i wykonane zostały według koncepcji jednokrotnego użytku. W roku 1990 NASA rozpoczęła program rozwoju technologii, co spowodowało wsparcie rynku UAV.

W Europie pozycję lidera w produkcji bezzałogowców przez lata zajmowała Francja. Modele wyprodukowane w tym państwie brały udział przykładowo w operacji „Pustynna Burza”, czy też wykonywały loty nad Bośnią podczas wojny w latach 1992–1995. W latach 80. US Navy zakupiła Pionier’y¹⁴, co było spowodowane stratą trzech samolotów, zestrzelonych podczas walk z terrorystami w dolinie Bekaa. Przy izraelskiej pomocy USA ustaliły, że powodem ich zestrzelenia było rozpoznanie pochodzące z małego BSP, który nie został wykryty przez systemy ostrzegające, w jakie wyposażony był amerykański okręt, z którego startowały samoloty.

Wydaje się, że teraz już prawie wszyscy dostrzegają ogromny potencjał bezzałogowych statków powietrznych, dlatego też Unia Europejska szacuje, że do 2050 roku przemysł bezzałogowców stworzy 150 000 miejsc pracy. We Francji władze rozpiwały przetarg na systemy obronne przeciwko bezzałogowcom, a francuski Minister Spraw Wewnętrznych zastanawia się nad wprowadzeniem nowych środków zapobiegawczych m.in. urządzeń radiowych do zakłócania sterowania.

Obserwowany przez nas tak szybki rozwój BSP w ostatnich latach wynika z ogromnego zainteresowania wojska, które inwestowało i nadal inwestuje ogromne środki finansowe w tego typu konstrukcje.

4. Regulacje prawne dotyczące wykorzystywania bezzałogowych statków powietrznych

W Polsce obowiązuje kilka aktów prawnych, które regulują wykonywanie lotów przez bezzałogowce. Nowelizacją Prawa lotniczego z dnia 30 czerwca 2011 roku dopuszczono loty bezzałogowców w polskiej przestrzeni powietrznej pod warunkiem ich odpowiedniego wyposażenia i obsługiwanego lotu przez wykwalifikowany personel lotniczy. Wśród wspomnianych aktów obowiązuje również:

- 1) Rozporządzenie Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 27 marca 2013 r. (Dz.U. z 2013 r., poz. 440), które reguluje szczegółowe warunki zasady wykonywania lotów bezzałogowcami o masie do 25 kg.
- 2) Rozporządzenie Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 26 kwietnia 2013 r. w sprawie przepisów technicznych i eksploatacyjnych dotyczących statków powietrznych kategorii specjalnej, nieobjętych nadzorem Europejskiej Agencji Bezpieczeństwa Lotniczego (Dz.U. z 2013 r., Nr 524), które określa warunki i zasady eksploatacji i lotów bezzałogowców cięższych niż 25 kg.

¹³ <http://w-zid.aon.edu.pl/WZiD/index.php/dokumenty-do-pobrania/category/37-zeszyty-naukowe-wzid-obronnoscdownload=503:obronnosce-nr-1-2013>, dostęp: 14.04.2015 r.

¹⁴ http://www.navy.mil/navydata/fact_display.asp?cid=1100&tid=2100&ct=1, dostęp: 14.04.2015 r.

- 3) Rozporządzenie Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 7 czerwca 2013 r. w sprawie świadectw kwalifikacji personelu lotniczego (Dz.U. z 2013 r. Nr 664).

Jednakże, to art. 126 Prawa lotniczego, jako jedyny przepis prawa powszechnie obowiązującego, stanowi podstawę prawną wykonywania lotów przez bezzałogowce w Polsce. Przepis ten stanowi, co następuje:

Art. 126 ust. 1. W polskiej przestrzeni powietrznej mogą być wykonywane loty bezzałogowych statków powietrznych.

2. Bezzałogowy statek powietrzny (UAV) musi być wyposażony w takie same urządzenia umożliwiające lot, nawigację i łączność jak załogowy statek powietrzny wykonujący lot z widocznością (VFR) lub według wskazań przyrządów (IFR) w określonej klasie przestrzeni powietrznej. Odstępstwa mające zastosowanie w tym zakresie dla załogowych statków powietrznych stosuje się jednakowo do bezzałogowych statków powietrznych (UAV).

3. Loty bezzałogowych statków powietrznych wyposażonych zgodnie z ust. 2 mogą być wykonywane na podstawie złożonego planu lotu, w sposób i zgodnie z warunkami, o których mowa w ust. 5, z zastrzeżeniem art. 149.

4. Loty bezzałogowych statków powietrznych nieposiadających wyposażenia, o których mowa w ust. 2, mogą być wykonywane w strefach wydzielanych z ogólnodostępnej dla lotnictwa przestrzeni powietrznej, z uwzględnieniem przepisów wydanych na podstawie art. 121 realizacja zarządzania ruchem w polskiej przestrzeni powietrznej, ust. 5.

5. Minister właściwy do spraw transportu w porozumieniu z Ministrem Obrony Narodowej określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowy sposób i warunki wykonywania lotów przez bezzałogowe statki powietrzne w polskiej przestrzeni powietrznej oraz procedury współpracy operatorów tych statków z instytucjami zapewniającymi służby ruchu lotniczego, uwzględniając zasady bezpiecznego korzystania z przestrzeni powietrznej¹⁵.

Polska przestrzeń powietrzna podzielona została na dwie klasy:

- 1) przestrzeń niekontrolowaną – klasa G; sięgająca od ziemi (GND) do wysokości ok. 3000 m (FL095);
- 2) przestrzeń kontrolowaną – klasa C; sięgająca od ok. 3000 m (FL096) do wysokości FL460¹⁶;

Przebież powyżej FL096 określana jest jako przestrzeń niesklasyfikowana, taki sam status mają specjalnie wydzielone elementy przestrzeni kontrolowanej np. przestrzeń D (Danger Area), P (Prohibited Area), R (Restricted Area) i inne¹⁷. W przestrzeni niekontrolowanej znajdują się również elementy przestrzeni kontrolowanej, tj.:

¹⁵ Ustawa z dnia 3 lipca 2002 r. Prawo lotnicze (Dz.U. z 2002 r., Nr 130, poz. 1112).

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 8 marca 2004 r. w sprawie podziału i szczegółowych zasad korzystania z polskiej przestrzeni powietrznej oraz sposobów współdziałania państwowego organów

- Control Zone, strefa kontrolowana lotniska (CTR),
- Terminal Control Area, rejon kontrolowany lotnisk(a) (TMA),
- Military Control Zone (MCTR),
- Military Terminal Control Area (MTMA)¹⁸.

W dużym uproszczeniu należy przyjąć, że obecnie w Polsce można wykorzystywać bezzałogowce, jeżeli:

- ich wykorzystanie ma charakter rekreacyjny lub sportowy,
- loty odbywają się w zasięgu wzroku,
- bezzałogowiec waży mniej niż 25 kg.

Po spełnieniu powyższych wymagań dozwolone jest używanie bezzałogowców bez zezwolenia. Bezzałogowe samoloty latające mogą aktualnie być używane w przestrzeni do poziomu FL095, czyli do wysokości ok. 3000 m nad ziemią. W razie chęci poruszania się w strefach lub rejonach kontrolowanych należy spełnić dodatkowo następujące warunki:

- bezzałogowiec musi posiadać urządzenia nawigacyjne i takie, które umożliwią utrzymanie łączności;
- lot powinien zostać wykonany zgodnie ze zgłoszonym odpowiednim służbom planem lotu.

Jeżeli natomiast bezzałogowiec waży więcej niż 25 kg to jego operator musi spełnić jeszcze inne wymagania, tj.:

- uzyskać pozwolenie Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego,
- musi być zakończony proces związany z nadzorem nad budową statku powietrznego.

W sytuacji, gdy bezzałogowiec wykonywałby lot bez widoczności z ziemi, czyli z użyciem sprzętu FPV (First Person View) to w takim przypadku obowiązują takie same wymagania, jak dla wszystkich innych statków powietrznych, tj. wyposażenie bezzałogowca w urządzenia do nawigacji i komunikacji (transponder, łączność radiowa) oraz realizacja lotu według ustalonego planu.

W przypadku, gdy lot ma charakter komercyjny, należy uzyskać certyfikat UAWO, który wydawany jest przez Urząd Lotnictwa Cywilnego, a co więcej oprócz tego, że obowiązują wszystkie powyższe wymagania, należy dodatkowo przejść badania lotniczo-lekarskie oraz wykupić ubezpieczenie OC.

Loty nad miastami, które posiadają lotniska możliwe są jedynie po uzyskaniu zgody Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej. Należy pamiętać, że nawet niewielkie urządzenie może zakłócić ruch lotniczy w tej części przestrzeni powietrznej. Urząd Lotnictwa Cywilnego współpracuje z właściwymi organami ścigania, a osoby naruszające przepisy zobowiązane będą ponieść odpowiedzialność. Przykładem może być przeprowadzona interwencja policji w okolicach stadionu Legii w Warszawie. Niestety, ze względu na brak szczegółowych uregulowań określających zasady odpowiedzialności, takie interwencje należą ciągle do rzadkości¹⁹. Pomimo podjęcia działań przez Policję po otrzymaniu zgłoszenia, nie udało się ustalić

zarządzania ruchem lotniczym z cywilnymi i wojskowymi lotniskowymi organami służb ruchu lotniczego (Dz.U. Nr 44, poz. 413).

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ http://wyborcza.biz/biznes/1,101716,17573828,Bedzie_prawo_jazdy_na_drona__Bezzałogowe_tropia_i.html, dostęp: 14.04.2015 r.

kim był operator bezzalogowca, który przypuszczalnie zamierzał skierować lot nad popularną „Żyletę”. Właśnie nieustalenie sprawy stanowi główną przyczynę nieskuteczności wszelkich działań organów ścigania.

W związku z coraz większym zainteresowaniem bezzalogowcami wśród ludności cywilnej, Prezes Urzędu Lotnictwa Cywilnego powołał, w marcu 2013 r., Zespół do spraw bezzalogowych statków powietrznych, który podejmuje próby bezzwłocznego rozwiązywania pojawiających się problemów, dotyczących używania bezzalogowców wbrew aktualnym skąpom regulacjom prawnym, a ponadto prowadzi badania w tym zakresie²⁰.

W 2013 r. Urząd Lotnictwa Cywilnego (ULC) przygotował raport dotyczący zastosowania bezzalogowych statków powietrznych, który zawiera ujęcie potencjalnych szans na dalszy rozwój dla tego sektora lotnictwa, oraz ciekawą konkluzję wskazującą, że brak odpowiednich regulacji prawnych nie zahamował jego szybkiego rozwoju. Korzyści płynące z użytkowania bezzalogowców są tak ogromne, że brak uregulowania przez ustawodawcę kwestii dotyczących zarówno ich produkcji, sprzedaży, jak i używania, jedynie zachęcił użytkowników do ich zakupu i wykorzystywania na masową skalę. Użytkownicy pozbawieni wyobrażenia o tym, czym zagraża jego użycie w takim miejscu jak np. lotnisko cywilne oraz zachęteni coraz niższymi cenami, bardzo chętnie napędzają rynek dronów. Niewiedza nie odstraszyła ich, a wręcz przeciwnie. W związku z tym w chwili obecnej w niewyobrażalny sposób rozrasta się rynek producentów, firm szkoleniowych, firm fotograficznych oraz innych powiązanych w głównej mierze z mediami.

Polskie przepisy dotyczące używania bezzalogowców należą do najmniej restrykcyjnych, podobnie sytuacja wygląda w Stanach Zjednoczonych. Wykonywanie lotów bezzalogowcami w celach rekreacyjnych obwarowane jest jedynie trzema wspomnianymi wyżej warunkami. W Stanach Zjednoczonych opublikowano w 1981 roku podręcznik zawierający nieobowiązkowe wytyczne do ich używania. Natomiast brytyjskie prawo (Air Navigation Order 2009) pozwala na loty bezzalogowców ważących do 20 kg z uwzględnieniem kilku warunków, tj. zakaz lotów w odległości mniejszej niż 150 m od miast, skupisk ludzkich i obszarów zamieszkałych, zakaz lotów w odległości mniejszej niż 30 m od ludzi oraz obowiązek posiadania ubezpieczenia OC. Zgodnie z zapowiedziami, to właśnie prawo brytyjskie stać ma się wzorem dla przyszłych polskich uregulowań prawnych. Prawo niemieckie natomiast jest najbardziej restrykcyjne i zawiera regulacje, które nie pozwalają na loty poza zasięgiem wzroku, ani maszynami przekraczającymi wagę 25 kg.

W innych krajach również wzmocniono prace nad regulowaniem tego nowego zjawiska. Francja jako pierwsza zezwoliła na niemilitarne użycie bezzalogowców w przestrzeni powietrznej. Wydano dwa rozporządzenia z dnia 11 kwietnia 2012 r. regulujące użycie bezzalogowców we francuskim systemie cywilnym. Ich treść reguluje właściwości i warunki, jakie muszą spełnić te urządzenia. Ponadto, sporządzono listy klasyfikujące różnego rodzaju urządzenia wraz z określeniem zasad, na jakich mogą one włączyć się w ruch powietrzny oraz jakie czynności mogą wykonywać. Każdy bezzalogowiec musi posiadać świadectwo zdatności do lotu wydane przez jego producenta. Używanie bezzalogowców ważących do 2 kg nie jest objęte żadnymi ograniczeniami.

²⁰ <http://www.ulc.gov.pl/pl/bezzalogowe-statki-powietrzne>, dostęp: 14.04.2015 r.

Na szczeblu unijnym, Komisja Europejska prowadzi od 2009 r. debatę dotyczącą konsekwencji związanych z możliwościami rozwoju rynku bezzałogowców. W związku z wydanym raportem z posiedzenia Komisji z 8 października 2009 r. (TREN F2/LT/GF/gc D (2009))²¹ oraz raportu z konferencji zorganizowanej w dniu 1 lipca 2010 r. na temat lekkich bezzałogowych systemów latających, widać, iż unijne władze stosunkowo szybko dostrzegły olbrzymi potencjał związany z bezzałogowcami cywilnymi oraz konieczność ustalenia planu dotyczącego jednolitych działań na szczeblu europejskim. W dniu 20 czerwca 2013 r., zespół specjalistów działających na zlecenie Komisji Europejskiej (European RPAS Steering Group (ERSG)) przedstawił plan działania w celu bezpiecznego wdrożenia bezzałogowców cywilnych w europejski system lotniczy od 2016 r. (*European Roadmap for the integration of civil Remotely-Piloted Aircraft Systems into the European Aviation System*)²². Z dokumentu zawierającego ten plan wynika, iż kilka problemów musi jeszcze zostać rozwiązanych, zanim cywilne bezzałogowce będą mogły na trwale zadomowić się na europejskim niebie.

Mowa tutaj o takich zagadnieniach jak:

- uzyskanie dostępu do przestrzeni powietrznej stosownie do ogólnych zasad bezpieczeństwa lotniczego;
- ustalenie stosownych zasad dotyczących przydatności do odbywania lotów czy też szkolenia personelu;
- przestrzeganie zasad poufności i ochrony danych itd.

Spośród podstawowych założeń wyróżnia się to, które powierza potrzebę uregulowania prawnie kwestii odnoszących się do eksploatacji wszystkich cywilnych bezzałogowych statków powietrznych Europejskiej Agencji Bezpieczeństwa Lotniczego (EASA), która aktualnie uprawniona jest do zarządzania maszynami, których masa przekracza 150 kg. Istotne w tym kontekście jest to, że wchodzące w życie przepisy muszą być zgodne z normami Organizacji Międzynarodowego Lotnictwa Cywilnego (ICAO) i powinny zostać oparte na porozumieniu międzynarodowym.

W dniu 10 lipca 2013 r. po uzyskaniu rezultatów prac specjalistów Komisja Europejska zdecydowała się wydać decyzję o inwestycji w wysokości 600 mln euro w badania naukowe, które mają zniwelować zbyt duże zagęszczenie w europejskiej przestrzeni powietrznej²³. Jak podkreśla Komisja, badania te mają zasadnicze znaczenie dla stworzenia jednolitej europejskiej przestrzeni powietrznej o trzykrotnie większej przepustowości i o połowę niższych kosztach zarządzania ruchem lotniczym oraz włączenia do systemu zarządzania ruchem lotniczym nowych typów statków powietrznych, takich jak statki bezpilotowe.

Podając temat ewentualnej odpowiedzialności karnej za używanie bezzałogowców przez osoby prywatne nieprzestrzegające wymagań stawianych przez obowiązujące przepisy należy przypomnieć dwie sprawy wszczęte we Francji w 2014 r. Pierwsza z nich dotyczyła użycia przez młodą osobę bezzałogowca celem wykonania filmu z lotu odbytego nad miastem. W rezultacie najpierw osoba ta otrzymała pismo z Generalnej Dyrekcji Lotnictwa Cywilnego (DGAC), a następnie wszczęto sprawę karną przeciwko niej. Druga z tych spraw związana była z osobą turysty pochodzącego z Ekwadoru, który został zatrzymany za lot

²¹ http://ec.europa.eu/transport/modes/air/doc/2009_10_08_hearing_uas.pdf, dostęp: 14.04.2015 r.

²² <http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/aerospace/uas/>, dostęp: 14.04.2015 r.

²³ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-664_pl.htm, dostęp: 14.04.2015 r.

jego miniaturowego bezzałogowca wielkości 50 cm na wysokości pierwszego piętra Wieży Eiffla. W obu przypadkach sprawcom postawiono zarzut spowodowania zagrożenia życia dla osób trzecich²⁴. W polskich realiach zapewne analogiczny zarzut można by postawić z art. 160 § 1 k.k., który przewiduje karę nawet do 3 lata pozbawienia wolności²⁵.

Inny problem pojawia się w kontekście nielegalnego użycia bezzałogowców celem rejestracji różnego rodzaju danych np. numerów tablic rejestracyjnych samochodów albo dzieł objętych prawami autorskimi. Gromadzenie danych drogą powietrzną zostało uregulowane przykładowo we Francji regulacją zawartą w art. D 133-10 francuskiego kodeksu lotnictwa cywilnego, który wymaga uzyskania wcześniejszej autoryzacji²⁶, aby można było zgromadzić jakiegokolwiek dane.

Aktualnie szczególnie wrażliwym obszarem bezpieczeństwa są te kwestie, które związane są z zachowaniem prywatności i z tym też wiąże się największe ryzyko związane z używaniem bezzałogowców dla ludności. W swoim komunikacie z dnia 8 kwietnia 2014 r. Komisja Europejska (COM(2014)207)²⁷ stwierdza, że „szereg spośród wielu potencjalnych cywilnych zastosowań RPAS może obejmować gromadzenie danych osobowych, a więc budzić wątpliwości pod względem etyki, prywatności bądź ochrony danych, w szczególności w obszarach nadzoru, monitorowania, nanoszenia na mapę lub nagrań wideo”. Zatem to zagrożenie w zakresie wykorzystania bezzałogowców jest szczególnie duże z uwagi na to, że mogą one poruszać się niezauważone i śledzić obiekt zainteresowania. Oczywistym jest również, że mogą uzyskać dostęp do miejsc szczególnie inwazyjnych np. okna domów. W grudniu 2012 r. odbył się w San Francisco konkurs DroneGames, podczas którego zespół programistów z firmy Groupon zhakował bezzałogowca, który zmuszony został do zrobienia zdjęć osobom obecnym na widowni. Następnie wykorzystano go przy użyciu programu do rozpoznawania rysów twarzy. W efekcie dokonano publikacji poprzez wpisy na Twitterze wraz ze zdjęciem każdej osoby z publiczności oraz opisem zawierającym jej nazwisko. Zagadnienie ochrony prywatności przy użyciu bezzałogowców inicjuje burzliwe dyskusje w kontekście poszanowania praw i wolności obywateli oraz ich zastosowania w monitoringu publicznym m.in. w Stanach Zjednoczonych. W Polsce trudności mogą się pojawić w związku z obowiązkiem przestrzegania przepisów dotyczących ochrony danych osobowych tj. dyrektywy 95/46/WE²⁸ i decyzji ramowej 2008/977²⁹. Wspomniane utrudnienia mogą przykładowo pojawić się w kwestii prawa wglądu do zarejestrowanych danych. Natomiast na podstawie art. 488 k.c. osoba, której dobro osobiste w postaci wolności lub wizerunku zostało naruszone, może domagać się zadośćuczynienia i można tego rodzaju działania powstrzymać poprzez np. rozmazywanie pewnych obszarów obrazu, tak aby uniemożliwić identyfikację osoby³⁰.

²⁴ <https://www.portalodo.com/entry/drony-warunki-eksploatacji-odpowiedzialnosc-i-dane-osobowe>, dostęp: 14.04.2015 r.

²⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku – Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553).

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ http://ec.europa.eu/transport/modes/air/doc/com%282014%29207_en.pdf, dostęp: 14.04.2015 r.

²⁸ http://www.giodo.gov.pl/568/id_art/603/j/pl/, dostęp: 14.04.2015 r.

²⁹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:350:0060:0071:pl:PDF>, dostęp: 14.04.2015 r.

³⁰ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (Dz.U. z 19964, Nr 16, poz. 93).

Projektowane zmiany wprowadzą wyraźne rozróżnienie lotów na hobbystyczne i komercyjne. Zmiany dotyczyć będą również zasięgu lotu. Aktualnie dopuszcza się lot w zasięgu wzroku, a po projektowanych zmianach będzie to 500 m w poziomie i 150 m w pionie. Co prawda, lot powyżej 150 m będzie możliwy, ale pod warunkiem np. obecności dodatkowego obserwatora lotu.

W razie wykorzystania bezzałogowca w celach komercyjnych operator będzie musiał, tak jak to jest obecnie wymagane, posiadać świadectwo kwalifikacji, które potocznie nazywane jest „prawem jazdy na drona”. Natomiast dodatkowy obserwator nie będzie musiał posiadać takiego dokumentu. Obecnie, aby otrzymać takie świadectwo, należy przyswoić wiedzę samodzielnie, a po zmianach trzeba będzie ukończyć specjalistyczny kurs uwieńczony egzaminem, którego całościowy koszt może wynieść nawet ponad 2000 zł. Świadectwa będą, tak jak do tej pory, wydawane bezterminowo. Również badania lekarskie nadal pozostaną obowiązkowe.

Ciągle jeszcze trwają konsultacje publiczne, wprowadzane są zmiany oraz pod rozważenie są wszelkie uwagi użytkowników bezzałogowców.

5. Podsumowanie

W związku z ogromnym zainteresowaniem bezzałogowcami, których ceny spadły nawet do kilkuset złotych, uregulowanie możliwości ich wykorzystywania na gruncie prawnym jest niezbędne i powinno nastąpić jak najszybciej, celem zapewnienia bezpieczeństwa społeczeństwu.

Bezzałogowce wykorzystywane są w różnych celach. W pierwszej fazie rozwoju było to jedynie zastosowanie militarne, a aktualnie wykorzystywane są zarówno przez różne instytucje państwowe, np. Straż Graniczną, jak i prywatnych przedsiębiorców, a ciągle pojawiają się nowe możliwości ich zastosowania. Wynika z tego, że potencjał bezzałogowców jest ogromny i nieznan nam w pełni.

Chociaż historia rozwoju bezzałogowca ma ponad 2 000 lat, dopiero teraz dostrzegamy jego ogromne możliwości i doceniamy wcześniejsze wynalazki. Na współczesny bezzałogowiec składa się bowiem praca wielu wybitnych konstruktorów, bez których wkładu nie osiągnęlibyśmy tak zaawansowanej technologii, jaką stosuje się obecnie w tych urządzeniach.

Wprowadzenie projektowanych, bardziej restrykcyjnych regulacji, dotyczących używania bezzałogowców nie zahamuje rozwoju tej zaawansowanej technologii, pozwoli jedynie na większą ochronę bezpieczeństwa społeczeństwa i da podstawy do dalszych prac ustawodawczych nad tymi zagadnieniami.

Unmanned Aerial Vehicle (drones) and project for the new rules governing use of drones

S u m m a r y

The use of Unmanned Aerial Vehicles (UAV) is a very popular topic of discussion among scientists, lawyers and consumers. The progress in the wide usage of drones is caused by huge military investments made by army. Drones are used not only in army but also for instance in the entertainment or delivery business. In Poland the usage of drones is not regulated by law. In relation to this, Polish government decided to regulate this issue and prepared two regulations, which are in public consultation at present. Both government and society is expecting that these projected regulations will prevent us from incorrect using UAV by unqualified users.

NEUTRALIZACJA CYWILNEGO STATKU POWIETRZNEGO W SYTUACJI ZAGROŻENIA BEZPIECZEŃSTWA PAŃSTWA W PRAWIE POLSKIM

1. Wprowadzenie

Przedmiotem niniejszego artykułu będzie analiza możliwości neutralizacji cywilnego statku powietrznego w sytuacji zagrożenia bezpieczeństwa państwa. Artykuł będzie składał się z trzech części. W części pierwszej przedstawione zostaną zagrożenia powodowane aktami bezprawnej ingerencji na statkach powietrznych, które kreują bezpośrednio niebezpieczeństwo dla żeglugi powietrznej, a także mogą stanowić pośrednie zagrożenie dla państwa i obywateli. Po drugie – przytoczony i omówiony zostanie istotny wyrok Trybunału Konstytucyjnego¹, który orzekł o niekonstytucyjności art. 122a ustawy prawo lotnicze², co skutkowało diametralną zmianą przepisów regulujących kwestie bezpieczeństwa państwa związanego z zamachami terrorystycznymi przy użyciu przejętych cywilnych statków powietrznych. Po trzecie – przedstawiona zostanie procedura przejęcia i neutralizacji cywilnego statku powietrznego o kwalifikacji „RENEGADE”, w oparciu o aktualnie obowiązujące przepisy prawa. Konkluzją niniejszego artykułu będzie odpowiedź na pytanie czy Polsce, w aktualnej sytuacji międzynarodowej, potrzebna jest regulacja umożliwiająca prewencyjną neutralizację przejętych cywilnych statków powietrznych stwarzających zagrożenie dla państwa i jego obywateli.

2. Akty bezprawnej ingerencji (*acts of unlawful interference*) i zagrożenia z nich wynikające

Międzynarodowe³ i krajowe⁴ ustawodawstwa dotyczące prawa lotniczego definiują „akt bezprawnej ingerencji” (*act of unlawful interference*) w lotnictwie cywilnym, jako m.in. „porwanie statku powietrznego z załogą i pasażerami na pokładzie lub bez nich, również w celu użycia statku powietrznego, jako narzędzia ataku terrorystycznego z powietrza”. W potocznym rozumieniu akt bezprawnej ingerencji definiowany jest, jako „uprowadzenie”, „porwanie”, „przechwycenie” lub „przejęcie” cywilnego statku powietrznego.

Transport lotniczy jest najszybciej i najbardziej dynamicznie rozwijającą się gałęzią transportu. Każdego dnia nad Europą realizowane jest około 35 tysięcy lotów. W ciągu roku

* Autor jest studentem III roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 września 2008 r., sygn. akt K 44/07 (Dz.U. Nr 177, poz. 1095).

² Ustawa Prawo lotnicze z dnia 3 lipca 2002 r. (Dz.U. Nr 130, poz. 1112, ze zm.) – dalej u.p.l.

³ ICAO, *Annex 17 to the Convention on International Civil Aviation (Security)*, 9th Edition, March 2011.

⁴ Art. 2, pkt 20 u.p.l.

transport lotniczy w Polsce jest wykorzystywany przez około 24 miliony pasażerów⁵. Biorąc pod uwagę liczbę transportowanych pasażerów i częstotliwość wypadków lotniczych, w których pasażerowie ponoszą śmierć, transport lotniczy stanowi bezsprzecznie najbezpieczniejszą formę transportu masowego⁶.

Niestety, mimo wielu aspektów pozytywnych, lotnictwo cywilne jest newralgiczną gałęzią transportu i ze względu na swoje właściwości (rozmiar statków, szybkość poruszania się, ilość przewożonego paliwa, ilość pasażerów na pokładzie) oraz znaczenie dla współczesnej gospodarki, jest wysoce narażony na stanie się obiektem zamachu terrorystycznego⁷. Akty bezprawnej ingerencji wymierzone w lotnictwo dzielą się na dwa rodzaje. Pierwszym z nich jest akt mający na celu zniszczenie statku powietrznego na skutek np. podłożenia ładunku wybuchowego i uśmiercenie wszystkich znajdujących się na pokładzie pasażerów⁸. Drugim rodzajem zagrożenia terrorystycznego jest dokonanie aktu polegającego na przejęciu kontroli nad statkiem powietrznym i użycie go przez terrorystów, jako narzędzia ataku na cele naziemne. Ten rodzaj zamachu jest o wiele groźniejszy, ponieważ przejęty przez terrorystów statek powietrzny, służący jako narzędzie ataku na strategiczne cele naziemne, wiąże się bezpośrednio z zagrożeniem życia i zdrowia wielu ludzi w polu rażenia ataku oraz ze stratami w mieniu w wielkich rozmiarach⁹.

Najtragiczniejszym w skutkach atakiem terrorystycznym z użyciem przejętych statków powietrznych były wydarzenia z 11 września 2001 r., kiedy to terroryści powiązani z ugrupowaniem terrorystycznym *Al-Ka'ida* dokonali serii czterech zamachów terrorystycznych na terenie Stanów Zjednoczonych. Narzędziem ataku były symultanicznie przejęte samoloty pasażerskie, przy użyciu których dokonano ataku na dwie bliźniacze wieże Światowego Centrum Handlu oraz budynek Pentagonu. W zamachach zginęło łącznie 2996 osób, a bezpośrednio straty w mieniu oszacowano na ok. 100 mld dolarów¹⁰. Zamachy z 11 września były pierwszym atakiem na tak dużą skalę przy użyciu uprowadzonych statków powietrznych, zakres zniszczeń i strat w ludziach spowodował redefinicję zagrożenia terrorystycznego na całym świecie.

Lotnictwo, oprócz przedstawionego powyżej zagrożenia wynikającego z „typowego” ataku terrorystycznego, spotyka się z nowym, wcześniej niewystępującym zagrożeniem. Ryzyko wystąpienia przedstawionego poniżej zagrożenia jest stosunkowo niewielkie, lecz nawet przypadki incydentalne mogą stanowić potencjalne poważne zagrożenie dla bezpieczeństwa żeglugi powietrznej, a także państwa i obywateli.

⁵ http://www.ulc.gov.pl/_download/statystyki/2014/wg_portow_lotniczych_faktyczne.pdf, dostęp: 04.04.2015.

⁶ E. Klich, *Bezpieczeństwo lotów*, Radom 2011, s. 23 i n.

⁷ Więcej informacji o genezie i ewolucji zjawiska terroryzmu lotniczego zob. J. Laskowski, *Terroryzm lotniczy – charakterystyka zjawiska*, [w:] „Studia Humanistyczno-Społeczne”, t. 7, Lublin 2013, s. 145 i n.

⁸ Co miało miejsce m.in. w zamachu terrorystycznym z dnia 21 grudnia 1988 r. w samolocie pasażerskim linii Pan Am lot nr 103 (270 ofiar śmiertelnych).

⁹ J. Laskowski, *op. cit.*, s. 146–152.

¹⁰ Institute for the Analysis of Global Security, *How much did the September 11 terrorist attack cost America?*, <http://www.iags.org/costof911.html>, dostęp: 03.04.2015.

Zagrożenie, o którym mowa, wystąpiło w wypadku lotniczym Airbusa A320 linii Germanwings z 24 marca 2015 r. Najbardziej prawdopodobną (śledztwo w toku) przyczyną katastrofy było przejście sterów samolotu, pod nieobecność kapitana w kokpicie, przez pierwszego oficera i umyślne, celowe rozbicie statku o francuskie Alpy, co skutkowało śmiercią wszystkich osób znajdujących się na pokładzie. Zdarzenie to sygnalizuje, że niebezpieczeństwem dla statku powietrznego są nie tylko – jak do tej pory przypuszczano – terroryści dokonujący aktu bezprawnej ingerencji z zewnątrz, lecz również stać się nim mogą osoby bezpośrednio sterujące statkiem. W przypadkach skrajnych, choć prawdopodobnych, tak przejęty statek powietrzny może posłużyć jako narzędzie samobójczego ataku terrorystycznego na cele naziemne, czym może zagrozić bezpieczeństwu państwa i skutkować – na wzór wydarzeń z 11 września – dużymi stratami w ludziach i mieniu. Wyżej wskazany przykład „masowego samobójstwa” nie jest pierwszym w historii. W przeszłości również zdarzały się wypadki lotnicze wywołane umyślnym działaniem pilota, jako przykład można wskazać katastrofę lotu nr 350 linii Japan Airlines z 9 lutego 1989 r. lub lot nr 185 linii SilkAir z 19 grudnia 1997 r., *et alia*¹¹. Powtarzalność tego typu zdarzeń wskazuje na to, że mogą one stanowić potencjalne zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa i osób znajdujących się w polu rażenia ataku.

3. Tło historyczne zaostżenia regulacji prawnych

W międzynarodowym prawie lotniczym stanowczo ugruntowaną zasadą zwyczajową była zasada zabraniająca użycia broni wobec cywilnych statków powietrznych. Pomimo tego zakazu, w historii ostatnich kilkudziesięciu lat zdarzały się sytuacje zestrzeleń statków przez siły obrony powietrznej wielu krajów, które były najczęściej spowodowane błędami ludzkimi, nawigacyjnymi lub technicznymi, co w połączeniu z błędnym przeświadczeniem o dokonanej akcie bezprawnej ingerencji i skuteczną – często niewspółmierną do zagrożenia – reakcją sił obrony powietrznej, skutkiem tych działań była śmierć wielu niewinnych pasażerów. Najbardziej znanymi i jednocześnie najtragiczniejszymi zestrzeleniami samolotów pasażerskich przez obronę powietrzną były m.in.: zestrzelenie w dniu 1 września 1983 r. Boeinga 747 linii Korean Air z 269 osobami na pokładzie przez radzieckie myśliwce; zestrzelenie w dniu 3 lipca 1988 r. pasażerskiego Airbusa A300 linii Iran Air z 290 osobami na pokładzie przez amerykański krążownik nad Zatoką Perską; lub najbardziej aktualny przypadek zestrzelenia cywilnego statku powietrznego – zestrzelenie w dniu 17 lipca 2014 r. Boeinga 777 linii Malaysian Airlines z 298 osobami na pokładzie, do którego doszło nad terenem obwodu donieckiego kontrolowanego przez prorosyjskich separatystów.

Jak wskazują wyżej wymienione przykłady, ryzyko zakwalifikowania cywilnego statku powietrznego jako zagrożenia i tym samym nieproporcjonalna reakcja sił obrony powietrznej zwiększona jest w krajach, które pozostają w stanie wojny (przykład lotu Iran Air) lub nad terytoriami objętymi innymi formami działań zbrojnych (przykład lotu Malaysian Airlines).

¹¹ Katastrofa lotu nr 1771 linii Pacific Southwest Airlines w dniu 7 grudnia 1987 r. (43 osoby śmiertelne); katastrofa lotu nr 990 linii EgyptAir w dniu 31 października 1999 r. (217 osób); katastrofa lotu nr 470 linii LAM Mozambique Airlines w dniu 29 listopada 2013 r. (33 osoby).

Na arenie międzynarodowej głośnym echem odbiło się przede wszystkim zestrzelenie z 1983 r., które zostało stanowczo potępione w rezolucji *International Civil Aviation Organization* (ICAO). Rezolucja ta stała się podstawą do przyjęcia 10 maja 1984 r. przez Zgromadzenie ICAO jednomyślniej uchwały o uzupełnieniu konwencji chicagowskiej¹² o nowy artykuł – art. 3bis. Artykuł ten wprowadził ograniczenie możliwości zestrzelenia cywilnego statku powietrznego w locie¹³.

Dniem przełomowym w historii terroryzmu lotniczego były zamachy z dnia 11 września. Reakcją międzynarodową na te wydarzenia było całkowite redefiniowanie podejścia do zjawiska terroryzmu oraz zmiana kierunku, w którym rozwijało się ustawodawstwo dt. bezpieczeństwa żeglugi powietrznej. Skutkowało to natychmiastowym zaostrzeniem regulacji i wprowadzeniem w wielu krajach ustaw oraz przepisów antyterrorystycznych, ze szczególnym naciskiem na umożliwienie neutralizacji (zestrzelenia) przejętego cywilnego statku powietrznego, który miałby posłużyć jako narzędzie ataku. Po Stanach Zjednoczonych, regulację pozwalającą na użycie siły wobec statków powietrznych wprowadziła również Polska (2004 r.), Niemcy (2005 r.) i Rosja (2006 r.). Stany Zjednoczone jako państwo, które było bezpośrednim celem ataków i poniosło największe straty – przy aprobacie większości doktryny i dużym nacisku społecznym – przeformułowało swoją teorię prawa i sformułowało nową koncepcję, na podstawie której w stanie wojny z terroryzmem administracja publiczna ma prawo i obowiązek podejmowania wszelkich środków obronnych mających na celu neutralizację zagrożenia¹⁴. Amerykańska doktryna prawna wypowiedziała się również na temat ewentualnej kolizji pomiędzy wysokim stopniem zagrożenia bezpieczeństwa narodowego a konstytucyjnie zagwarantowanymi wolnościami, aprobując stanowisko prewencyjne¹⁵. Okres po 11 września w publicystyce został nazwany „erą terroryzmu masowych ofiar”, niefortunna poprawność tego stwierdzenia potwierdziły zamachy terrorystyczne w Madrycie 1 marca 2003 r. oraz Londynie 7 lipca 2005 r.

Reakcją Polski na wyżej wskazane wydarzenia było dokonanie zmian w polskim porządku prawnym poprzez uchwalenie ustawy o zmianie ustawy o ochronie granicy państwowej oraz niektórych innych ustaw z dnia 2 lipca 2004 r.¹⁶, która to wprowadziła między innymi do ustawy o ochronie granicy państwowej¹⁷ art. 18, 18a oraz 18b, a do u.p.l. wprowadziła art. 122a, będący podstawą prawną do neutralizacji (zniszczenia) cywilnego statku powietrznego stanowiącego zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa. Ustawa, o której mowa powyżej, weszła w życie 19 sierpnia 2004 r. i w takim brzmieniu – z kosmetycznymi zmianami – obowiązywała do dnia 2 października 2008 r., w którym to dniu art. 122a u.p.l. utracił moc obowiązującą w związku z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego, orzekającym

¹² Konwencja o międzynarodowym lotnictwie cywilnym, podpisana w Chicago z dnia 7 grudnia 1944 r. (Dz.U. z 1959 r., Nr 35, poz. 212).

¹³ M. Żylicz, *Prawo lotnicze międzynarodowe, europejskie i krajowe*, Warszawa 2011, s. 44.

¹⁴ J. Yoo, *The Powers of War and Peace: The Constitution and Foreign Affairs after 9/11*, Chicago 2005, s. 155–181.

¹⁵ O. Gross, *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crimes Always be Constitutional?*, „Yale Law Journal” 2003, nr 112, s. 1011.

¹⁶ Dz.U. Nr 172, poz. 1805.

¹⁷ Ustawa z dnia 12 października 1990 r. o ochronie granicy państwowej (Dz.U. Nr 78, poz. 461 ze zm.) – dalej: u.g.p.

o jego niekonstytucyjności. Wprowadzenie w Polsce wskazanej regulacji wraz z przepisami umożliwiającymi zestrzelenie obcego cywilnego statku powietrznego, miało na celu dostosowanie przepisów do nowo ujawnionego zagrożenia terrorystycznego i stworzenie instytucji prawnej wraz z procedurą umożliwiającą skuteczną, prewencyjną neutralizację zagrożenia przez organy państwa.

4. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 września 2008 r., sygn. akt K 44/07

Przytoczenie w niniejszym artykule wyroku Trybunału Konstytucyjnego jest istotne, ponieważ wyrok ten diametralnie zmienił możliwości obrony przed zagrożeniem terrorystycznym związanym z użyciem cywilnych statków powietrznych jako narzędzia ataku. Poniżej przytoczony zostanie wniosek skarżącego, stanowiska uczestników postępowania, argumentacja Trybunału oraz skutki, które wyrok wywarł na aktualnie obowiązującą regulację omawianych kwestii.

4.1. Wniosek

Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, wnioskiem z dnia 27 września 2007 r., wystąpił do Trybunału Konstytucyjnego o orzeczenie, że art. 122a u.p.l. z dnia 3 lipca 2002 r. jest niezgodny z art. 38, art. 31 ust. 3, art. 2, art. 26 oraz art. 30 Konstytucji RP. Artykuł 122a w związku z art. 18b u.g.p., umożliwiał zniszczenie (neutralizację) cywilnego statku powietrznego, gdy wymagają tego względy bezpieczeństwa państwa, a statek został użyty do działań sprzecznych z prawem, w szczególności, jako środek ataku terrorystycznego z powietrza.

Wnioskodawca na poparcie swojej tezy podniósł następujące wątpliwości konstytucyjne:

naruszenie zasady prawa do życia oraz naruszenie zasad przyzwoitej legislacji poprzez posługiwanie się przepisami niedookreślonymi.

Neutralizacja przejętego przez terrorystów cywilnego statku powietrznego zakłada spowodowanie śmierci wszystkich osób na pokładzie statku powietrznego – pasażerów, załogi oraz zamachowców. Wydanie stosownego polecenia przez organ uprawniony zakłada nakaz umyślnego pozbawienia życia wszystkich wyżej wymienionych. W opinii wnioskodawcy taki krok stanowi naruszenie konstytucyjnej zasady gwarantującej prawo do życia. Mimo że prawo do życia nie ma charakteru absolutnego, a jego ograniczenie dopuszczalne jest po spełnieniu przesłanek wynikających z art. 31 ust. 3 Konstytucji, norma prawna zawarta w dyspozycji art. 122a u.p.l. wraz z odesłaniem do art. 18b u.g.p., nie spełnia tych przesłanek, ponieważ przepisy wyżej wskazane posługują się klauzulami generalnymi „bezpieczeństwa państwa” oraz „względów bezpieczeństwa”. Klauzule te, po dokonaniu interpretacji, mogą dopuszczać zastosowanie procedury zniszczenia statku powietrznego w sytuacji zagrożenia nie tylko życia i zdrowia ludzi znajdujących się w bezpośrednim polu rażenia statku (czyli dobra o tej samej pozycji w hierarchii, tzw. „życie za życie”), lecz nawet w sytuacji zagrożenia dóbr prawnych o niższej wartości w hierarchii

konstytucyjnej takich jak np. mienie publiczne, które zawierają się w klauzuli generalnej „bezpieczeństwa państwa”. Znaczące wątpliwości interpretacyjne wzbudził użyty przez ustawodawcę zwrot „w szczególności”, który może sugerować, że okoliczność ataku terrorystycznego nie jest jedyną, która aktualizuje przesłanki stosowania skarżonego przepisu. Zakres swobody interpretacyjnej i decyzyjnej pozostawiony organom władzy publicznej zdaniem wnioskodawcy pozostaje w sprzeczności z wymogami wynikającymi z art. 38 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, w szczególności z wymogiem dostatecznej ustawowej określoności.

4.2. Naruszenie zasady ochrony godności człowieka

Wnioskodawca podniósł, że w demokratycznym państwie prawa, którego podstawą funkcjonowania jest niezbywalna godność każdego człowieka, niedopuszczalne jest wyposa-żanie organów publicznych w prawo decydowania o życiu i śmierci niewinnych osób. Podkreślone zostało, że ochrona dobra wspólnego, bezpieczeństwa państwa czy nawet życia innych osób nie jest przesłanką uzasadniającą działania pozbawiające ludzkie jednostki godności. Zasada bezwzględnej ochrony życia ludzkiego wywodzi się z art. 30 Konstytucji RP, którego naruszenie zostało wskazane.

4.3. Naruszenie określonych konstytucyjnie celów i zadań Sił Zbrojnych RP

Wnioskodawca wskazał również na wątpliwości wynikające z treści art. 26 Konstytucji dt. braku konstytucyjnej podstawy prawnej dla uzasadnienia podejmowania przez polskie Siły Zbrojne działań zmierzających do zniszczenia polskiego cywilnego statku powietrznego w sytuacji zagrożenia bezpieczeństwa.

4.4. Naruszenie zasady proporcjonalności

W punkcie czwartym swojej argumentacji, wnioskodawca podniósł, że sytuacja, w której siły powietrzne dokonują neutralizacji cywilnego statku powietrznego wykorzystywanego jako środek ataku terrorystycznego może być oceniana jako specyficzna sytuacja kolizyjna, wyłączająca bezprawność decyzji organów państwowych mających na celu ochronę życia osób znajdujących się w polu rażenia statku. Ocena sytuacji dokonywana jest przez pryzmat bezwzględnie obowiązującej zasady proporcjonalności. W ocenie wnioskodawcy, regulacja art. 122a u.p.l. nie mieści się w tak ukształtowanym standardzie oceny.

5. Opinia organów państwowych dt. zaskarżonej regulacji

Trybunał wezwał podmioty bezpośrednio zainteresowane w sprawie do zajęcia stanowiska. Wniosek Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego został poparty przez Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego, Prokuratora Generalnego oraz Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji. O stwierdzenie zgodności art. 122a u.p.l. z Konstytucją RP w przedstawionych stanowiskach wnioskowali Marszałek Sejmu oraz Minister Obrony Narodowej. Stanowiska w sprawie nie zajął Szef Biura Bezpieczeństwa Narodowego.

Podmioty przychylające się do wniosku Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego podnosiły, iż z dyspozycji zaskarżonego przepisu nie wynika wyraźnie, w jakich sytuacjach uzasadnione jest zniszczenie statku powietrznego, oraz to, iż kryteria określające możliwość podjęcia takiej decyzji nie zostały przez ustawodawcę precyzyjnie sformułowane. Wskazany został również obowiązek podejmowania działań zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, tj. działań zgodnych z zasadą proporcjonalności – w szczególności w kwestii adekwatności i celów podejmowanych działań. Podmioty opiniujące o niekonstytucyjności wskazanego przepisu opierały swoją argumentację głównie na kwestiach „nazbyt szerokich” przesłanek stosowania przepisu, braku obowiązku podejmowania innych, mniej ingerujących w prawo do życia, instrumentów prewencyjnych oraz niewystarczającą szczegółowość regulacji ustawowej.

Marszałek Sejmu oraz Minister Obrony Narodowej, w swoich opiniach o uznaniu zaskarżonego przepisu za zgodny z Konstytucją RP, podnosili następujące argumenty: podkreślone zostało, że decyzja o neutralizacji samolotu zostaje podjęta dopiero po zakwalifikowaniu statku do kategorii „RENEGADE potwierdzony” tj. po przejściu całej, trójstopniowej procedury oraz spełnieniu łącznie dwóch kluczowych przesłanek wskazanych w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 2 listopada 2011 r.¹⁸, co oznacza, iż prawdopodobieństwo zestrzelenia samolotu pasażerskiego niestwarzającego zagrożenia nie występuje. Wskazano również, iż ze względu na powierzchnię terytorialną Polski i czas reakcji służb obrony powietrznej podejmujących decyzję o neutralizacji obcego statku, cała procedura zajmuje ok. 40 minut, a czas ten nie jest wystarczający na ewentualną ewakuację miejsca będącego celem ataku – co naruszałoby konstytucyjny obowiązek państwa wynikający z art. 5 Konstytucji RP do zapewnienia bezpieczeństwa obywateli znajdujących się w polu rażenia ataku. Przytoczony został również fakt, iż zaskarżona regulacja istnieje w polskim porządku prawnym od ponad 4 lat, a w ciągu uchwalania, obowiązywania oraz późniejszych nowelizacji u.p.l. nie wzbudzała wątpliwości ustawodawcy co do jej konstytucyjności. Celem wprowadzenia do systemu prawnego przedmiotowej regulacji była odpowiedź na wydarzenia z 11 września, które uświadomiły o powstaniu nowego – wcześniej niewystępującego – zagrożenia terrorystycznego, a jej celem była prewencyjna ochrona obywateli przed ewentualnym zamachem.

6. Przedmiot kontroli i stanowisko Trybunału

Przedmiotem kontroli Trybunału Konstytucyjnego był art. 122a u.p.l. o następującej treści:

Jeżeli wymagają tego względy bezpieczeństwa państwa i organ dowodzenia obroną powietrzną, uwzględniając w szczególności informacje przekazane przez instytucje zapewniające służby ruchu lotniczego, stwierdzi, że cywilny statek powietrzny

¹⁸ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 2 listopada 2011 r. w sprawie określenia organu dowodzenia obroną powietrzną oraz trybu postępowania przy stosowaniu środków obrony powietrznej w stosunku do obcych statków powietrznych niestosujących się do wezwań państwowego organu zarządzania ruchem lotniczym (Dz.U. Nr 254, poz. 1522).

jest użyty do działań sprzecznych z prawem, a w szczególności jako środek ataku terrorystycznego z powietrza, statek ten może być zniszczony na zasadach określonych w przepisach ustawy z dnia 12 października 1990 r. o ochronie granicy państwowej (Dz.U. z 2005 r., Nr 226, poz. 1944).

Trybunał Konstytucyjny przystępując do rozstrzygnięcia sprawy – po zapoznaniu się z opiniami przedstawionymi przez wezwane organy – stanął przed obowiązkiem odpowiedzi na zasadnicze pytanie występujące w niniejszej sprawie – pytanie dotyczące konstytucyjnych granic prawa do życia. Cytując za Trybunałem:

Konieczna jest (...) odpowiedź na pytanie, czy regulacja, która upoważnia organ państwa do podjęcia decyzji o celowym pozbawieniu życia niewinnych osób dla zapobieżenia potencjalnym dalszym szkodom, niezależnie od sposobu ujęcia szczególnych zagadnień proceduralnych, jest w ogóle dopuszczalna w demokratycznym państwie prawnym zobligowanym do ochrony życia i nienaruszalnej godności człowieka¹⁹.

Z art. 38 Konstytucji RP wynika, że „Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia”. Prawna ochrona życia ludzkiego jest również gwarantowana przez prawo międzynarodowe²⁰. Trybunał podkreślił, że prawo do życia stanowi wartość o randze najwyższej w naszej cywilizacji i kulturze prawnej, i jako taka nie może być poddana różnicowaniu i wartościowaniu. Jednocześnie Trybunał wskazał, że prawo do prawnej ochrony życia nie ma charakteru absolutnego i może podlegać ograniczeniu na podstawie i warunkach określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W tym miejscu, przytaczając treść uzasadnienia jednego ze swoich poprzednich wyroków, Trybunał wskazał, że „ustawodawca zwykły władny jest (...) do określania ewentualnych wyjątków, przy zaistnieniu których – ze względu na kolizję dóbr stanowiących wartości konstytucyjne, praw lub wolności konstytucyjnych – konieczne jest poświęcenie jednego z kolidujących ze sobą dóbr. (...) Poświęcenie jednego z kolidujących dóbr nie odbiera mu przymiotu dobra konstytucyjnego podlegającego ochronie”²¹. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego na przestrzeni lat ugruntowało jednolity pogląd dotyczący przesłanek i modelu oceny konstytucyjności przez pryzmat art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W odniesieniu do niniejszej sprawy, Trybunał orzekł, że art. 122a u.p.l. nie daje się pogodzić z ugruntowanym standardem oceny. Trybunał wskazał, że treść tego artykułu jest zbyt ogólna, zawiera nieczytelny system odesłań oraz przekazuje do regulacji podustawowej określenie przesłanek podjęcia decyzji o kwalifikacji statku jako „RENEGADE”. Trybunał podzielił tezę wnioskodawcy, który twierdził, że dyspozycja art. 122a u.p.l. nie ogranicza się wyłącznie do sytuacji, w której zestrzelenie cywilnego statku

¹⁹ Zgodnie z systematyką uzasadnienia wyroku TK – pkt III, 1.2 uzasadnienia.

²⁰ Art. 2 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284) oraz art. 6 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku z dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz.U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167).

²¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r., sygn. akt. K 26/96.

powietrznego jest konieczne do ochrony życia innych ludzi, lecz mogłaby mieć również zastosowanie do ochrony wartości niższych w hierarchii.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia godności człowieka, Trybunał przytoczył treść art. 30 Konstytucji RP, z którego wynika zasada nienaruszalności i poszanowania godności człowieka. Konstytucja RP zapewnia każdej jednostce ludzkiej niezbywalne prawo podmiotowe, co oznacza, iż każdy człowiek musi być traktowany w sposób całkowicie autonomiczny i jednocześnie nie może być traktowany przedmiotowo. Rozważając kwestie konstytucyjności art. 122a u.p.l. w kontekście naruszenia prawa do godności, Trybunał wskazał, że zarzut naruszenia godności człowieka byłby niezasadny w przypadku, gdyby zestrzelenie statku powietrznego wiązało się wyłącznie ze śmiercią terrorystów, którzy go opanowali. Wynika to z ich autonomicznego wyboru o śmierci w ataku terrorystycznym. W przypadku, kiedy na pokładzie statku powietrznego oprócz terrorystów znajdują się niewinni pasażerowie lub członkowie załogi, dokonywanie przez odpowiedni organ kwalifikacji statku powietrznego jako „RENEGADE” i podjęcie decyzji o zestrzeleniu takiego samolotu, powoduje reifikację (depersonalizację, uprzedmiotowienie) pasażerów i załogi statku powietrznego, co stanowiłoby naruszenie art. 30 Konstytucji RP.

Odnosząc się natomiast do zarzutu naruszenia zasad przyzwoitej legislacji, Trybunał podkreślił, że ustawodawca uchwalając określoną regulację, nie może dawać organom decyzyjnym nadmiernej swobody uznaniowej. W niniejszej sprawie decyzje wydawane na mocy art. 122a u.p.l. mają szczególny charakter – decyzja o zestrzeleniu statku skutkuje pozbawieniem życia wszystkich osób znajdujących się na pokładzie, co oznacza, iż skutki owych decyzji są nieodwoływalne. Trybunał podniósł również, iż ze względu na dużą presję czasu – co zostało wyartykułowane w opinii Ministra Obrony Narodowej – decyzje o kwalifikacji statku powietrznego do odpowiedniej kategorii „RENEGADE”²² mogą być dokonywane pochopnie i z naruszeniem odpowiednich procedur. Trybunał odniósł się również do kwestii zastosowania w zaskarżonym artykule oraz w art. 18b u.g.p., do którego to art. 122a odsyła, klauzul generalnych i pojęć niedookreślonych takich jak „względy bezpieczeństwa” lub „działania sprzeczne z prawem”. Klauzule generalne w treści wskazanych przepisów dodatkowo potęgują możliwość wydania błędnej decyzji, ze względu na to, że wprowadzają liczne wątpliwości interpretacyjne oraz gwarantują nadmierną swobodę uznaniową.

Trybunał Konstytucyjny, w oparciu o wyżej skrótowo przedstawione argumenty, wyrokiem z dnia 30 września 2008 r. orzekł o niekonstytucyjności art. 122a u.p.l. z art. 2, art. 30 i art. 38 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

7. Skutki wyroku

W dniu 2 października 2008 r. utracił moc obowiązującą art. 122a u.p.l. Przepis będący normą kompetencyjną umożliwiającą neutralizację cywilnego statku powietrznego odsyłał do art. 18b u.g.p., w którym określono szczegółowe przesłanki zestrzelenia statku. Skutkiem wyroku Trybunału była również nowelizacja u.g.p. dokonana ustawą o zmianie ustawy o ochronie granicy państwowej z dnia 5 stycznia 2011 r.²³ Wskazana nowelizacja dokonała

²² „RENEGADE podejrzany”, „RENEGADE prawdopodobny”, „RENEGADE potwierdzony”.

²³ Dz.U. Nr 50, poz. 255.

istotnej zmiany treści art. 18b ust. 2 oraz dodała do art. 18b ust. 2a–2c, dostosowując tym samym u.g.p. do stanu prawnego zmienionego wyrokiem Trybunału. Najistotniejszą zmianą było wprowadzenie do ustawy art. 18b ust. 2c o następującej treści: „Przepis ust. 2a [umożliwiający zestrzelenie – P.P.] stosuje się do obcego cywilnego statku powietrznego, który nie posiada żadnych osób na pokładzie lub na pokładzie, którego znajdują się wyłącznie osoby zamierzające użyć tego statku powietrznego jako środka ataku o charakterze terrorystycznym”. W praktyce przepis powyższy wprowadził ograniczenie możliwości neutralizacji cywilnego statku powietrznego wyłącznie do dwóch przypadków: **sytuacji, kiedy na pokładzie statku znajdują się wyłącznie osoby przeprowadzające zamach lub gdy na pokładzie nie znajdują się żadne osoby.**

Należy w tym miejscu z całą stanowczością podkreślić, że wprowadzenie przepisu o treści wskazanej powyżej, w praktyce całkowicie pozbawiło państwo możliwości ochrony przed zamachem terrorystycznym dokonywanym za pomocą uprowadzonego cywilnego statku powietrznego z pasażerami lub załogą znajdującą się na pokładzie. Oba przypadki umożliwiające podjęcie decyzji o zestrzeleniu statku są w praktyce niemożliwe do spełnienia. Po pierwsze, nigdy nie dojdzie do sytuacji, w której na uprowadzonym cywilnym statku pasażerskim będą znajdowali się wyłącznie porywacze, co umożliwiłoby podjęcie decyzji o jego zestrzeleniu. Stoi to w widocznej na pierwszy rzut oka sprzeczności związanej z realiami, sensem i faktycznymi możliwościami uprowadzenia cywilnych statków pasażerskich. Drugą przesłanką umożliwiającą zestrzelenie odnosi się do bezzalogowych cywilnych statków powietrznych (*unmanned aerial vehicles, UAV*), tzw. dronów. Aktualnie bezzalogowe drony cywilne są wykorzystywane głównie w celach badawczych i meteorologicznych. Drony używane przez osoby prywatne nie stwarzają zagrożenia dla bezpieczeństwa ze względu na wielkość statku oraz stosunkowo niski zasięg efektywnej kontroli. Drugą kategorią dronów są tzw. drony bojowe, bezzalogowe bojowe aparaty latające (*unmanned combat aerial vehicle, UCAV*). Drony te ze względu na swoje właściwości bojowe kwalifikowane są jako statki wojskowe i podlegają pod procedurę neutralizacji obcego wojskowego statku powietrznego.

Trybunał w chwili wyrokowania, zdając sobie sprawę ze skutków wyroku, zaznaczył, że niewątpliwie zostanie on oceniony przez część doktryny i administracji publicznej jako kontrowersyjny, lecz nie mogło to stanowić wystarczającego argumentu za negocjowaniem podstawowego kanonu wartości i zasad konstytucyjnych. Jednocześnie Trybunał wskazał, że wyeliminowanie zaskarżonego przepisu z systemu prawnego nie oznacza braku instrumentów prawnych pozwalających na reakcję na stany zagrożenia opisane w dyspozycji normy uznanej za niekonstytucyjną. Regulacją pozwalającą na reakcję jest instytucja **stanu wyższej konieczności** oraz – w wypadku, gdy na pokładzie statku powietrznego znajdują się wyłącznie zamachowcy – **obrony koniecznej**. Zastosowanie wskazanych wyżej instytucji wymaga jednak powzięcia przez właściwą osobę, pełniącą rolę organu państwowego, indywidualnej decyzji uwzględniającej całokształt okoliczności konkretnej sytuacji i przyjęcia na siebie odpowiedzialności za jej następstwa²⁴.

²⁴ Pkt 10 uzasadnienia wyroku TK.

8. Procedura neutralizacji cywilnego statku powietrznego

W aktualnym porządku prawnym, który po wyroku Trybunału został istotnie zmodyfikowany, przepisy związane z możliwością zestrzelenia cywilnego statku powietrznego określają następujące akty normatywne – ustawa o ochronie granicy państwowej (art. 18b u.g.p.) oraz rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie określenia organu dowodzenia obroną powietrzną oraz trybu postępowania przy stosowaniu środków obrony powietrznej w stosunku do obcych statków powietrznych niestosujących się do wezwań państwowego organu zarządzania ruchem lotniczym z dnia 2 listopada 2011 r. (Dz.U. Nr 254, poz. 1522) – dalej: rozporządzenie RM²⁵.

Przedmiotem niniejszego artykułu są wyłącznie kwestie neutralizacji cywilnego statku powietrznego, w związku z tym opisując procedurę neutralizacji pominięte zostaną przepisy odnoszące się do zestrzelenia wojskowego statku powietrznego.

8.1. Kwalifikacja statku do kategorii „RENEGADE”

Obiekt powietrzny typu „RENEGADE” to zgodnie z definicją legalną „cywilny statek powietrzny, który przekroczył powietrzną granicę państwową albo wykonuje lot w przestrzeni powietrznej Rzeczypospolitej Polskiej bez zezwolenia lub niezgodnie z warunkami zezwolenia i nie zastosował się do wezwań, o których mowa w art. 18b ust. 1 u.g.p., oraz może być użyty jako środek ataku o charakterze terrorystycznym”²⁶.

Kwalifikacja cywilnego statku powietrznego do odpowiedniej kategorii „RENEGADE” następuje na podstawie § 6 rozporządzenia RM. Kwalifikacji dokonuje Dyżurny Dowódca Obrony Powietrznej po dokonaniu analizy sytuacji, weryfikacji informacji uzyskanych od państwowego organu zarządzania ruchem lotniczym oraz komunikatów o zagrożeniach od właściwych organów Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej lub innych organów państwowych Rzeczypospolitej Polskiej, zapewniających bezpieczeństwo państwa. Podejmowanie przez organ decyzji co do kolejnych etapów postępowania z obcym statkiem powietrznym (tj. przechwycenia, oddania strzałów ostrzegawczych, neutralizacji) następuje dopiero po zakwalifikowaniu obcego statku do odpowiedniej kategorii „RENEGADE”. Regulacja powyższa ma na celu ograniczenie uznaniowości organu decyzyjnego i ma służyć jako blokada przed podejmowaniem pochopnych decyzji.

Obcy statek otrzymuje kwalifikację „**podejrzany RENEGADE**” w przypadku wykrycia cywilnego statku powietrznego o nieokreślonych intencjach albo spełniającego co najmniej dwa z poniżej wymienionych warunków:

- narusza plan lotu;

²⁵ Rozporządzenie RM określa tryb postępowania przy stosowaniu środków obrony powietrznej, o których mowa w art. 18b ust. 2, 2a i 2c u.g.p.

²⁶ § 2 pkt 3 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 2 listopada 2011 r. w sprawie określenia organu dowodzenia obroną powietrzną oraz trybu postępowania przy stosowaniu środków obrony powietrznej w stosunku do obcych statków powietrznych niestosujących się do wezwań państwowego organu zarządzania ruchem lotniczym (Dz.U. Nr 254, poz. 1522).

- odmawia wykonania lub nie reaguje na polecenia państwowego organu zarządzania ruchem lotniczym, cywilnych i wojskowych lotniskowych organów służby ruchu lotniczego lub organów dowodzenia obroną powietrzną;
- niespodziewanie zmienia parametry lotu (np. zmiana wysokości, prędkości, kursu);
- nastąpiła przerwa w korespondencji radiowej, szczególnie w połączeniu ze zmianą parametrów lotu;
- nastąpiła zmiana kodów transpondera radaru wtórnego lub nadmierne wykorzystywanie sygnału identyfikacji, bez uprzedniej zgody państwowego organu zarządzania ruchem lotniczym;
- załoga używa niestandardowej terminologii lub odnotowano inne niezgodne z procedurą zmiany w korespondencji radiowej (np. zmiana języka rozmowy na niestandardowy);
- nastąpił wybór w modzie 3/A kodu 7500, 7600, 7700;
- nastąpił przekaz radiowy nie dotyczący procedur lotniczych (np. wypowiedanie monologów/mów politycznych lub religijnych);
- nastąpiło przerwanie lub zaprzestanie emitowania sygnałów z transpondera radaru wtórnego;
- otrzymano zawiadomienie od innych organów władzy publicznej, państw sąsiednich lub organizacji międzynarodowych albo instytucji pozarządowych o zamiarach statku powietrznego;
- otrzymano nieokreśloną groźbę użycia przemocy za pośrednictwem strony trzeciej;
- otrzymano zawiadomienie o umieszczeniu na pokładzie statku powietrznego przedmiotu, urządzenia, substancji lub innego materiału niebezpiecznego, które mogą zostać użyte do ataku o charakterze terrorystycznym²⁷.

Statek otrzymuje kwalifikację „**prawdopodobny RENEGADE**” w przypadku, gdy:

- wykryto również inne statki powietrzne, które nie wykonują poleceń państwowego organu zarządzania ruchem lotniczym;
- cywilny statek powietrzny zakwalifikowany jako „podejrzany RENEGADE” w dalszym ciągu nie wykonuje poleceń państwowego organu zarządzania ruchem lotniczym lub organów dowodzenia obroną powietrzną;
- cywilny statek powietrzny odmawia wykonania poleceń lub nie reaguje na polecenia i przekazywane znaki dowódcy statku przechwytyjącego²⁸.

Statek otrzymuje kwalifikację „**potwierdzony RENEGADE**” w przypadku gdy spełnia łącznie poniżej przedstawione przesłanki:

- przechwycony i rozpoznany cywilny statek powietrzny w dalszym ciągu nie wykonuje poleceń dowódcy statku przechwytyjącego, państwowego organu zarządzania ruchem lotniczym oraz organów dowodzenia obroną powietrzną;
- posiadane informacje potwierdzają bez żadnych wątpliwości, że cywilny statek powietrzny ma być użyty jako środek ataku o charakterze terrorystycznym²⁹.

Po zakwalifikowaniu statku powietrznego do odpowiedniej kategorii „RENEGADE” Dyżurny Dowódca Obrony Powietrznej wnioskuje do właściwego organu systemu obrony

²⁷ § 6 pkt 1 rozporządzenia RM.

²⁸ § 6 pkt 2 rozporządzenia RM.

²⁹ § 6 pkt 3 rozporządzenia RM.

powietrznej NATO o przekazanie uprawnień do dowodzenia siłami obrony powietrznej RP wydzielonymi do systemu obrony powietrznej NATO oraz powiadamia Dowódcę Operacyjnego Rodzajów Sił Zbrojnych.

8.2. Procedura neutralizacji

Zgodnie z art. 18b ust. 1 u.g.p., obcy cywilny statek powietrzny, który przekroczył granicę państwową niezgodnie z przepisami u.p.l. lub umowami międzynarodowymi, którymi Rzeczpospolita Polska jest związana, może być wezwany przez państwowy organ zarządzania ruchem lotniczym do:

- opuszczenia przestrzeni powietrznej Rzeczypospolitej Polskiej;
- odpowiedniej zmiany kierunku lub wysokości lotu;
- lądowania na wskazanym przez ten organ lotnisku;
- wykonania innych poleceń, mających na celu zaprzestanie naruszania przestrzeni powietrznej.

W przypadku niezastosowania się do któregokolwiek z wezwań i poleceń, o których mowa w punktach 1–4 powyżej, Dowódca Operacyjny Rodzajów Sił Zbrojnych, po zakwalifikowaniu statku powietrzego jako „podejrzany RENEGADE”, może podjąć decyzję o **przechwyceniu** obcego statku przez wojskowy statek powietrzny, zwany dalej „statkiem przechwytyjącym”. Zgodnie z definicją legalną statkiem przechwytyjącym „jest uzbrojony samolot bojowy lub śmigłowiec wraz z załogą, wydzielony z Sił Zbrojnych RP lub państwa NATO, wykonujący zadania wojskowego nadzoru przestrzeni powietrznej Rzeczypospolitej Polskiej”³⁰. Przechwycenie statku polega na identyfikacji statku powietrzego, nawiązaniu z nim łączności radiowej i kontaktu wzrokowego, naprowadzeniu go na właściwy kierunek lub wysokość lotu, a w ostateczności wymuszeniu lądowania na wskazanym lotnisku.

Dowódca Operacyjny Rodzajów Sił Zbrojnych, po bezskutecznym skierowaniu przez statek przechwytyjący do statku przechwyconego wyżej wskazanych – w punktach 1–4 – wezwań i poleceń, może podjąć decyzję o **oddaniu strzałów ostrzegawczych** dopiero po zakwalifikowaniu obcego cywilnego statku powietrzego do kategorii „prawdopodobny RENEGADE”.

W przypadku dalszego niestosowania się do wezwań i poleceń, po bezskutecznym oddaniu strzałów ostrzegawczych, Dowódca Operacyjny Rodzajów Sił Zbrojnych, po zakwalifikowaniu obcego statku do kategorii „potwierdzony RENEGADE”, może podjąć decyzję o **jego neutralizacji** (zestrzeleniu).

Treść wyżej przedstawionej regulacji ma zastosowanie jedynie do takiego cywilnego statku powietrzego, który **nie posiada żadnych osób na pokładzie lub na pokładzie którego znajdują się wyłącznie osoby zamierzające użyć tego statku powietrzego jako środka ataku o charakterze terrorystycznym**³¹. W tym miejscu należy podkreślić, że w przypadku obecności na pokładzie co najmniej jednej osoby cywilnej (niebędącej zamachowcem), przepisy wyżej wskazane nie mogą zostać zastosowane. Oznacza to, iż przechwycony cywilny statek powietrzny, o nieokreślonych zamiarach, niereagujący na polecenia

³⁰ § 2 pkt 5 rozporządzenia RM.

³¹ Ograniczenie to zostało wprowadzone w art. 18b ust. 2c u.g.p.

i wezwania, po zakwalifikowaniu do odpowiedniej kategorii „RENEGADE” **nie może** zostać zneutralizowany przez statek przechwytyjący.

9. Podsumowanie

Przytoczony w punkcie czwartym niniejszego artykułu wyrok Trybunału Konstytucyjnego orzekającego o niekonstytucyjności art. 122a u.p.l. finalnie ukształtował polską regulację prawną dotyczącą możliwości zestrzelenia obcego cywilnego statku powietrznego w sytuacji, gdy zagraża on bezpieczeństwu państwa i obywateli poprzez użycie go jako narzędzia ataku terrorystycznego. Wyrok zmienił przepisy umożliwiające zestrzelenie cywilnego statku powietrznego w sposób diametralny. Uprzednio obowiązujący art. 122a u.p.l. umożliwiał neutralizację cywilnego statku również w sytuacji, w której na pokładzie statku znajdowali się pasażerowie i członkowie załogi. Po zmianach wywołanych wyrokiem Trybunału faktycznie uniemożliwiono dokonania zestrzelenia przejętego przez terrorystów cywilnego statku powietrznego z pasażerami na pokładzie.

Warto podkreślić, iż Polska, w porównaniu do krajów Europy Zachodniej i Stanów Zjednoczonych, jest krajem stosunkowo bezpiecznym i nie jest aktualnie celem zamachów terrorystycznych. Pomimo tego, prawdopodobieństwo, że Polska może stać się obiektem ataku zwiększa fakt, iż jest ona jednym z najbliższych partnerów międzynarodowych Stanów Zjednoczonych na obszarze Europy Środkowej oraz aktywnie wspiera międzynarodową „walkę z terroryzmem”. Prawdopodobieństwo to potęguje również fakt, iż Polska jest aktualnie nieprzygotowana – prawnie i infrastrukturalnie – na odparcie zagrożenia terrorystycznego omawianego w niniejszym artykule.

Terroryzm na przestrzeni ostatnich dekad stał się zjawiskiem globalnym. Jak pokazały tragiczne wydarzenia z 11 września, atak terrorystyczny przy użyciu przejętego cywilnego samolotu pasażerskiego powoduje ogromne zagrożenie i straty w ludziach. Biorąc pod uwagę intensyfikację aktów terrorystycznych na terenie Europy, głównie za sprawą działalności Państwa Islamskiego, Polska powinna posiadać regulację prewencyjną oraz odpowiednie procedury gwarantujące bezpieczeństwo państwa i obywateli przed atakami terrorystycznymi przy użyciu przejętych przez terrorystów cywilnych statków powietrznych.

Regulacje prewencyjne, umożliwiające neutralizację zagrożenia, ochronę obywateli i mienia strategicznego, powinny być uchwalane *ex ante*. Trybunał w swoim wyroku przedstawił argumenty i wskazał powody, które zaważyły na decyzji o niekonstytucyjności poprzedniego instrumentu prawnego. Ustawodawca, biorąc pod uwagę wskazówki Trybunału, powinien wyciągnąć wnioski i stworzyć przemyślaną, szczegółową regulację zgodną z zasadami wynikającymi z Konstytucji RP, opartą na działających rozwiązaniach państw stosujących metody prewencyjne, przez co gwarantowałyby bezpieczeństwo państwa i obywateli.

Neutralization of civil aircraft in the event of threat to state security in Polish law

S u m m a r y

In recent years terrorism became an active threat not limited by any borders. Gruesome events of 9/11 were the climax point when world has changed its approach to terrorism threats. Poland in 2004, as a response to the events of 9/11, changed aviation law statute and adopted new regulations which allowed the state to preventively neutralize civil aircraft taken over by terrorists with civil passengers and cabin crew onboard. In September 30th 2008 Polish Constitutional Tribunal ruled against these regulations saying that they were unconstitutional and dismissed them. After that date regulations on that matter has become rudimental. Currently, Polish regulations allow the state to neutralize foreign civil aircraft only at two occasions: a. when there is nobody on board, b. when an aircraft is taken over solely by terrorists. These two principles make these regulations currently inutile.

In its ruling, Constitutional Tribunal placed high standards and conditions upon Polish legislator and it will be incredibly hard for legislative bodies to comply with these conditions and impassible borders set by Polish Constitution. However, if legislator fails to enact constitutional act on discussed matter it would be crucial to prepare effective, rapid prevention procedures and to introduce highest standards in border protection to decrease the risk in a long term.

**ETYCZNE GRANICE DZIAŁANIA DORADCÓW PODATKOWYCH W POSTĘPOWANIU
PODATKOWYM****

I. Od wieków z pomocy doradców korzystano zawsze wtedy, gdy decydent stawał przed koniecznością podjęcia mądrej i przemyślanej decyzji, której skutki rzutowały na przyszłość. N. Machiavelli w swoim dziele *Książę* stwierdził, że wybór ministra (doradcy) jest trudnym zadaniem z uwagi na fakt, iż zawsze „można natrafić na dobrego bądź złego”¹. Dostrzegał wagę odpowiedniego wynagrodzenia usług świadczonych przez doradcę. Uważał, że lojalność ministra jest rezultatem odpowiedniego traktowania, przejawiającego się w przyznawanych zaszczytach i pieniądzech. Machiavelli wierzył, iż tylko tak ułożona relacja między księciem a doradcą sprawi, że mogą sobie wzajemnie ufać, gdy bowiem jest inaczej „zawsze w końcu i jeden, i drugi źle na tym wyjdzie”².

Institucja doradztwa podatkowego istnieje w Polsce od kilkunastu lat, a ramy prawne funkcjonowania tego zawodu zostały ustalone w ustawie z dnia 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym (dalej: u.d.p.)³. Warto podkreślić, że znaczenie zawodu doradcy podatkowego ujawnia się w tych systemach prawa podatkowego, w których wprowadzono model samoobliczenia (samowymiaru) podatku⁴. Zgodnie z zasadą samoobliczenia obowiązek pierwotnego wymiaru został przeniesiony na podatnika, który samodzielnie oblicza podstawę opodatkowania, nalicza i odprowadza podatek na rachunek urzędu skarbowego. Na podatniku ciąży zatem obowiązek i odpowiedzialność prawidłowego zaliczenia przychodów, kosztów uzyskania przychodu oraz zastosowania odpowiedniego sposobu obliczenia podatku. W Polsce obowiązek prawidłowej oceny stanu faktycznego oraz subsumpcji do określonej normy prawa materialnego przerzucono na podatnika (płatnika) już na początku lat dziewięćdziesiątych. Należy stwierdzić, że współczesne prawo podatkowe cechuje się wyjątkowym stopniem skomplikowania. Nie ulega wątpliwości, że profesjonalna reprezentacja w trakcie postępowania podatkowego ma niebagatelne znaczenie dla zachowania praw

* Autorka jest studentką V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz I roku studiów pierwszego stopnia na kierunku „Samorząd terytorialny i polityka regionalna” w Centrum Studiów Samorządu Terytorialnego i Rozwoju Lokalnego Uniwersytetu Warszawskiego, a także słuchaczką Podyplomowego Studium Podatków i Prawa Podatkowego na Uniwersytecie Warszawskim.

** Stan prawny: kwiecień 2015 r.

¹ N. Machiavelli, *Książę*, przeł. C. Nanke, Kraków 2004, s. 83–84.

² *Ibidem*.

³ Dz.U. z 1996 r., Nr 102, poz. 475.

⁴ H. Dzwonkowski, *Charakter prawny deklaracji podatkowych (Zagadnienia podstawowe)*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 12, s. 25–39.

podatników. Wykonywanie doradztwa podatkowego zaspokaja zatem potrzeby związane z właściwą wykładnią przepisów prawa podatkowego⁵.

Zawód doradcy podatkowego należy do kręgu zawodów zaufania publicznego, który w znacznej części dotyczy wykonywania usług prawniczych. Niekiedy podaje się w wątpliwość określanie zawodu doradcy podatkowego jako zawodu prawniczego, bowiem osoba wykonująca tę profesję nie musi mieć wykształcenia prawniczego, wystarczy że jest absolwentem studiów wyższych, zda egzamin państwowy na doradcę podatkowego i odbędzie stosowną praktykę. Argumentem na rzecz tezy, iż zawód doradcy podatkowego wpisuje się w poczet zawodów prawniczych jest fakt, że doradcy podatkowi zostali wyposażeni przez ustawodawcę w stosunkowo szeroki zakres uprawnień w zakresie zobowiązań podatkowych (również celnych i związanych z egzekucją administracyjną) właściwych adwokatom, radcom prawnym czy biegłym rewidentom. Choć zawód doradcy podatkowego nie jest zawodem *stricte* prawniczym, to wydaje się zasadne włączenie go w poczet zawodów prawniczych, ponieważ poza możliwością prowadzenia działalności księgowo-finansowej doradca finansowy ma prawo do wykonywania czynności typowo prawniczych.

Kwalifikowanie profesji doradcy podatkowego jako zawodu zaufania publicznego jest konsekwencją zinstytucjonalizowania tego zawodu w postaci utworzenia samorządu – Krajowej Izby Doradców Podatkowych. Wydaje się, że polski ustawodawca od początku lat dziewięćdziesiątych XX wieku kształtował zawód doradcy podatkowego jako zawód zaufania publicznego. Świadczy o tym pierwotne brzmienie ustawy o doradztwie podatkowym. Kolejne nowelizacje dodatkowo wzmocniły pozycję tej profesji⁶. Pojęcie zawodu zaufania publicznego jest specyficznie polskim tworem i nie jest znane w innych krajach europejskich. Zostało zawarte w art. 17 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁷. Ustawodawca konstytucyjny, używając pojęcia „zawód zaufania publicznego”, miał na myśli zawody, które doktryna prawa administracyjnego określa tradycyjnie pojęciem „zawodu wolnego”. Należy przyjąć, iż zawody zaufania publicznego są od strony przedmiotowej wolnymi zawodami, czyli takimi, które wykonywane są na własny rachunek (w sensie gospodarczym) lub przynajmniej w przeszłości miały taki status⁸.

Zawody zaufania publicznego, o których mowa w art. 17 Konstytucji RP, są wykonywane w sposób złożony i społecznie aprobowany, o ile ich wykonywaniu towarzyszy realne „zaufanie publiczne”. Na zaufanie to składa się szereg czynników, do których bez wątpienia należy przekonanie o zachowaniu przez wykonującego ten zawód dobrej woli, właściwych motywacji, należytej staranności zawodowej oraz wiara w przestrzeganie wartości istotnych dla profilu danego zawodu. W odniesieniu do wykonywania prawniczych zawodów zaufania publicznego do istotnych wartości należy pełne i integralne respektowanie prawa, w tym zwłaszcza – przestrzeganie zasad konstytucyjnych. Pojęcie „zasad konstytucyjnych” nie zostało dotychczas dostatecznie w polskim prawie sformułowane. Niemniej jednak za podstawowe znaczenie tego terminu należy uznać znaczenie dyrektywne. Przez zasadę

⁵ H. Dzwonkowski, [w:] H. Dzwonkowski (red.), *Ustawa o doradztwie podatkowym*, Warszawa 2002, s. 38.

⁶ T. Michalik, [w:] A. Mariański (red.), *Ustawa o doradztwie podatkowym. Komentarz*, Warszawa 2010 r., s. 11–14.

⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 Nr 78 poz. 483).

⁸ M. Kulesza, *Zawód zaufania publicznego*, [w:] opr. S. Legat, M. Lipińska, *Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu*, Warszawa 2002, s. 149 i nast.

konstytucyjną należy rozumieć szczególnie doniosłą dyrektywę postępowania, która ma charakter nadrzędny w stosunku do innych norm w obrębie systemu prawnego, głównie ze względu na jej szczególnie wyraźne uzasadnienie aksjologiczne w określonych ocenach, doniosłych dla konstruowania danego systemu prawnego⁹.

II. Zawód doradcy podatkowego jest niewątpliwie, co już podkreślono, zawodem zaufania publicznego w znacznej części dotyczącym wykonywania usług prawniczych. Niemniej jednak w ramach tego zawodu możliwe jest wykonywanie usług księgowych, finansowych, a nawet doradztwa gospodarczego, czy też prowadzenie działalności wydawniczej. Tak szerokie *spectrum* zadań odróżnia zawód doradcy podatkowego od innych zawodów zaufania publicznego i istotnie wpływa na jego specyfikę.

Warto zająć się zmianami w zakresie doradztwa podatkowego, które były dokonywane w stosunkowo niedługim okresie obowiązywania ustawy o doradztwie podatkowym. Zgodnie z pierwotnym brzmieniem art. 2 ust. 1 pkt 1 u.d.p. czynności doradztwa podatkowego stanowiły udzielanie porad, opinii i wyjaśnień z zakresu obowiązków podatkowych na zlecenie lub na rzecz podatników, płatników i inkasentów. Nowelizacja ustawy z dnia 10 czerwca 2010 r. zniósła ograniczenie przedmiotowego zakresu czynności doradztwa podatkowego wyłącznie do doradztwa w zakresie wykonania obowiązków podatkowych. W obowiązującym stanie prawnym czynności doradztwa podatkowego dotyczą udzielania podatnikom, płatnikom i inkasentom, na ich zlecenie lub na ich rzecz, porad, opinii i wyjaśnień z zakresu ich obowiązków podatkowych i celnych oraz w sprawach egzekucji administracyjnej związanej z tymi obowiązkami. Z literalnego brzmienia przedstawionego przepisu wynika, że czynności doradztwa podatkowego obejmują pomoc w wyjaśnianiu przepisów prawa podatkowego, a także dokonywanie wykładni niejasnych regulacji prawnych oraz wskazywanie klientom prawidłowego sposobu postępowania. Istotne jest to, aby doradca podatkowy zwracał uwagę na ryzyko związane z określonym zachowaniem podatnika. Ponadto, do czynności doradztwa podatkowego należy prowadzenie w imieniu i na rzecz podatników, płatników i inkasentów, ksiąg podatkowych i innych ewidencji do celów podatkowych, a niekiedy także rozliczanie innych należności publicznoprawnych (w tym składek ZUS), obsługa kadrowo-płacowa oraz udzielanie wsparcia z zakresu doradztwa związanego z pomocą publiczną dla przedsiębiorców i funduszami unijnymi. Doradcy podatkowi są również uprawnieni do reprezentowania swoich klientów w postępowaniu przed organami podatkowymi we wszystkich instancjach, a także przed sądami administracyjnymi (w sprawach podatkowych)¹⁰.

Z punktu widzenia problematyki poruszanej w niniejszym artykule należy ograniczyć się tylko do reprezentacji doradców podatkowych w postępowaniach podatkowych. Przyjmuje się, że postępowanie podatkowe *sensu stricto* to procedura o charakterze jurysdykcyjnym, której celem jest rozstrzygnięcie sprawy podatkowej poprzez wydanie decyzji podatkowej, która swoim zakresem obejmuje czynności pomiędzy wszczęciem postępowania podatkowego a wydaniem decyzji. Przebieg i zasady postępowania podatkowego w znaczeniu

⁹ M. Zieliński, *Zasady i wartości konstytucyjne*, [w:] A. Bałaban, P. Mijał (red.), *Zasady naczelne Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, Szczecin 2011, s. 22–23.

¹⁰ A. Mariański, *Doradca podatkowy podczas kontroli skarbowej*, Warszawa 2014, s. 19–20.

węższym zostały uregulowane w dziale IV ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (dalej: o.p.)¹¹, zatytułowanym „Postępowanie podatkowe”. Natomiast postępowanie podatkowe *sensu largo* oznacza regulowany przepisami prawa ciąg czynności organów podatkowych, podatników oraz innych podmiotów zobowiązań podatkowych, mający na celu ujawnienie i wyznaczenie wysokości zobowiązania podatkowego oraz jego realizację¹².

Zasadniczo kwestię reprezentacji w sprawach podatkowych w postępowaniu przed organami podatkowymi, jak i przed sądami administracyjnymi, regulują przepisy o.p. oraz ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (dalej: p.p.s.a.)¹³. Zgodnie z treścią art. 137 § 1 o.p. pełnomocnikiem strony może być osoba fizyczna mająca pełną zdolność do czynności prawnych. Ustawa ta nie stawia żadnych dodatkowych wymogów w tym zakresie. Oznacza to, że w postępowaniu podatkowym prowadzonym przed organami administracji podatkowej podatnik może być reprezentowany przez adwokata, radcę prawnego jak również doradcę podatkowego. Z kolei art. 35 p.p.s.a. wskazuje, iż pełnomocnikiem strony może być adwokat lub radca prawny, a ponadto inny skarżący lub uczestnik postępowania, jak również rodzice, małżonek, rodzeństwo lub zstępni strony oraz osoby pozostające ze stroną w stosunku przysposobienia, a także inne osoby, jeżeli przewidują to przepisy szczególnie. Z treści tego przepisu wynika wprost, że profesjonalnymi pełnomocnikami występującymi w sprawie podatkowej w postępowaniu przed sądami administracyjnymi mogą być adwokaci lub radcowie prawni. Przepisem stanowiącym *lex specialis* jest art. 41 u.d.p., zgodnie z którym doradca podatkowy uprawniony jest do występowania w charakterze pełnomocnika podatnika, płatnika, inkasenta, osób trzecich odpowiedzialnych za zaległości podatkowe oraz następców prawnych podatnika, płatnika lub inkasenta w postępowaniach administracyjnych dotyczących obowiązków podatkowych. Równocześnie doradca podatkowy uprawniony jest do występowania w charakterze pełnomocnika w postępowaniu w zakresie sądowej kontroli decyzji, postanowień i innych aktów administracyjnych dotyczących spraw, w których przyznane mu zostały uprawnienia do działania w postępowaniu administracyjnym w charakterze pełnomocnika strony. Doradca podatkowy jest uprawniony do występowania w charakterze pełnomocnika w sprawach podatkowych zarówno przed organami administracji podatkowej, jak i na etapie postępowania przed sądami administracyjnymi, w takim samym stopniu, jak adwokat czy radca prawny.

III. Opracowywanie szczegółowych zasad etycznych przez samorzady zawodowe adwokatów i radców prawnych powoli staje się regułą, co więcej jest to działanie zgodne z wytycznymi Rady Adwokatów i Stowarzyszeń Prawnych w Europie (ang. *The Council of Bars and Law Societies of Europe* – CCBE). Według wskazanych wytycznych samorzady adwokackie i stowarzyszenia prawnicze powinny działać w kierunku polepszenia jakości wykonywania swoich usług¹⁴. Jest to ważna wskazówka dla obywatela, który ma prawo oczekiwać, że istota jego kontaktów z profesjonalnymi pełnomocnikami oparta będzie na zaufaniu

¹¹ Dz.U. z 2005 r., Nr 8, poz. 60.

¹² J. Kulicki, A. Krawczyk, P. Sokół, *Leksykon podatkowy*, Warszawa 1998, s. 251.

¹³ Dz.U. z 2002 r., Nr 153, poz. 1270.

¹⁴ W. Łojko, M. Dziurnikowska-Stefańska, *Wartości a sukces zawodowy prawników – granice kompromisu?*, Warszawa 2011, s. 31–32.

i lojalności. Kodeks etyki jest zatem najważniejszym wyróżnikiem zawodu zaufania publicznego. Stanowi swoisty kanon najbardziej pożądaných zachowań zawodowych.

W celu wyznaczenia etycznych granic działania doradców podatkowych konieczne jest zdefiniowane samego pojęcia etyka. Słowo „etyka” pochodzi od greckiego *ethikos*, które z kolei wywodzi się od wyrazu *ethos* oznaczającego charakter, ale także zwyczaj, obyczaj. Terminem „etyka” określa się zatem uporządkowaną refleksję nad moralnością, a więc rozmaite sądy i przekonania, których przedmiotem jest moralność. Moralność w klasycznym ujęciu oznacza zespół żywionych przez określoną osobę lub grupę norm, ocen i przekonań, na podstawie których uczynki ludzkie uznawane bywają za „dobre” lub „złe” i z tego powodu wzbudzają szacunek lub potępienie. W prowadzeniu działań w sposób etyczny chodzi więc o postępowanie według takich reguł, które zyskały uprzednią aprobatę i akceptację większości społeczeństwa. Deontologia zawodowa doradców podatkowych stanowi przeniesienie powszechnych norm etyczno-moralnych na obszar powinności adresowanych do osób wykonujących tak ważne społecznie zadanie, jakim jest niesienie profesjonalnej pomocy prawnej. Jest oczywistym fakt, że wszelkie odniesienia dotyczące etyki ogólnej znajdują odzwierciedlenie w etyce zawodowej doradcy podatkowego¹⁵.

Zasady Etyki Doradców Podatkowych (dalej: „zasady etyki”) zostały wprowadzone przez Krajowy Zjazd Doradców Podatkowych w drodze załącznika do uchwały nr 9/2002 Pierwszego Krajowego Zjazdu Doradców Podatkowych z dnia 27 stycznia 2002 r. Znaczna część dyrektyw zawartych w zasadach etyki wzorowana jest na rozwiązaniach stosowanych w regulacjach etycznych innych samorządów zawodowych. Zasady etyki stanowią więc zespół norm wewnątrz korporacyjnych mających zapewnić wysoki poziom etyczny osób należących do korporacji i wykonujących zawód. Funkcjonujące w ramach samorządu doradców podatkowych zasady, podobnie jak w samorządzie adwokackim i radcowskim, nie mają charakteru kazuistycznego. Są to normy o charakterze ogólnym, wynikające z ogólnych norm moralnych i uregulowań prawnych, co zostało wyraźnie podkreślone w art. 1 zasad etyki. Wskazany zbiór zasad etyki bywa potocznie nazywany kodeksem etycznym, choć nazwa ta rodzi uzasadnione wątpliwości dotyczące obszerności. Nazywanie zbiorów etyki zawodowej kodeksami etycznymi jest niekiedy mylące, zwłaszcza kiedy nie są one *par excellence* normami moralnymi, lecz głównie regułami postępowania zawodowego¹⁶.

Zasady etyki doradców podatkowych wynikają z ogólnych norm moralnych i uregulowań prawnych. Należą do nich ogólne zasady moralne przystosowane do realiów wykonywania zawodu przez doradcę podatkowego. Kwintesencję ram etycznych, w obrębie których działa doradca podatkowy wykonujący czynności doradztwa podatkowego, stanowi rota ślubowania. Jej treść jest następująca: „Przysięgam, że jako doradca podatkowy będę wykonywać ten zawód, kierując się dobrem swoich klientów, z całą sumiennnością i rzetelnością, zgodnie z prawem, wiedzą i zasadami etyki zawodowej. Poznane w związku z wykonywaniem zawodu fakty i informacje zachowam w tajemnicy wobec osób trzecich” (art. 8 ust. 2 u.d.p.).

Obowiązkiem każdego doradcy podatkowego jest przestrzeganie obowiązujących przepisów prawnych oraz zasad etyki właściwych dla tej grupy zawodowej. Konieczność

¹⁵ J. Naumann, *Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu. Komentarz*, Warszawa 2012, s. IX.

¹⁶ R. Tokarczyk, *Etyka prawnicza*, Warszawa 2005, s. 60.

wykonywania obowiązków zawodowych przez profesjonalnych pełnomocników na podstawie i w granicach prawa oznacza zakaz podejmowania na rzecz klienta działań, które miałyby na celu popełnienie przestępstwa, ani umożliwiania uniknięcia odpowiedzialności karnej za czyn, który miałby zostać dokonany w przyszłości. Wskazane ograniczenie działalności profesjonalnych pełnomocników jest niezmiernie istotne z punktu widzenia uczestniczenia w postępowaniu podatkowym. Pełnomocnik, działający w sprawach podatkowych i dokonujący operacji gospodarczych mających na celu optymalizację podatkową, musi zwracać uwagę na to, aby jego działania nie miały na celu popełnienia przestępstwa skarbowego lub aby nie umożliwiały uniknięcia odpowiedzialności karnoskarbowej za przestępstwa skierowane przeciwko obowiązkowi podatkowemu. Zakaz ten *de facto* nie został sformułowany w odniesieniu do doradców podatkowych, jednakże w żaden sposób nie zwalnia to ich z ponoszenia ewentualnej odpowiedzialności w razie dopuszczenia się działań mogących wypełnić znamiona przestępstwa skarbowego czy też pomocnictwa do popełnienia takiego przestępstwa. Warto dodać, że w aspekcie praktycznym zasada praworządności oznacza, iż działanie na rzecz klienta nie zwalnia co do zasady z odpowiedzialności przewidzianej przez stosowne przepisy prawa za ich naruszenie.

Doradca podatkowy powinien prowadzić działania związane z wykonywaniem zawodu z poszanowaniem obowiązków wynikających z uczciwości, godności i dobrych obyczajów. Zobowiązany jest również strzec godności zawodu oraz dbać o jego ochronę. W literaturze przedmiotu wskazuje się, iż obowiązek zachowania godności zawodu działa wielokierunkowo, gdyż odnosi się ona zarówno do kontaktów doradcy podatkowego z klientami, innymi pełnomocnikami procesowymi, a także sądami, urzędami i innymi instytucjami, przed którymi występuje, jak i sposobu wykonywania zawodu, który bez wątpienia powinien być zgodny z prawem oraz normami etycznymi. Doradca podatkowy nie może uczestniczyć, czy to bezpośrednio czy pośrednio, w czynnościach albo przedsięwzięciach, które uwłaczałyby godności zawodu lub podważały do niego zaufanie. Ponadto z wykonywaniem zawodu doradcy podatkowego nie można łączyć zajęć i działalności zarobkowej mogących obniżyć prestiż tego zawodu. Tak samo, doradca podatkowy nie powinien wykorzystywać kontaktów i wpływów zawodowych dla celów prywatnych. Z całą pewnością usługi świadczone przez doradcę podatkowego nie mogą mieć na celu ułatwienia popełnienia przestępstwa, przestępstwa lub wykroczenia skarbowego ani umożliwienia uniknięcia odpowiedzialności karnej i karnej skarbowej lub wykroczeniowej za czyn, który miałby zostać dokonany w przyszłości. Postępowanie niegodne odnosi się również do zachowań niefirmowanych oficjalnie przez doradcę podatkowego, tj. podejmowanych przez inne osoby w wyniku nakłonienia, z inicjatywy doradcy podatkowego lub dokonanych pod jego nadzorem¹⁷.

Warto również zwrócić uwagę na fakt, że doradca podatkowy wykonuje swój zawód w sposób niezależny. W swoich decyzjach podlega jedynie przepisom prawa i zasadom etyki doradców podatkowych, jest też zobowiązany do przestrzegania przepisów wewnątrz korporacyjnych. Doradca podatkowy, wypełniając swoje obowiązki zawodowe, nie może ulegać sugestiom klienta, jeżeli w jego ocenie wskazania te nie są uzasadnione lub mogłyby doprowadzić do naruszenia przepisów prawa. Niemniej jednak osoba wykonująca ten zawód jest uprawniona do przedstawiania swojemu klientowi rozwiązań pozwalających

¹⁷ D. Szczygiel, *Zasady Etyki Doradców Podatkowych. Komentarz*, Kraków 2006, s. 24–25.

na oszczędności podatkowe i wybór rozwiązań najbardziej korzystnych z podatkowego punktu widzenia, łącznie z wyborem takich sposobów działania, które pozwolą zmniejszyć obciążenia podatkowe¹⁸. Tak rozumiana zasada niezależności doradcy podatkowego została ukształtowana na wzór zasady niezależności, będącej fundamentem innych zawodów zaufania publicznego.

Doradca podatkowy powinien również wykonywać czynności zawodowe według najlepszej woli i wiedzy, w sposób rzetelny z zachowaniem należytej staranności. Postępowanie doradcy podatkowego powinno być rzeczowe, obiektywne, wolne od uprzedzeń i wpływu rozbieżności zdań. Wykonywaniu zawodu według najlepszej wiedzy służy wprowadzony w art. 36 u.d.p. obowiązek stałego podnoszenia kwalifikacji zawodowych. Jest to istotne z punktu widzenia interdyscyplinarnego charakteru czynności dokonywanych przez doradców podatkowych. W zbiorze zasad etyki nie wyrażono *expressis verbis* obowiązku podnoszenia kwalifikacji zawodowych, jak ma to miejsce w przypadku innych zawodów prawniczych. Informacja na ten temat znalazła się jednak w załączniku do uchwały nr 25/2006 Drugiego Krajowego Zjazdu Doradców Podatkowych z dnia 21 stycznia 2006 r. w sprawie zasad stałego podnoszenia kwalifikacji przez doradców podatkowych¹⁹. W ten sposób doradcy podatkowi zostali zobligowani do stałego podnoszenia kwalifikacji zawodowych według zasad określonych w tym załączniku. Obowiązek ten oznacza, że doradca podatkowy nie powinien podejmować sprawy, jeżeli wie lub powinien wiedzieć, że nie ma wystarczających kompetencji do jej podjęcia bez współpracy z innym doradcą podatkowym lub przedstawicielem innego zawodu, który te kompetencje posiada. Tytuł doradcy zawodowego zobowiązuje ponadto do interesowania się rozwojem doradztwa podatkowego i jego narzędzi oraz do znajomości międzynarodowych standardów dotyczących tychże czynności²⁰.

IV. Zaufanie klienta, mające swą podstawę w oczekiwanej poufności i dyskrecji, jest uznawane za dobro szczególnie chronione. Bez niego należyte reprezentowanie klienta wydaje się niemożliwe. Dlatego tak istotnym czynnikiem, kreującym zaufanie w relacji klient – doradca prawny i *vice versa*, jest tajemnica zawodowa doradcy podatkowego. Zachowanie tajemnicy jest ściśle powiązane z istotą zawodu jako zawodu zaufania publicznego, chroniącego wartości o szczególnej randze społecznej²¹. Zobowiązanie do zachowania tajemnicy zawodowej wprowadzono jako jeden z elementów przysięgi osoby, która ubiega się o wpis na listę doradców podatkowych. Rota ślubowania brzmi następująco: „Poznane w związku z wykonywaniem zawodu fakty i informacje zachowam w tajemnicy wobec osób trzecich”. Potwierdzeniem powyższego jest treść art. 37 ust. 1 u.d.p., zgodnie z którym doradca podatkowy zobowiązany jest zachować w tajemnicy fakty i informacje, z którymi zapoznał się w związku z wykonywaniem zawodu. Obowiązek ten jest rozciągnięty również na inne podmioty uprawnione do wykonywania czynności doradztwa podatkowego, z którymi doradcy

¹⁸ D. Strzelec, [w:] A. Mariański (red.), *Ustawa o doradztwie podatkowym...*, *op. cit.*, s. 130–131.

¹⁹ Tekst jedn.: Uchwała 41/2010 Krajowej Rady Doradców Podatkowych z dnia 30 marca 2010 r. w sprawie przyjęcia tekstu jednolitego zasad etyki doradców podatkowych.

²⁰ D. Szczygiel, *Zasady Etyki Doradców Podatkowych...*, *op. cit.*, s. 27–30.

²¹ Z. Klatka, S. Ciupa, K. Stoga, [w:] A. Bereza (red.), *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, Warszawa 2013, s. 188.

podatkowi współpracują w celu świadczenia swoich usług, przy czym bez znaczenia jest rodzaj węzła prawnego, jakim dana osoba jest związana z doradcą podatkowym.

Warto podkreślić, że w literaturze przedmiotu uznaje się, iż obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej jest jednocześnie podstawowym prawem i przywilejem doradcy podatkowego. Nie dość, że warunkuje prawidłowe wykonywanie profesji współuczestniczącej w wymierzaniu sprawiedliwości, jednocześnie jest gwarancją należytej ochrony praw obywatela. Wydaje się, że istota wyodrębnienia zawodu doradcy podatkowego spośród zawodów prawniczych polegała przede wszystkim na założeniu, że klient nie powinien mieć żadnych obaw przed wyjawieniem doradcy w sposób pełny i obiektywny informacji dotyczących określonej sprawy. Doradca natomiast powinien mieć zapewnioną formalną ochronę i gwarancję przed próbą uzyskania od niego przez jakikolwiek organ tego, co zostało mu powierzone w tajemnicy. W ogólności obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej przez doradców podatkowych polega na niewyjawianiu – publicznie czy prywatnie – jakichkolwiek faktów i informacji, z którymi zapoznał się on w związku z wykonywaniem zawodu²². Tajemnicą zawodową objęte są zatem wszelkie wiadomości uzyskane od klienta oraz organów wymiaru sprawiedliwości, organów administracji, organów kontrolnych czy też świadków w toku prowadzenia sprawy, jak również podczas udzielania porady, nawet wówczas, gdy do udzielenia pełnomocnictwa procesowego nie doszło. Warto podkreślić, że obowiązek zachowania tajemnicy w zawodzie doradcy podatkowego rozciąga się nie tylko na merytoryczną treść udzielonej porady prawnej, lecz obejmuje także sam fakt jej udzielenia. Do zakresu przedmiotowego obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej zalicza się ponadto wszystkie materiały, a nie tylko dokumenty uzyskane w związku z prowadzeniem czynności doradztwa podatkowego, jak również wszelkiego rodzaju środki, przedmioty i nośniki danych, na których informacje te zostały utrwalone. Należy podkreślić, że doradca podatkowy, podobnie jak inni pełnomocnicy procesowi, zobowiązany jest do ochrony wymienionych nośników przed utratą ich poufnego charakteru. Warto dodać, iż doradcy powinni również przedsięwziąć wszelkie szczególne środki w zakresie archiwizacji danych.

Obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie jest ograniczony w czasie, ma zatem charakter bezwarunkowy i bezterminowy. Wydaje się uzasadniony pogląd, że obowiązek ten trwa również po zaprzestaniu wykonywania zawodu, a więc po wykreśleniu z listy doradców podatkowych. W innym przypadku mogłoby dochodzić do nadużyć w postaci bezprawnych nacisków na doradcę podatkowego lub zmuszania do rezygnacji z zawodu w celu uzyskania informacji objętych tajemnicą zawodową. Obowiązek dochowania tajemnicy zawodowej doradców podatkowych ma również charakter bezwzględny, co oznacza, że ustawodawca nie przewidział możliwości zwolnienia z tego obowiązku, z wyjątkiem informacji udostępnianych na podstawie przepisów ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz o finansowaniu terroryzmu w zakresie określonym tymi przepisami²³. W przypadku procedury podatkowej art. 196 § 2 o.p. przewiduje, iż świadek może odmówić odpowiedzi na pytania, gdy odpowiedź mogłaby narazić jego lub jego bliskich na odpowiedzialność karną, karną skarbową albo spowodować naruszenie obowiązku zachowania ustawowo chronionej tajemnicy zawodowej. Przywołany przepis nakłada na doradcę

²² D. Szczygiel, *Zasady Etyki Doradców Podatkowych...*, *op. cit.*, s. 85.

²³ Dz.U. z 2014 r., poz. 455.

podatkowego etyczno-moralny obowiązek odmowy odpowiedzi na pytanie, które wkracza bezpośrednio lub pośrednio w sferę wiedzy, którą nabył w związku z wykonywaniem obowiązków zawodowych. Doradca podatkowy nie może zeznawać w charakterze świadka również co do faktów, o których dowiedział się podczas udzielania pomocy prawnej, nawet jeżeli byłoby to w interesie klienta i gdyby zgodę na to wyraził sam klient. Nie wolno również zgłaszać dowodu z przesłuchania innego doradcy podatkowego w charakterze świadka na okoliczność znaną w związku z wykonywaniem zawodu.

W postępowaniu podatkowym, tak jak w postępowaniu administracyjnym i cywilnym, nie ma możliwości zwolnienia doradcy podatkowego przesłuchiwanego w charakterze świadka z obowiązku zachowania tajemnicy. Skorzystanie z tzw. prawa milczenia jest możliwe po powołaniu się na podstawę prawną tj. art. 37 u.d.p. Sytuacja wygląda nieco inaczej w przypadku procedury karnej. Analiza kodeksowych przepisów postępowania karnego wyjątkowo dopuszcza możliwość zwolnienia z tajemnicy, o ile jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może zostać udowodniona na podstawie innego dowodu. W związku z treścią art. 113 § 1 ustawy z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy²⁴ powyższy przepis znajdzie również zastosowanie do postępowania karnoskarbowego. W przedmiocie omawianego zagadnienia stanowisko zajęła Komisja ds. Etyki Krajowej Rady Doradców Podatkowych²⁵. Zdaniem jej członków odmowa złożenia zeznań nie stanowi przestępstwa sankcjonowanego przez kodeks karny, jednakże bezpodstawne lub uporczywe uchylanie się od złożenia zeznań lub wydania przedmiotu może spowodować nałożenia na doradcę podatkowego kary pieniężnej albo aresztu na czas nieprzekraczający 30 dni. Komisja ds. Etyki Krajowej Rady Doradców Podatkowych zarekomendowała więc, by doradcy podatkowi, wobec których sąd lub prokurator uchyli obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej, składali zeznania w postępowaniu karnym²⁶. Podobne zasady dotyczą również adwokatów i radców prawnych. Nie da się ukryć, że współczesny pogląd na zagadnienia tajemnicy zawodowej profesjonalnych pełnomocników różni się znacząco od tego, który dominował kilka lat temu. Zauważa się, że zakres tajemnicy zawodowej w zawodach prawniczych oraz jej faktyczne znaczenie ulegają systematycznemu ograniczeniu. Dobitnie o tym zaświadcza zmiany w stanie prawnym, jak i praktyka, która z tychże zmian odczeka korzysta²⁷.

V. Wolność słowa pełnomocników procesowych stanowi przejaw idei wolności słowa w najszerszym rozumieniu i zastosowaniu tego pojęcia, mimo iż ograniczonym do sfery, w której zawodowo obraca się adwokat, radca prawny czy doradca podatkowy. Wolność słowa i pisma stanowi standard wykonywania profesji zaliczanych do zawodów zaufania publicznego, jednocześnie znacząco wpływa na niezależność profesjonalnych pełnomocników, która wydaje się niezbędna dla właściwego wykonywania przez nich ustawowych obowiązków. Na szczególną uwagę zasługuje dyrektywa wymieniona w art. 3 zasad etyki, która stanowi o kierowaniu się dobrem swoich klientów. Wolność słowa i pisma

²⁴ Dz.U. z 1999 r., Nr 83 poz. 930.

²⁵ <https://krp.pl/posiedzenie.php/uchwala/461>, dostęp: 15.07.2015.

²⁶ D. Strzelec, [w:] A. Mariański (red.), *Ustawa o doradztwie podatkowym...*, *op. cit.*, s. 146.

²⁷ J. Naumann, *Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności zawodu...*, *op. cit.*, s. 209.

przy wykonywaniu zawodu niewątpliwie jawi się jako jedna z gwarancji ochrony interesów klienta. Istotnym uprawnieniem zawodu doradcy podatkowego jest zatem immunitet materialny, zgodnie z którym doradca podatkowy korzysta – przy wykonywaniu czynności zawodowych – z wolności słowa i pisma w granicach określonych przepisami prawa i rzeczową potrzebą (art. 37a ust. 1 u.d.p.). Wolność słowa i pisma dotyczy wszelkich czynności objętych pomocą prawną. W konsekwencji naturalnej symetrii jaka istnieje między uniwersalną wartością wolności słowa, rozważaną z perspektywy potrzeb funkcjonowania demokracji a dobrami osobistymi, prawo do wolności słowa pełnomocnika procesowego doznaje określonych ograniczeń.

Ustawodawca przyznał doradcy podatkowemu immunitet materialny jedynie w odniesieniu do wykonywanych przez niego czynności zawodowych. Co do zasady, doradca podatkowy nie może w swych wypowiedziach naruszać prawa. Jeżeli się tego dopuści, popełnia przestępstwo zniewagi lub zniesławienia wobec osób enumeratywnie wskazanych w art. 37a ust. 2 u.d.p., czyli strony, jej pełnomocnika, świadka, biegłego albo tłumacza (sytuacja jest analogiczna w odniesieniu do radców prawnych, natomiast w przypadku adwokatów obejmuje dodatkowo obrońcę oraz kuratora). Interpretowany przepis precyzuje, że czyn zniewagi lub zniesławienia jest ścigany z oskarżenia prywatnego, lecz nie w postępowaniu karnym, a wyłącznie w postępowaniu dyscyplinarnym.

Wskazany immunitet nie chroni jednak doradcy podatkowego od odpowiedzialności cywilnej z powodu naruszenia dóbr osobistych. Sąd Najwyższy podniósł, że przepis o immunitecie nie tylko eliminuje odpowiedzialność karną, ale i wyznacza granicę bezprawności, stanowiąc podstawę kwalifikacji zachowania profesjonalnego pełnomocnika naruszającego przy wykonywaniu zawodu cudze dobro osobiste²⁸. W uzasadnieniu wyroku potwierdzono również, że pełnomocnik nie ma obowiązku weryfikacji faktów i twierdzeń podanych przez klienta i nie ponosi odpowiedzialności za ich zgodność z prawdą, ale powinien rozważyć, czy nie wzbudzają one oczywistych wątpliwości, gdyż samo powoływanie się na dyspozycje klienta nie zwalnia pełnomocnika z odpowiedzialności. Sąd Najwyższy, podtrzymując regułę ogólną mówiącą o tym, że pełnomocnicy nie odpowiadają za zgodność z prawdą informacji przekazywanych im przez klientów wskazał równocześnie, iż doradca podatkowy *pro domo sua* powinien każdorazowo dokonywać wstępnej weryfikacji faktów i twierdzeń w przypadku, gdy ich zgodność z prawdą budzi uzasadnione wątpliwości. Warto jednakże podkreślić, iż linia orzecznicza zarówno polskich sądów, jak i trybunałów europejskich, nie jest w tym zakresie jednolita²⁹, odnosi się to w szczególności do oceny przekraczania granic rzeczowej potrzeby. Niemniej jednak, takie cechy jak rozważa, umiar i oględność w formułowaniu ocen przez profesjonalnego pełnomocnika są jak najbardziej pożądane.

VI. Kierowanie się dobrem klienta nie posiada waloru wartości najwyższej. Mimo to ustawodawca nałożył na doradców podatkowych w toku postępowania podatkowego szereg obowiązków i uprawnień, które mają umożliwić im działanie w interesie klienta przy uwzględnieniu szczególnego rodzaju stosunku łączącego go z klientem, opartym na zasadzie

²⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 kwietnia 2006 r., sygn. akt IV CSK 2/06 (LEX 190523).

²⁹ G. Bajorek, *Mecenas ma głos, czyli o ograniczeniach swobody wypowiedzi przysługującej adwokatom na podstawie najnowszego orzecznictwa strasburskiego*, „Palestra” 2010, nr 7–8, s. 106 i nast.

zaufania i lojalności³⁰. Z zastrzeżeniem odpowiedniego przestrzegania wszelkich przepisów prawa i etyki zawodowej, doradca podatkowy ma obowiązek działania w najlepszym interesie swojego klienta. Przepisy zasad etyki określają granice ochrony interesów klienta, do których należą: uczciwość, godność i dobre obyczaje (art. 3 ust. 1), zasady etyki i godność zawodu (art. 2 ust. 2 i art. 3 ust. 2), niezależność i podleganie jedynie przepisom prawa i zasadom etyki (art. 5 ust. 1)³¹. Wydaje się oczywiste, że doradca podatkowy, podejmując się prowadzenia sprawy, powinien każdorazowo poinformować klienta o przebiegu postępowania i jego wyniku oraz o przysługujących środkach odwoławczych. Z zawodem doradcy podatkowego, jako zawodem zaufania publicznego, związany jest obowiązek działania w interesie osób, które zamierzają skorzystać z pomocy profesjonalisty. Doradca podatkowy jest więc zobligowany podjąć każdą sprawę niezależnie od poziomu skomplikowania sytuacji, w jakiej znajduje się klient. W razie czasowej niemożności prowadzenia sprawy powinien zapewnić zastępstwo, po to by interesy klienta nie zostały naruszone. Przypadek taki dotyczy zarówno stawiennictwa na rozprawach przed sądami administracyjnymi, jak i w trakcie postępowania odwoławczego, jeżeli podatkowy organ odwoławczy zarządzi jej przeprowadzenie, a także poszczególnych czynności procesowych w trakcie postępowania, np. przesłuchania świadka, zapoznania z materiałem dowodowym w trybie art. 200 o.p., uczestnictwa w oględzinach czy przesłuchania biegłego³². Co równie ważne, doradcy podatkowi nie zostali zobligowani przez ustawodawcę – tak jak adwokaci i radcowie prawni – do unikania publicznego demonstrowania swego osobistego stosunku do klienta, osób bliskich klientowi oraz innych osób uczestniczących w postępowaniu, jednakże wydaje się, iż powaga zawodu doradcy podatkowego wymaga, aby jego zachowanie było w każdej sytuacji odpowiednie. Doradca podatkowy, podobnie jak adwokat i radca prawny, musi przestrzegać również zasad obowiązujących przed sądem, urzędem lub inną instytucją, przed którą występuje. Nieodpowiednie zachowanie narusza godność wykonywania zawodu i może skutkować pociągnięciem do odpowiedzialności dyscyplinarnej. Takie same zasady stosuje się także w relacjach z organami administracji podatkowej. Natomiast normami etycznymi o charakterze szczególnym są zasady dotyczące stosunków pomiędzy doradcami podatkowymi. Doradcę podatkowego obowiązuje zakaz publicznego wypowiadania się oraz formułowania negatywnych opinii wartościujących o osobie i działaniach podejmowanych w związku z wykonywaniem zawodu przez innego doradcę podatkowego. Ponadto, doradca podatkowy powinien współdziałać w przestrzeganiu przez członków Krajowej Izby Doradców Podatkowych zasad etyki zawodowej oraz godności zawodu. W tym celu może skorzystać z uprawnień do zwrócenia uwagi na określony problem, a także wystosowania skargi do odpowiednich organów samorządu zawodowego za uprzednim powiadomieniem doradcy podatkowego, którego ona dotyczy.

VII. Szczególnym rodzajem odpowiedzialności dyscyplinarnej jest odpowiedzialność członków samorządów zawodowych. W związku z tym, że podstawowym zadaniem samorządów jest sprawowanie pieczy nad należnym wykonywaniem zawodu przez ich członków, typowymi znamionami deliktów, jakich mogą się oni dopuścić, są naruszenie obowiązków

³⁰ H. Izdebski, [w:] P. Skuczyński, S. Sykuna (red.), *Leksykon etyki prawniczej*, Warszawa 2013, s. 449–455.

³¹ A. Mariański, *Doradca podatkowy...*, *op. cit.*, s. 22–23.

³² D. Strzelec, [w:] A. Mariański (red.), *Ustawa o doradztwie podatkowym...*, *op. cit.*, s. 131.

zawodowych i nieprzebranie zasad etyki zawodowej³³. W świetle wspomnianego już art. 17 Konstytucji PR pieczę nad należyтым wykonywaniem zawodu doradcy podatkowego, w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony sprawuje samorząd doradców podatkowych. Podstawowym instrumentem służącym realizacji tego obowiązku są środki dyscyplinarne, które właściwe organy samorządu zaufania publicznego mogą stosować wobec osób wykonujących ten zawód w sytuacji naruszenia przez nie prawa lub zasad deontologii zawodowej³⁴.

Charakter odpowiedzialności wynikającej z tytułu przekroczenia granic działania przez doradców podatkowych zależy od rodzaju normy, która na skutek tego działania została naruszona. W doktrynie prawa można spotkać się z poglądem, zgodnie z którym odpowiedzialność doradcy podatkowego prawdopodobnie jest najszerszą z funkcjonujących odpowiedzialności podmiotów wykonujących zawody zaufania publicznego³⁵. Wykonywanie czynności doradztwa podatkowego może wiązać się z odpowiedzialnością: karną, karną skarbową, cywilnoprawną, administracyjną, a także dyscyplinarną. Nie jest możliwe omówienie w tym miejscu wszystkich przypadków, dlatego rozważania zostaną ograniczone do jednego z najbardziej charakterystycznych zagadnień z perspektywy niestosowania się do norm etycznych przez doradców podatkowych. Jest to odpowiedzialność dyscyplinarna.

Odpowiedzialność dyscyplinarna doradców podatkowych jest odpowiedzialnością zawodową z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków zawodowych, o czym stanowi art. 64 ust. 1 u.d.p. oraz art. 16 zasad etyki. Od doradcy podatkowego wymaga się zatem, aby przestrzegał przepisów prawa, postanowień zawartych w zasadach etyki, uchwał organów samorządu, kierował się dobrymi obyczajami, przyjętymi przez doradców podatkowych, a także dochował przysięgi składanej przed wpisem na listę doradców podatkowych³⁶.

Doradca podatkowy ponosi odpowiedzialność dyscyplinarną za naruszenie zasad etyki lub uchybienie godności zawodu przy prowadzeniu działalności zawodowej. Warto podkreślić, że w obszarze zainteresowania organów dyscyplinarnych znajdują się, co do zasady, zachowania i czyny zaistniałe w związku z wykonywaniem zawodu. Nie oznacza to jednak, że przedmiotem oceny deontologicznej są wyłącznie takie przypadki. Wydaje się, iż czyny, powszechnie uznawane za hańbiące, mogą być podstawą wszczęcia postępowania dyscyplinarnego, nawet jeśli nie stoją w bezpośrednim związku z zawodem. Niezależnie od sytuacji, zachowanie naganne godzi w wizerunek doradcy podatkowego, w szczególności gdy osoba pełnomocnika jest powszechnie kojarzona z doradztwem podatkowym. Należy zaznaczyć, iż doradca podatkowy nie może być pociągnięty do odpowiedzialności dyscyplinarnej za czyn, który popełnił przed wpisaniem go na listę doradców podatkowych lub uzyskaniem statusu kandydata na doradcę podatkowego. Jednakże nie jest tak, że dokonanie takiego

³³ R. Giętkowski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna w prawie polskim*, Gdańsk 2013, s. 74.

³⁴ S. Sadocha, [w:] A. Mariański (red.), *Ustawa o doradztwie podatkowym...*, *op. cit.*, s. 224.

³⁵ A. Mariański, *Zasady prowadzenia ksiąg przez doradcę podatkowego w świetle jego obowiązków oraz odpowiedzialności*, „Przegląd Podatkowy” 2006, nr 12, s. 48 i nast.

³⁶ J. Wojnowski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna doradcy podatkowego*, „Biuletyn Skarbowy Ministerstwa Finansów” 1998, nr 1, s. 1.

czynu nie niesie za sobą żadnych konsekwencji. Krajowa Rada Doradców Podatkowych może bowiem uznać, że to określone zachowanie z przeszłości sprawia, że kandydat nie posiada nieskazitelnego charakteru i nie daje rękojmi prawidłowego wykonywania zawodu³⁷.

Co równie ważne, doradcy podatkowi ponoszą odpowiedzialność dyscyplinarną również za nieprzestrzeganie obowiązków wynikających z: art. 7 ust. 7 u.d.p., który dotyczy zawiadomienia Krajowej Rady Doradców Podatkowych o zmianie istotnych danych identyfikacyjnych, art. 30 u.d.p., zgodnie z którym konieczne jest złożenie dokumentów rejestrowych i korporacyjnych spółki doradców podatkowych, art. 31 ust. 1 u.d.p., który stanowi o konieczności zawiadomienia Krajowej Rady Doradców Podatkowych o zmianie sposobu wykonywania czynności doradztwa podatkowego, a także art. 44 ust. 1 u.d.p., art. 44a u.d.p. i 44b ust. 1 u.d.p., w których mowa o konieczności prawidłowego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Odpowiedzialność dyscyplinarną ponoszą również doradcy podatkowi wchodzący w skład zarządów spółek doradztwa podatkowego za następujące zaniechania: nieprzestrzeganie obowiązków, o których mowa w art. 14 ust. 5 u.d.p. tj. niedopełnienie obowiązku zawiadomienia Krajowej Rady Doradców Podatkowych o zmianach danych spółki; naruszenie zasad prowadzenia reklamy określonych w art. 38 ust. 3 u.d.p.; niedopełnienie obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia w zakresie i na warunkach określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 46 u.d.p., wynikającego z art. 44 ust. 3 u.d.p. oraz wykonywanie czynności doradztwa podatkowego w czasie braku ochrony ubezpieczeniowej, o czym stanowi art. 44b ust. 2 u.d.p.

Ustawodawca w art. 64 ust. 2 u.d.p. zawarł enumeratywny katalog kar dyscyplinarnych stosowanych wobec doradców podatkowych, do którego należą: upomnienie, nagana, zawieszenie prawa do wykonywania zawodu na okres od 6 miesięcy do lat 3, pozbawienie prawa wykonywania zawodu. Warto dodać, że wymierzenie kary pozbawienia prawa wykonywania zawodu pociąga za sobą skreślenie z listy doradców podatkowych. Nie ulega wątpliwości, że odpowiedzialność dyscyplinarna jest odpowiedzialnością typu represyjnego, gdyż kary dyscyplinarne stanowią dolegliwość dla osób ukaranych³⁸, choć dolegliwość ta nie jest celem samym w sobie, ma służyć bowiem prawidłowemu wykonywaniu powierzonych zadań. W doktrynie prawa zgłaszane są postulaty *de lege ferenda*, dotyczące wprowadzenia do tego katalogu kar pieniężnych, tak bardzo charakterystycznych dla postępowań dyscyplinarnych wszczynanych wobec członków zawodowych. Pogląd ten uzasadniany jest doświadczeniami innych grup zawodowych, w tym przede wszystkim samorządu adwokackiego, z których wynika, że jest to niezwykle skuteczny środek dyscyplinujący³⁹. Nie sposób pominąć faktu, iż pociągnięcie do odpowiedzialności dyscyplinarnej nie wyłącza orzekania wobec doradcy podatkowego innych kar i stosowania dodatkowych sankcji w przypadku, gdy jego czyn stanowi równocześnie podstawę do pociągnięcia go do odpowiedzialności na podstawie przepisów prawa cywilnego, administracyjnego, a także karnego, karnego skarbowego czy prawa wykroczeń.

³⁷ D. Szczygiel, *Zasady Etyki Doradców Podatkowych...*, *op. cit.*, s. 73–74.

³⁸ A. Bojańczyk, *Z problematyki relacji między odpowiedzialnością dyscyplinarną i karną (na przykładzie odpowiedzialności dyscyplinarnej zawodów prawniczych)*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 9, s. 25–27.

³⁹ R. Giętkowski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna w prawie polskim*, *op. cit.*, s. 74.

VIII. Podczas swojej działalności zawodowej doradca podatkowy może spotkać się z różnymi problemami etycznymi, związanymi z faktem funkcjonowania w konglomeracie pomiędzy klientami, organami administracji publicznej, sądami i innymi instytucjami, przed którymi występuje on w interesie swojego klienta lub działa w jego imieniu. Etyczne granice działań doradców podatkowych w sprawach podatkowych wyznaczone są przez Zasady Etyki Doradców Podatkowych, a w pewnym stopniu także przez ustawę o doradztwie podatkowym. Wszystkie dyrektywy, zarówno te ustawowe, jak i te wynikające z zasad etyki, mają stanowić gwarancję prawidłowego reprezentowania interesów klienta przez osoby wykonujące zawody zaufania publicznego. Przedstawiciele wolnych i niezależnych zawodów zaufania publicznego, jak powszechnie wiadomo, dla działania na rzecz klienta wymagają zaufania zarówno w aspekcie publicznym, jak i w indywidualnej relacji profesjonalisty z jego klientem, co wynika ze szczególnego, bardzo osobistego charakteru wartości (dóbr) o zasadniczym znaczeniu dla osób korzystających z usług w sferze zawodów zaufania publicznego.

Przekroczenie etycznych granic prawidłowego reprezentowania interesów klienta może doprowadzić po stronie doradcy podatkowego do odpowiedzialności dyscyplinarnej. Jego sytuacja w tym względzie nie różni się zbytnio od odpowiedzialności ponoszonej przez innych profesjonalnych pełnomocników. Wydaje się, że zawód doradcy podatkowego podlega ciągłym zmianom. Od czasu wprowadzenia zawodu doradcy podatkowego ustawa o doradztwie podatkowym podlegała parokrotnej nowelizacji, rozbudowano również zasady etyki zawodowej doradców podatkowych. Zmiany te są bardzo dynamiczne, dodatkowo w sposób istotny wzmocniają poczucie odpowiedzialności związane z wykonywaniem zawodu doradcy podatkowego⁴⁰.

W piśmiennictwie wskazuje się, że pomimo istnienia ogólnego mechanizmu kontroli nieetycznych działań profesjonalnych pełnomocników w postaci sądownictwa dyscyplinarnego, w przypadku spraw podatkowych mechanizm ten często okazuje się niewystarczający. Ma to swoje źródło w charakterze postępowań podatkowych, w trakcie których naruszenie norm etycznych przez profesjonalnego pełnomocnika jest z reguły bądź inspirowane przez klienta, bądź odbywa się za jego zgodą. W takich przypadkach klient nie czuje się pokrzywdzony z tytułu podjętych działań. Można zaryzykować stwierdzenie, że wydają się one dla niego korzystne. Jest mało prawdopodobne, żeby zdecydował się na poinformowanie właściwych organów samorządu doradców podatkowych o naruszeniu przez określonego doradcę podatkowego norm etycznych.

Na koniec należy stwierdzić, że zasady etyki doradców podatkowych pełnią rolę szczególną – wyznaczają granice działania doradców podatkowych, mówią także jak postępować, wykonując odpowiedzialny zawód prawnika i uprawiając to, co starożytni Rzymianie określali jako *ars boni et aequi*. Istnienie zasad etyki doradców podatkowych jest korzystne dla tej grupy zawodów zaufania publicznego. Zasady te, tak samo jak podnoszenie kwalifikacji zawodowych czy przestrzeganie tajemnicy zawodowej, stanowią gwarancję profesjonalizmu usług świadczonych przez doradców podatkowych. Normy etyczne są tym, co odróżnia doradców podatkowych od osób, które doradztwem podatkowym zajmują się nieprofesjonalnie. Obowiązywanie tych norm jest oznaką tego, że klient, korzystający z usług

⁴⁰ T. Michalik, [w:] A. Mariański (red.), *Ustawa o doradztwie podatkowym...*, *op. cit.*, s. 14.

profesjonalnego pełnomocnika, ma prawo oczekiwać wysokiego standardu tych usług i że usługa zostanie wykonana uczciwie, profesjonalnie i z pełnym uwzględnieniem jego interesów. Ponadto, kodeksy etyczne mają za zadanie ujedynolnić, ustandaryzować jakość usług świadczonych przez danyh profesjonalnych pełnomocników⁴¹, co również jest w interesie samych doradców podatkowych i bez wątpienia przyczynia się do pozytywnego postrzegania ich w oczach klientów i społeczeństwa.

The ethical boundaries of tax advisors in tax proceedings

S u m m a r y

The following article touches upon the issue of ethical boundaries of tax advisors who are professional legal representatives in tax proceedings. The main problem is the indication of the boundaries of proper representation of the client, based on the directives included in the Polish Legal Act on Tax Advisors as well as on the rules of their professional ethics and due to ethical and moral standards approved by the society. The Author wanted to prove that a tax advisor should act in accordance with the best interest of the client, regardless of the situation, and should undergo the client's pressure of undertaking such legal steps and measures, which could successfully end the tax proceeding but would be against the law and ethical rules that are binding for the tax advisor. The Author defines the field of the tax advisors' activity as highly specific as it involves significant property interest of their clients. She comes to conclusion that the applicability of ethical norms in the profession of tax advisor implies that a client using services of such professional proxy has a right to expect high standard of services and to demand that the service itself would be performed fairly, professionally and with highest regard to his interests. The main thesis of this article is the statement that acting in accordance with and abiding by the applicable ethical standards guarantees the highest standard of tax advisors' services and is the best form of advertisement for them.

⁴¹ A. Dmowski, *Etyczne granice działań pełnomocników profesjonalnych w sprawach podatkowych i karnoskarbowych*, „Doradztwo podatkowe” 2015, nr 1, s. 14–28.

POLITYKA HUMANITARNA W UNII EUROPEJSKIEJ

1. Wstęp

Katalog krajów i regionów korzystających z pomocy humanitarnej Unii Europejskiej (UE) pokrywa się z listą punktów zapalnych na świecie. Nie ma tu zatem znaczenia czy klęskę wywołały naturalne żywioły, czy została spowodowana przez człowieka. Należy zadać raczej pytanie, w jaki sposób UE dąży do jak najszybszego udzielenia pomocy ofiarom, niezależnie od ich rasy, wyznania czy poglądów politycznych ich rządów? Zaznaczyć tu należy, iż rządy państw i podmioty niepaństwowe ignorują podstawową ochronę zapewnianą przez międzynarodowe prawo humanitarne, ograniczając możliwości pomocy¹. Pomoc humanitarna UE udzielana jest przez Departament ds. Pomocy Humanitarnej (*European Community's Humanitarian Aid Office* – ECHO²).

Od chwili powstania w 1992 r. ECHO podjął działania w ponad 100 krajach na całym świecie, zapewniając podstawowy sprzęt i awaryjne dostawy dla ofiar kryzysów. Finansuje np. ekipy medyczne, ekspertów zajmujących się rozbrajaniem min, transport i komunikację, pomoc żywnościową oraz wsparcie logistyczne. ECHO współpracuje z partnerami wdrażającymi pomoc, organizacjami pozarządowymi, agencjami Organizacji Narodów Zjednoczonych, Czerwonym Krzyżem i Czerwonym Półksiężycem³. Podstawą prawną udzielenia przez UE⁴ pomocy humanitarnej jest Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁵ oraz Rozporządzenie Wspólnoty Europejskiej (WE) z dnia 18 grudnia 2006 r. ustanawiające instrument finansowania współpracy na rzecz rozwoju⁶, a także Rozporządzenie WE z dnia 20 czerwca 1996 r. dotyczące pomocy humanitarnej⁷.

* Absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu oraz Wydziału Nauk Społecznych Toruńskiej Szkoły Wyższej w Toruniu. Słuchacz seminariów doktorskich nauk prawnych w Wyższej Szkole Bankowej w Gdyni.

¹ Komisja Europejska, Sprawozdanie ogólne dotyczące działalności Unii Europejskiej 2010, 2011, s. 103.

² Biuro Pomocy Humanitarnej Wspólnoty Europejskiej, mające na celu ochronę organizacji wsparcia Unii Europejskiej dla regionów słabiej rozwiniętych. Aktualnie ECHO pracuje nad ułatwianiem i dostarczaniem pomocy humanitarnej UE. Powstało w 1992 r.

³ A. Zygierewicz, *Pomoc humanitarna Unii Europejskiej*, INFOS 2009, nr 12, s. 1–2.

⁴ Zaznaczyć tu należy, iż Unia Europejska nie działa w obszarze pomocy humanitarnej sama. UE realizuje współpracę z ONZ poprzez Departament Pomocy Humanitarnej ECHO, działający w ramach Komisji Europejskiej. Unia współpracuje ze Zgromadzeniem Ogólnym ONZ oraz z Radą Gospodarczą i Społeczną NZ (ECOSOC), a także z Biurem Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. Uchodźców (UNHCR).

⁵ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z dnia 30 marca 2010 r., C 83 / 142 PL.

⁶ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1905/2006 z dnia 18 grudnia 2006 r. ustanawiające instrument finansowania współpracy na rzecz rozwoju.

⁷ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) z dnia 20 czerwca 1996 r., nr 1257/96 Dz. Urz. UE L z dnia 2 lipca 1996 r. dotyczące pomocy humanitarnej.

2. Cele i ogólne zasady udzielenia pomocy humanitarnej

Tezę o prawno-międzynarodowym obowiązku niesienia pomocy humanitarnej uzasadnia się, analizując umowy międzynarodowe o charakterze powszechnym. Wśród nich na szczególną uwagę zasługuje Karta Narodów Zjednoczonych⁸ będąca najbardziej powszechnym dokumentem międzynarodowym. Zgodnie z art. 1 pkt. 3 Karty Narodów Zjednoczonych, ONZ ma „(...) rozwiązywać w drodze współpracy międzynarodowej zagadnienia międzynarodowe o charakterze gospodarczym, społecznym i kulturalnym lub humanitarnym, jak również popierać i zachęcać do poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności dla wszystkich bez względu na różnice rasy, płci, języka lub wyznania”⁹. Obowiązek współdziałania z innymi członkami społeczności międzynarodowej (między innymi podczas akcji humanitarnych) spoczywa na wszystkich członkach ONZ, co zostało uregulowane w art. 2 pkt. 5 Karty Narodów Zjednoczonych, który brzmi: „(...) wszyscy członkowie organizacji powinni okazywać jej wszelką pomoc w akcjach podjętych zgodnie z Kartą”.

Międzynarodowa odpowiedzialność humanitarna jest omawiana również poza Narodami Zjednoczonymi. Jedną z organizacji międzynarodowych zajmującą się tą kwestią jest Unia Europejska (UE)¹⁰. Podstawę prawną polityki Unii w zakresie niesienia pomocy poza jej granicami stanowią zapisy Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE) (Traktat Rzymski z dnia 25 marca 1957 r., po późniejszych zmianach), a w szczególności Tytuł XX Traktatu o brzmieniu „Współpraca na rzecz rozwoju”. Stwierdzono w nim m.in., że polityka Wspólnoty w tym zakresie jest uzupełnieniem pozostałych polityk. Ma ona sprzyjać „(...) trwałemu rozwojowi gospodarczemu i społecznemu krajów rozwijających się, a w szczególności najmniej uprzywilejowanym spośród nich; harmonijnemu i stopniowemu włączaniu krajów rozwijających się do gospodarki światowej; walce z ubóstwem w krajach rozwijających się” (art. 177)¹¹. Wspólnota była zaangażowana w niesienie pomocy

⁸ Karta Narodów Zjednoczonych została podpisana w San Francisco 26 czerwca 1945 r., na zakończenie Konferencji Narodów Zjednoczonych w sprawie Organizacji Międzynarodowej i weszła w życie 24 października 1945 r. Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości stanowi integralną część Karty. Trzykrotnie dokonywano zmian w postanowieniach Karty: w dniu 17 grudnia 1963 r. w odniesieniu do art. 23, 27 i 61 (poprawki weszły w życie w dniu 31 sierpnia 1965 r.), w dniu 20 grudnia 1965 r. w odniesieniu do art. 109 (poprawka weszła w życie w dniu 12 czerwca 1968 r.), w dniu 20 grudnia 1971 r. w odniesieniu do art. 61 (poprawka weszła w życie w dniu 24 września 1973 r.). Polska ratyfikowała Kartę w dniu 16 października 1945 r., a dokument ratyfikacyjny został złożony Rządowi Stanów Zjednoczonych Ameryki w dniu 24 października 1945 r. i w tym dniu Karta weszła w życie w stosunku do Polski. Poniższy tekst został zawarty w Dz.U. z 1947 r., nr 23, poz. 90; kolejne poprawki: Dz.U. z 1966 r., nr 7, poz. 41; Dz.U. z 1974 r., nr 3, poz. 20.

⁹ Art. 1 pkt. 3 Karty Narodów Zjednoczonych z dnia 26 czerwca 1945 r., Dz.U. z 1974 r., nr 3, poz. 20.

¹⁰ Unia Europejska (skrót w języku polskim: UE) – gospodarczo-polityczny związek demokratycznych państw europejskich. Unia Europejska powstała 1 listopada 1993 r. na mocy podpisanego 7 lutego 1992 r., Traktatu z Maastricht, jako efekt wieloletniego procesu integracji politycznej, gospodarczej i społecznej.

¹¹ Traktat o Unii Europejskiej i Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 115, 9 maja 2008 r. Dz.U.UEC306 (Niniejsza publikacja zawiera wersje skonsolidowane Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, uwzględniające zmiany wprowadzone Traktatem z Aten, podpisanym w dniu 16 kwietnia 2003 r. Zawiera ona także wszelkie protokoły załączone do Traktatów, w wersji wynikającej z Aktu Przystąpienia z 2003 r. Dz. Urz. UE C 321 E z 29.12.2006 r.).

na całym świecie już w latach sześćdziesiątych XX w. Jednakże ze względu na stale podwyższającą się skalę podejmowanych działań niezbędne było określenie zasad działalności Unii. Obecnie kwestię tę reguluje Rozporządzenie Rady Unii Europejskiej z dnia 20 czerwca 1996 r. dotyczące niesienia pomocy humanitarnej przez Unię. Stwierdzono w nim m.in., że gdziekolwiek ludzie znajdują się w niebezpieczeństwie, są ofiarami klęsk żywiołowych wojen i konfliktów albo innych podobnych, nadzwyczajnych okoliczności, mają prawo do międzynarodowej pomocy humanitarnej, jeśli ich własne władze nie są zdolne efektywnie im jej zapewnić. Wśród umów międzynarodowych o charakterze powszechnym, zaprezentowano problem reagowania na kryzysy humanitarne w warunkach konfliktów zbrojnych. Do takiej sytuacji odnoszą się konwencje genewskie z 1949 r.¹² wraz z I Protokołem Dodatkowym. W szczególności czwarta konwencja genewska zobowiązuje strony walczące do podjęcia wszelkich możliwych kroków w celu zaspokojenia przynajmniej podstawowych potrzeb życiowych ludności cywilnej zamieszkującej obszar przez nią kontrolowany (art. 47–78). W myśl konwencji okupant ma obowiązek zapewnić zaopatrzenie ludności w leki i wyżywienie. W przypadku, gdy z jakichś przyczyn nie jest to możliwe, ma on obowiązek wyrażenia zgody na przeprowadzenie akcji pomocy z zewnątrz, a także ułatwić jej przeprowadzenie. Z przytoczonych przykładów wynika, że na społeczności międzynarodowej spoczywa obowiązek niesienia pomocy humanitarnej. Realizacja tego obowiązku odbywa się na cztery sposoby. Po pierwsze, państwa przekazują odpowiednie sumy organizacjom i agendum międzynarodowym o charakterze międzyrządowym, powołanym do reagowania na kryzysy humanitarne. Po drugie, państwa na własną rękę przekazują potrzebującym środki finansowe lub materialne na rzecz rozwiązywania problemów (pomoc bilateralna). Po trzecie, rządy państw udzielają dotacji organizacjom pozarządowym w celu przeprowadzania akcji pomocowych. Po czwarte, organizacje pozarządowe dzięki reakcji opinii publicznej i wpływom od osób prywatnych niosą pomoc ofiarom kryzysów.

Działania Unii i Państw Członkowskich wzajemnie się uzupełniają i wzmacniają. Polityka Unii w dziedzinie współpracy na rzecz rozwoju jest prowadzona zgodnie z zasadami i celami działań zewnętrznych Unii. Głównym celem polityki Unii w tej dziedzinie jest zmniejszenie, a docelowo likwidacja ubóstwa. Przy realizacji polityk, które mogłyby mieć wpływ na kraje rozwijające się, Unia bierze pod uwagę cele współpracy na rzecz rozwoju. Unia i Państwa Członkowskie szanują zobowiązania i uwzględniają cele, na które wyraziły zgodę w ramach Organizacji Narodów Zjednoczonych i innych właściwych organizacji międzynarodowych (art. 208 dawny art. 177 TWE). Parlament Europejski i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, przyjmują środki niezbędne w celu realizacji polityki w dziedzinie współpracy na rzecz rozwoju, które mogą dotyczyć wieloletnich programów współpracy z krajami rozwijającymi się lub programów tematycznych. Dążąc do zwiększenia komplementarności i skuteczności swoich działań, Unia i Państwa

¹² Konwencja genewska o polepszeniu losu chorych i rannych w armiach czynnych, podpisana dnia 27 lipca 1929 r. Ratyfikowana zgodnie z ustawą z 28 stycznia 1932 r. – Dz.U. R. P. Nr. 24, poz. 79). Zawiera szereg umów z zakresu prawa międzynarodowego i pomocy humanitarnej podpisanych w Genewie w Szwajcarii, będący częścią międzynarodowego prawa humanitarnego. Pierwsza z Konwencji była rezultatem działalności i zabiegów politycznych Henriego Dunanta. Można spotkać się także z pojęciem „prawa genewskiego”, czyli prawa opartego na tych konwencjach.

Członkowskie koordynują swoje polityki w dziedzinie współpracy na rzecz rozwoju i konsultują się wzajemnie, co do swych programów pomocy, w tym w organizacjach międzynarodowych i podczas konferencji międzynarodowych. Mogą one podejmować wspólne działania. Państwa Członkowskie w razie potrzeby przyczyniają się do wykonania programów pomocy Unii (art. 210 dawny art. 180 TWE). Działania te mają na celu niesienie doraźnej pomocy i opieki dla ludności w państwach trzecich, która stała się ofiarą klęsk żywiołowych lub katastrof spowodowanych przez człowieka, oraz jej ochronę, w celu sprostania potrzebom humanitarnym, wynikającym z takich różnych sytuacji. Akcje pomocy humanitarnej prowadzone są zgodnie z zasadami prawa międzynarodowego oraz zasadami bezstronności, neutralności i niedyskryminacji. W celu ustanowienia ram wspólnego wkładu młodych Europejczyków w akcje pomocy humanitarnej Unii, ustanawia się Europejski Ochotniczy Korpus Pomocy Humanitarnej. Parlament Europejski i Rada, stanowiąc w drodze rozporządzeń zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, określają status i warunki działania Korpusu. Komisja może podjąć każdą użyteczną inicjatywę na rzecz lepszej koordynacji działań Unii i Państw Członkowskich, zmierzającą do zwiększenia skuteczności i poprawy komplementarności unijnych i krajowych środków pomocy humanitarnej. Unia zapewnia koordynację i zgodność podejmowanych przez nią akcji pomocy humanitarnej z akcjami podejmowanymi przez organizacje i organy międzynarodowe, w szczególności te, które wchodzi w skład systemu Organizacji Narodów Zjednoczonych (art. 214 TWE).

Ogólne zasady świadczenia pomocy humanitarnej zostały spisane w konsensusie europejskim w sprawie pomocy humanitarnej¹³. Określa on wspólną wizję i cele, które kierują działaniami UE w zakresie pomocy humanitarnej, zarówno na poziomie Komisji Europejskiej, jak i państw członkowskich, a także zasady, jakimi należy kierować się udzielając pomocy. Za zasadę nadrzędną uznano poszanowanie i ochronę godności wszystkich ofiar. Z tej zasady wynikają inne zasady świadczenia pomocy. Składowymi tej zasady są między innymi: neutralność – tzn. pomoc humanitarna nie może faworyzować żadnej ze strony konfliktu zbrojnego lub innego sporu; bezstronność – tzn. pomoc musi być dostarczona wyłącznie w zależności od potrzeb, bez dyskryminacji między poszczególnymi społecznościami czy wewnątrz danej społeczności, czy też poszanowanie niezależności celów humanitarnych od celów politycznych, gospodarczych wojskowych lub innych. Pomoc humanitarna UE prowadzona jest w ramach ogólnych działań międzynarodowych, które

¹³ Wspólne oświadczenie Rady i przedstawicieli rządów państw członkowskich zebranych w Radzie, Parlamencie Europejskim i Komisji Europejskiej stanowiące Konsensus europejskiej pomocy humanitarnej, Dz.U. UEC 25 z dnia 30 stycznia 2008 r. Na podstawie Konsensusu europejskiego działania Unii Europejskiej (UE) i państw członkowskich kierowane są tak, aby zwiększyć skuteczność operacji niesienia pomocy humanitarnej. Celem pomocy humanitarnej jest ochrona życia i łagodzenie cierpienia ludzkiego w sytuacji kryzysu, będącej wynikiem działania człowieka i katastrofy naturalnej. W związku z tym UE podejmuje działania wspierające rządy i podmioty lokalne w sytuacjach kryzysowych, aby: wspierać, udzielać pomocy doraźnej i chronić ludność w sytuacji kryzysu lub bezpośrednio w jego następstwie, zapewnić swobodne przekazywanie pomocy i dostęp do ludzi znajdujących się w trudnej sytuacji. UE ma największy udział w oficjalnej międzynarodowej pomocy humanitarnej, na którą składają się wspólnotowe i dwustronne wkłady państw członkowskich. Pomoc humanitarna leży w zakresie wspólnych kompetencji UE i jest koordynowana z międzynarodowymi i lokalnymi podmiotami działającymi w dziedzinie pomocy humanitarnej.

łączą Organizację Narodów Zjednoczonych¹⁴, ruch Czerwonego Krzyża (Czerwonego Półksiężycy), pozasamorządowe organizacje humanitarne oraz inne podmioty. Celem ich jest wspieranie działań lokalnych, podejmowanych w odpowiedzi na kryzysy humanitarne. Główną ich odpowiedzialność za ochronę ludności w obliczu katastrofy ponoszą władze krajowe państw znajdujących się w sytuacji kryzysowej¹⁵.

Zasady udzielania pomocy humanitarnej Unii Europejskiej zostały określone w rozporządzeniu Rady WE z dnia 20 czerwca 1996 r. Zgodnie z definicją zawartą w rozporządzeniu pomoc humanitarna Wspólnoty obejmuje akcje niesienia pomocy, akcje ratunkowe i działania ochronne, mające na celu pomoc ludziom w państwach trzecich, szczególnie najbardziej bezbronny spośród nich¹⁶. Pomoc przysługuje osobom w krajach rozwijających się, ofiarom klęsk żywiołowych, katastrof wywołanych działalnością człowieka, np. wojny i konflikty. W wydanym ostatnio komunikacie Komisja Europejska¹⁷ zwraca uwagę na potrzebę intensyfikacji działań na rzecz minimalizowania ryzyka związanego z klęskami żywiołowymi. Dotyczy to krajów rozwijających się, które są najbardziej podatne na ich skutki i mają najmniejszą zdolność do zwalczania ich następstw, co w konsekwencji osłabia ich rozwój.

Pamiętać należy tu, iż Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC) wielokrotnie badał przestrzeganie prawa do życia chronionego przez art. 2 Konwencji praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r., w sytuacji gdy zastosowanie znajdowało również prawo konfliktów zbrojnych. Międzynarodowe prawo humanitarne i międzynarodowe prawa człowieka uzupełniają się nawzajem. Obie dziedziny zmierzają do ochrony jednostki, ale w odmiennych okolicznościach i odmiennymi metodami¹⁸. Prawo konfliktów zbrojnych wymusza nawiązanie do źródeł praw człowieka, aby ocenić stan regulacji mających zastosowanie w danym konflikcie¹⁹. Konwencja praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r.

¹⁴ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament „Building an effective partnership with the United Nations in the fields of Development and Humanitarian Affairs”, COM (2001) 231, Bruksela, 2 maja 2001 r.

¹⁵ *Wspólne oświadczenie Rady i przedstawicieli... , op. cit.*

¹⁶ Pomoc humanitarna świadczona przez Departament ds. Pomocy Humanitarnej UE nie jest kierowana do państw członkowskich Wspólnoty. W sytuacjach klęsk żywiołowych państwa członkowskie UE mogą otrzymać pomoc m.in. z Funduszu Solidarności – A. Zygierewicz, *Fundusz Solidarności Unii Europejskiej*, INFOS Biuro analiz sejmowych (BAS) z 2009 r., s. 1 i nast. www.bas.sejm.gov.pl, dostęp: 19.01.2015.

¹⁷ Komunikat Komisji do Rady i Parlamentu Europejskiego: Strategia UE na rzecz wspierania działań zmniejszających ryzyko związane z klęskami żywiołowymi w krajach rozwijających się, COM (2009) 84.

¹⁸ G.I.A.D. Draper podkreśla, że rolą MPH jest odpowiedź na cyniczne pytanie: „How to kill your fellow human beings in a nice way” (zob. G.I.A.D. Draper, *Human Rights and the Law of War*, „Virginia Journal of International Law”, 1971–1972, no. 12, s. 335), a w istocie jest ono zupełnie niedopuszczalne na gruncie praw człowieka, zob. T. Meron, *The Humanization of Humanization of Humanitarian Law*, „American Journal of International Law”, 2000, no. 94, s. 267.

¹⁹ W związku z powyższym, wskazują wprost źródła MPH, zob. art. 72 protokołu dodatkowego do konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r. dot. ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (I PD, Dz.U. z 1992 r., Nr 41, poz. 175, załącznik), gdzie znajduje się odwołanie do „innych stosowanych norm prawa międzynarodowego dotyczącego ochrony podstawowych praw człowieka podczas konfliktu zbrojnego o charakterze międzynarodowym”.

przewiduje, iż pozbawić życia można, nie uwzględniając sytuacji wykonywania wyroku sądowego skazującego za przestępstwo, za które ustawa przewiduje taką karę, wyłącznie: w obrocie jakiegokolwiek osoby przed bezprawną przemocą, w celu wykonania zgodnego z prawem zatrzymania lub uniemożliwienia ucieczki osobie pozbawionej wolności zgodnie z prawem, w działaniach podjętych zgodnie z prawem w celu stłumienia zamieszek lub powstania (art. 2). Prawo do życia jest nied erogowalne „z wyjątkiem przypadków śmierci będących wynikiem zgodnych z prawem działań wojennych” (art. 15). W praktyce żadne z państw nie powołało się na ten wyjątek, aby usprawiedliwić swoje działania. ETPC kilkakrotnie poddawał ocenie sposób działania sił państwowych w sytuacji konfliktu zbrojnego. Reprezentatywne są wyroki w sprawach czecheńskich, gdyż w tym przypadku nie istnieją najmniejsze wątpliwości co do faktycznego istnienia konfliktu zbrojnego²⁰, w przeciwieństwie do spraw kurdyjskich czy dotyczących działalności IRA²¹. W szczególności relewantne są orzeczenia ETPC w sprawie: Esmukhambetov i inni przeciwko Rosji (z dnia 29 marca 2011 r. nr skargi 23445/03), Isayeva przeciwko Rosji (z dnia 24 lutego 2005 r., nr skargi 57950/00), cyt. dalej: Isayeva I, a także Isayewa, Yusupova oraz Bazayeva przeciwko Rosji (z tego samego dnia, nr skargi 57947/00, 57948/00, 57949/00, cyt. dalej: Isayeva II). W ww. orzeczeniach ETPC w dużym stopniu stosuje dobrze znaną MPH zasadę proporcjonalności, rozróżnienia i konieczności wojskowej²². Sygnalizować tu należy, iż MPH nie wymaga stosowania zasady proporcjonalności do oceny ataku na kombatantów, a ETPC stwierdza, iż w każdym przypadku do użycia siły powinno dochodzić tylko w takim stopniu, jaki jest absolutnie konieczny, bez względu na to, czy potencjalnymi ofiarami są osoby cywilne, czy osoby biorące udział w działaniach zbrojnych, czyli legalne cele wojskowe. Oznacza to, iż lepiej zatrzymać w niewolę niż zranić, a lepiej zranić niż zabić. Koncepcję tę, wynikającą z zasady humanitaryzmu i konieczności wojskowej, forsuje Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża²³, lecz nie wynika to wprost z norm konwencyjnych prawa konfliktów zbrojnych

²⁰ W przypadku tzw. drugiej wojny czecheńskiej Rosjanie twierdzili, iż nie ma konfliktu zbrojnego, lecz prowadzona jest operacja antyterrorystyczna, zob. W. Abresch, *Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Right in Chechnya*, „European Journal of International Law”, 2005, no. 4, s. 754; O. Trusevich, *The Human rights situation in the Chechen republic*, [w:] T. Lokshina (ed.), *Human Rights in Russian Regions. Collection of reports on the human right situation across the territory of the Russian Federation in the year 2001*, Moscow–Helsinki 2002, s. 296. Jednak skala działań zbrojnych w Czeczenii (czas, obszar, liczba wojsk rosyjskich zaangażowanych w konflikt, a także liczba zabitych i rannych) oraz możliwość wyodrębnienia stron konfliktu, przemawia za istnieniem konfliktu zbrojnego, *ibidem*, s. 297, do którego zastosowanie ma art. 3 KG oraz II PD, zob. rezolucja Komisji Praw Człowieka NZ E/CN 4/RES/2001/24, z dnia 20 kwietnia 2001 r.; J. Bañbor, J. Berny, D. Kuziel, *Konflikty na Kaukazie*, Warszawa 1997, s. 167 oraz Amnesty International, *The Russian Federation. Denial of justice*, London 2002, s. 53, AI Index: eur 46/027/2002.

²¹ Zob. F.J. Hampson, *op. cit.*, s. 555 i n.; W. Abresch, *op. cit.*, s. 755 i n.; C. Droege, *Elective affinities?...*, s. 530–531.

²² W.A. Schabas, *Lex specialis? Belt and Suspenders? The Parallel operation of human rights law and the law of armed conflict, and the conundrum of ius ad bellum*, „Israel Law Review”, 2007, no. 40, s. 606.

²³ Pkt IX wytycznych dotyczących interpretacji pojęcia „bezpośredni udział w działaniach zbrojnych” (Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation on Hostilities under International Humanitarian Law), przyjęte w dniu 26 lutego 2009 r. przez Zgromadzenie Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża. Zostały opublikowane w „International Review of the Red Cross”, 2008, no. 872, s. 991 i n.

i jest nie do zaakceptowania przez wiele państw²⁴. W operacjach przeprowadzanych w czasie pokoju przez siły bezpieczeństwa co do zasady nie strzela się, by zabić i tak są szkoleni agenci, jednak już inne reguły obowiązują siły wojskowe w czasie konfliktu zbrojnego, kiedy to zazwyczaj strzela się, by zabić wroga i jest to zgodne z prawem, jeśli przedmiotem ataku był cel wojskowy²⁵. Wymaganie, aby w czasie walk stosować zasadę „złapać zamiast zabić” jest kompletnie nierealistyczne²⁶. ETPC rozważa zasadność działań z punktu widzenia ich celu. Zgodnie z MPH ostateczny cel prowadzonych działań jest zupełnie irrelevantny. Wyraźnie to wskazuje, iż jeden reżim (prawa człowieka) może skutecznie podważać jedną z podstawowych zasad drugiego (MPH). Tej sprzeczności nie sposób wyeliminować, a państwa chcące uniknąć odpowiedzialności muszą zapomnieć o czasach, gdy nikt ich nie rozliczał z powodów prowadzenia działań zbrojnych.

Nawiązując do wyroku w sprawie *Isayeva I*, można zadać tu pytanie, czy skoro dane państwo nie powoła się oficjalnie na art. 15 EKPC, Trybunał może w ogóle nie brać pod uwagę prawa konfliktów zbrojnych i sformułować własne zasady prowadzenia działań zbrojnych na podstawie brzmienia samej EKPC. Czy wyrok ETPC w tej i innych podobnych sprawach brzmiałby inaczej, gdyby państwo powołało się na skuteczne zawieszenie działania konwencji, jeśli chodzi o ochronę życia w kontekście działań wojennych? Czy państwo, jeśli nie spełni pewnych proceduralnych wymogów, musi zastosować w czasie konfliktu zbrojnego wszelkie prawa wynikające z Konwencji w takim kształcie, jak zostały one zinterpretowane przez ETPC? Państwo, które prowadzi działania zbrojne poza granicami kraju, a które jest zobligowane do stosowania w takiej sytuacji EKPC, niekoniecznie musi znajdować się w „niebezpieczeństwie zagrażającym życiu narodu”, którego istnienia wymaga art. 15 EKPC, aby móc skorzystać z możliwości derogacyjnych w nim zawartych²⁷. Trybunał sugeruje, iż gdyby państwo dokonało derogacji, to Trybunał przyjąłby inną optykę i uwzględnił zasady MPH. W związku z możliwością odwołania się państwa do art. 15, EKPC może być nieskuteczna. Tok argumentacji ETPC nie różniłby się, nawet w sytuacji, gdyby państwo dokonało skutecznej derogacji.

Pamiętać jednak należy, iż zgodnie z art. 1 Konwencji „zapewnia się każdemu człowiekowi, podlegającemu ich jurysdykcji, zachowanie praw i wolności określonych w niniejszej Konwencji” wymaga w konsekwencji jakiejś formy efektywnego oficjalnego śledztwa w sytuacji, gdy zostały zabite osoby w wyniku użycia siły. W kwestii tej wypowiedziała się Wielka Izba w wyroku ETPC w sprawie *Al-Skeini i inni przeciwko Wielkiej Brytanii* (z dnia 7 lipca 2011 r. skarga nr 55721/07), który dotyczył sposobu wyjaśnienia przez

²⁴ R.S. Taylor, *The Capture versus Kill Debate: Is the Principle of Humanity Now Part of the Targeting Analysis When Attacking Civilians Who Are Directly Participating in Hostilities?*, „Army Lawyer”, 2010, s. 104; Ch. Garraway, *To Kill or Not to Kill? – Dilemmas on the Use of Force*, „Journal of Conflict and Security Law”, 2009, no. 14, s. 506 i nast.

²⁵ M.A. Hansen, *Preventing the Emasculation of Warfare: Halting the Expansion of Human Rights Law into Armed Conflict*, „Military Law Review” 2007, vol. 194, s. 55.

²⁶ L.M. Olson, M. Sassoli, *The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non – international armed conflicts*, „International Review of the Red Cross”, 2008, no. 871, s. 609.

²⁷ M.J. Dennis, *Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation*, „American Journal of International Law”, 2005, vol. 99, s. 136.

współokupującą Irak Wielką Brytanię okoliczności śmierci obywateli irackich zabitych przez żołnierzy brytyjskich. W wyroku tym ETPC podkreślił, iż „ogólny prawny zakaz arbitralnego zabijania przez przedstawicieli państwa byłby nieefektywny w praktyce, gdyby nie istniały procedury sprawdzania legalności użycia śmiertcionośnej siły przez władze państwowe”. Według ETPC efektywne śledztwo to takie, które prowadzi do stwierdzenia, czy użycie siły było usprawiedliwione w danych okolicznościach oraz do określenia i ukarania sprawców. Zobowiązanie starannego działania, a nie rezultatu, a więc władze muszą, odwołując się do wszelkich rozsądnych środków, zabezpieczyć dowody ze zdarzenia. Odmienne powyższą sytuację przedstawiają przepisy MPH, które nie wymaga wyjaśnienia przyczyn śmierci każdej ofiary działań zbrojnych²⁸. Trybunał, choć formuluje ogólne zasady mające zastosowanie do każdej osoby, wskazywał w wyroku na konieczność przeprowadzenia efektywnego śledztwa. Wyjaśnienie tego typu sytuacji leży w interesie państwa. Lekceważenie informacji o dopuszczeniu się zbrodni wojennych czy innych nadużyć wpływa na zwiększenie się niechęci lokalnego środowiska do organów danego państwa i niszczy jego wizerunek.

3. Pomoc humanitarna

W 2007 r. Unia Europejska udzieliła wsparcia humanitarnego ok. 127 mln poszkodowanym w krajach trzecich²⁹. A 19,5 mln osób skorzystało z działań wspólnotowych w zakresie przygotowania na wypadek katastrofy oraz zwiększonej zdolności reagowania na potencjalne ryzyko. W 2007 r. poważne szkody spowodowały m.in. takie klęski żywiołowe, jak: trzęsienia ziemi w Peru i na Wyspach Salomona, powodzie w Afryce, Indiach, Indonezji, Korei Północnej, Wietnamie i Ameryce Łacińskiej, cyklony w Nikaragui, Mozambiku i Bangladeszu; huragan na Karaibach; burze tropikalne na Haiti i w Republice Dominikańskiej oraz susze w Moldawii, Paragwaju, Kenii, Somalii i regionie Sahelu. Mimo utrzymywania się wielu złożonych sytuacji kryzysowych i szkód spowodowanych przez wyżej wymienione zdarzenia ECHO nie przekroczył kwoty środków finansowych udostępnionych przez organ budżetowy. Nie musiał także korzystać z rezerwy Komisji na pomoc nadzwyczajną³⁰. Reagowanie ECHO na kryzysy humanitarne w 2007 r. znalazło swój wyraz w 85 decyzjach o przyznaniu środków, w 2008 r. ich liczba wzrosła do 90. Największymi odbiorcami pomocy były kraje Afryki, Karaibów i Pacyfiku (kraje AKP) (423 mln EUR – 55% budżetu w 2007 r. i 552 mln EUR – 59% budżetu w 2008 r.). Poza tym unijna pomoc trafiała do Azji i Ameryki Łacińskiej (157,4 mln EUR – 20,5% w 2007 r. i 192 mln EUR – 20,5% w 2008 r.), a także do Europy Wschodniej, krajów byłego ZSRR (Nowe Niepodległe Państwa, New Independent States – NIS), krajów Bliskiego Wschodu i krajów śródziemnomorskich (124,9 mln EUR – 16,2% w 2007 r. i 152 mln EUR – 16,3% w 2008 r.). Jedynie w krajach AKP w 2008 r. nastąpił kwotowy i procentowy wzrost pomocy humanitarnej w stosunku do 2007 r. Analiza porównawcza decyzji w sprawie udzielania pomocy humanitarnej w latach

²⁸ KG, jak i PD nakłada na państwa obowiązek wydania lub osądzenia winnych zbrodni wojennych (czyli zbrodni wymierzonych w osoby chronione, którymi nie są kombataneci), zob. art. 49/50/122/146 odpowiednio I, II, III, IV KG oraz art. 86 I PD.

²⁹ Sprawozdanie roczne za 2007 r. Dyrekcji Generalnej ds. Pomocy Humanitarnej, COM (2008) 449.

³⁰ *Ibidem*.

2003–2007 według kryterium geograficznego pokazuje, iż względny udział finansowania krajów AKP stale wzrasta. Wyjątkiem jest tu rok 2005, w którym tendencja ta odwróciła się i przeważającą część środków przeznaczono dla Azji ze względu na tsunami w Azji Południowo-Wschodniej i trzęsienia ziemi w Kaszmirze. Zauważyć tu należy, że blisko 95% budżetu na pomoc humanitarną UE przeznacza się na finansowanie działań humanitarnych, podczas gdy wydatki pomocnicze i administracyjne np. informacja, audyty, oceny, personel pomocniczy itp. stanowią do 5% budżetu. W 2007 r. ECHO realizował swoje działania za pośrednictwem organizacji pozarządowych (47%), agencji ONZ (42%) oraz organizacji międzynarodowych (11%). W związku z kluczowym znaczeniem tych organizacji w udzielaniu efektywnej pomocy humanitarnej, ECHO wspierał wzmocnienie ich zdolności instytucjonalnej poprzez programy finansowania tematycznego. W 2007 r. ECHO udzielił wsparcia agencjom ONZ oraz organizacjom Czerwonego Krzyża, jako agencjom wiodącym, na łączną kwotę 27,5 mln euro. W 2008 i 2009 r. ECHO niósł pomoc humanitarną m.in. mieszkańcom Strefy Gazy, którzy ucierpieli w wyniku konfliktu zbrojnego oraz mieszkańcom Afryki Zachodniej i Zimbabwe, którzy poszkodowani zostali w wyniku epidemii cholery. We wrześniu 2008 r. ECHO wspierał dotkniętych skutkami przejścia huraganu Hanna mieszkańców Haiti, regionu świata, który nie podniósł się jeszcze po poprzednich dwóch atakach huraganów. W sierpniu 2008 r. ofiarował pomoc mieszkańcom Indii i Nepalu dotkniętym skutkami powodzi³¹.

Należy tu zaznaczyć, iż od kilku miesięcy kluczowym tematem dyskusji prowadzonych w krajach Unii Europejskiej są emigranci z Afryki. Powodem takiej sytuacji są polityczne niepokoje w Tunezji, Libii i innych krajach Afryki Północnej. Osoby te uciekają do Włoch, skąd łatwo mogą przemieszczać się po całej UE. Zapewnia to przecież brak kontroli na granicach. Brytyjski Minister Spraw Zagranicznych domaga się natychmiastowej i konkretnej reakcji Unii Europejskiej, której częścią mają być skrupulatne kontrole. Stwierdza, że Afryka Północna musi poprawić panujące na jej terenie warunki gospodarcze. Interwencja jest potrzebna, ponieważ Europa nie może przyjąć setek tysięcy emigrantów, a kraje europejskie nie są w stanie wesprzeć tak ogromnej liczby uchodźców. Problem ten narastał także w czasie polskiej prezydencji w Unii Europejskiej. Wkrótce stanie się tak, że sytuacja ta przestanie dotyczyć jedynie państw Europy Południowej. Pamiętajmy tu, iż już w ubiegłym roku liczba nowych nielegalnych imigrantów w Europie zwiększyła się trzykrotnie – do prawie 280 tys., z czego 220 tys. dostało się przez Morze Śródziemne, według europejskiej agencji ochrony granic Frontex³². Powstaje nagłe pytanie: jak zatamować falę uchodźców?

³¹ *Ibidem*.

³² Frontex to Europejska Agencja Zarządzania Współpracą Operacyjną na Zewnętrznych Granicach Państw Członkowskich Unii Europejskiej. Jest to unijna agencja powstała na mocy rozporządzenia Rady Wspólnoty Europejskiej Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 1168/2011 z dnia 25 października 2011 r. zmieniające rozporządzenie Rady (WE) nr 2007/2004 ustanawiające Europejską Agencję Zarządzania Współpracą Operacyjną na Zewnętrznych Granicach Państw Członkowskich Unii Europejskiej. Nazwa pochodzi od połączenia francuskich słów *frontières extérieures* – granice zewnętrzne. Frontex łączy funkcje służb granicznych i wywiadowczych, jest promotorem innowacyjnych rozwiązań w dziedzinie nadzoru imigracji. W porównaniu z USA Frontex to połączenie amerykańskich służb imigracyjnych ze strażą graniczną. Priorytetem działań Frontexu jest zarządzanie granicami zewnętrznymi Unii Europejskiej. Agencja ma „ułatwiać stosowanie ustaleń wspólnotowych odnoszących się do zarządzania

Rządy państw europejskich i wspólnotowe instytucje, które miotają się pomiędzy różnymi posunięciami, by zatamować falę uchodźców, niechcianych przez Europejczyków, na nadzwyczajnym szczycie Unii Europejskiej poświęconym kryzysowi uchodźców zdecydowali trzykrotnie zwiększyć fundusze na poszukiwanie i ratowanie uciekinierów na morzu w ramach operacji „Tryton”. Planują też zwalczać gangi przemytnicze, niszcząc ich łodzie i statki zanim jeszcze wypłyną w podróż z uchodźcami. Wedle koncepcji Komisji Europejskiej, przemytnicy mają być zwalczani podobnie jak morscy piraci. Prezydent Francji, Francois Hollande, poinformował, że jego kraj wraz z Wielką Brytanią zamierza zabiegać o mandat Rady Bezpieczeństwa ONZ dla unijnej operacji militarnej, wymierzonej w gangi przemytników ludzi. Matteo Renzi, premier Włoch, z którego inicjatywy zwołano brukselski szczyt, uznał że po raz pierwszy pojawiła się unijna strategia w kwestii uchodźców. Zwołany szczyt, pod wpływem zatonięcia kilkuset migrantów, które wstrząsnęło opinią publiczną, zakończył się doraźną receptą. Unia właściwie wraca do rozwiązania porzuconego kilka miesięcy wcześniej, czyli do skali działania, jaką miała w ubiegłym roku finansowana przez Brukselę włoska operacja „Mare Nostrum”, którą następnie przykrojono do formatu „Trytona”.

Co zrozumiałe, kraje południowej flanki UE: Włochy, Grecja czy Hiszpania, do których przybywa fala niechcianych uchodźców domagają się od swoich sojuszników solidarnego udziału w ich przyjmowaniu. Żądają tego też Niemcy i Szwecja, a więc państwa o największym odsetku imigrantów w społeczeństwie³³.

Na kwoty imigracyjne zgody brak. Tym bardziej, że polityki imigracyjne poszczególnych krajów, nawet sąsiadujących ze sobą, różnią się jak noc i dzień. Szwecja jest niezwykle liberalna pod tym względem, za to Dania ma jedne z najbardziej restrykcyjnych reguł, utrudniające nawet uzyskanie prawa do pobytu zagranicznym małżonkom duńskich obywateli. Jak bardzo mogą się różnić perspektywy poszczególnych państw pokazuje też dobitnie statystyka. O ile w Estonii o azyl apelowało w ubiegłym roku ledwie ponad 120 osób, o tyle w Niemczech zrobiło to ponad 200 tys. ludzi. Wszystko to sprawia, że Unia nie jest w stanie dać sobie rady z masowym napływem uchodźców. Szefowa unijnej dyplomacji, Federica Mogherini słusznie podkreśla, że sprawa ma wymiar globalny, a za klucz do jej rozwiązania uważa sytuację w Libii oraz innych zdestabilizowanych państwach. Jeśli ten pogląd jest słuszny, to w Brukseli brakowało przedstawicieli USA, gdyż bez ich aktywnego udziału trudno sobie wyobrazić ustabilizowanie sytuacji w regionach, które są źródłem wzrostu liczby uchodźców dobijających się do Europy³⁴.

Polska od wielu lat należy do grona państw darczyńców pomocy humanitarnej. Wielkość pomocy oferowanej przez Polskę systematycznie wzrasta. Z danych Ministerstwa Spraw Zagranicznych (MSZ) wynika, iż w 2006 r. wyniosła ona 832 tys. EUR (3,24 mln zł).

granicami”. Aby działania Frontexu były bardziej skuteczne, agencja współpracuje z innymi instytucjami UE i organizacjami międzynarodowymi, których działalność także dotyczy bezpieczeństwa granic zewnętrznych lub kwestii migracji i uchodźców.

³³ Parlament Europejski: dokument z posiedzenia (2009-2014) Nr A7-0075/2011. Sprawozdanie w sprawie ruchów migracyjnych wynikających z braku stabilności: zakres i rola polityki zagranicznej UE (2010-2269 INI), <http://www.polskieradio.pl/5/3/Artykul/1428686Kwadratura-kola-czyli-jak-UE-usiluje-rozwiazac-problem-uchodzcow>, dostęp: 12.03.2015.

³⁴ *Ibidem*.

W 2007 r. Polska przekazała na pomoc humanitarną ponad 4 mln PLN, a także udzieliła pomocy w kwocie ok. 3 mln PLN. W 2007 r. Czechy przeznaczyły na ten cel prawie dwa razy więcej środków niż Polska. Wysokość polskiej pomocy była jedynie nieznacznie większa od pomocy świadczonej przez Słowację. Biorąc pod uwagę liczbę ludności Czech (10,5 mln), Słowacji (5,5 mln) i Polski (38 mln), statystyki w powyższych latach były zdecydowanie niekorzystne dla naszego kraju. W 2008 r. kwota ta wynosiła 1,9 mln euro (6,75 mln PLN), w porównaniu z latami poprzednimi wzrosła dwukrotnie. W 2008 r. Polska pomagała ludności krajów poszkodowanych przez klęski naturalne oraz angażowała się w pomoc humanitarną dla ofiar konfliktów na Ukrainie (427 tys. EUR), w Sudanie (279 tys. EUR), Gruzji (259 tys. EUR), Iraku (213 tys. EUR), Birmie/Myanmarze (170 tys. EUR), Mołdawii (142 tys. EUR), Chinach (63 tys. EUR), Kenii (29 tys. EUR) i Kirgistanie (25 tys. EUR)³⁵. Niezależnie od wsparcia na rzecz wyżej wymienionych krajów oraz od działań humanitarnych finansowanych ze składki członkowskiej do Unii Europejskiej, Polska dokonała wpłat na rzecz organizacji międzynarodowych, niosących pomoc humanitarną bez precyzowania beneficjenta pomocy: 203 tys. euro na Centralny Fundusz ds. Pomocy w Sytuacjach Kryzysowych Narodów Zjednoczonych (CERF) oraz 94 tys. EUR na Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża (ICRC). Polska przekazała środki finansowe na pomoc humanitarną dla krajów dotkniętych klęskami żywiołowymi, anomaliami pogodowymi, konfliktami zbrojnymi oraz masowymi migracjami i przesiedleniami ludności. W 2009 r. Polska, odpowiadając na apel ogłoszony przez Agencję Narodów Zjednoczonych dla Pomocy Uchodźcom Palestyńskim na Bliskim Wschodzie (UNRWA), przekazała kwotę 250 tys. EUR na pomoc najbardziej poszkodowanym mieszkańcom Autonomii Palestyńskiej, a także do Gruzji, Kenii, Filipin, Wietnamu, Indonezji, Pakistanu, Afganistanu³⁶. Zaznaczyć należy, iż wartość polskiej pomocy humanitarnej osiągnęła w 2009 r. poziom 5,56 mln PLN. W 2010 r. Polska na pomoc humanitarną przeznaczyła kwotę w wysokości 12,4 mln PLN (4,1 mln USD), która dotarła do Albanii, Afganistanu, Autonomii Palestyńskiej, Czarnogóry, Haiti, Kirgistanu, Mołdawii i Pakistanu. Była ona przekazana w ramach pomocy dwustronnej (m.in. w odpowiedzi na apele ONZ oraz Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża), jak i wielostronnych wpłat do instytucji zajmujących się pomocą humanitarną. W 2011 r. polski wkład finansowy w działalność humanitarną i pomoc żywnościową w ramach oficjalnej pomocy rozwojowej (ODA) wyniósł 12,7 mln PLN. Sfinansowano działania podejmowane w reakcji na nagle kryzysy (trzęsienie ziemi w Turcji, powodzie w Pakistanie, konflikt w Libii), jak i kryzysy długotrwałe i złożone (w Rogu Afryki, Afganistanie, Korei Północnej, Autonomii Palestyńskiej, Sudanie Południowym). Polska zaangażowała się także w budowanie odporności państw na potencjalne kryzysy (ang. *Disaster Risk Reduction, preparedness, resilience building*) – w Mjanmie/Birmie, Gruzji, Kirgistanie oraz na Ukrainie. Polski wkład finansowy w 2012 r. w działalność humanitarną i pomoc żywnościową w ramach oficjalnej pomocy rozwojowej (ODA) wyniósł 13,96 mln PLN. Natomiast w 2014 r. Polska przeznaczyła na pomoc humanitarną 13,2 mln PLN. Na rzecz samej Ukrainy przekazaliśmy jak dotychczas

³⁵ Ministerstwo Spraw Zagranicznych, Departament Wspólnoty Rozwojowej, Polska pomoc humanitarna 2008, www.polskapomoc.gov.pl, dostęp: 12.03.2015.

³⁶ *Ibidem*.

2,5 mln PLN. Polska pomoc trafiła także do najbardziej potrzebujących w Libanie, Syrii, na Balkanach, w Strefie Gazy, Afganistanie oraz w Iraku.

W przekazywaniu tej pomocy wykorzystujemy potencjał jakim dysponują wyspecjalizowane agendy międzynarodowe, głównie z rodziny Narodów Zjednoczonych oraz Czerwonego Krzyża. Pomoc humanitarną świadczymy z coraz większym powodzeniem za pośrednictwem polskich organizacji pozarządowych. MSZ stara się, by tam gdzie jest to możliwe, wspierać aktywność polskich organizacji wyspecjalizowanych w niesieniu pomocy. W ten sposób środkami publicznymi wzmocnione mogą być zbiórki publiczne i zaangażowanie Polaków w rozwiązywanie problemów globalnych³⁷.

4. Zasoby finansowe

Budżet UE na pomoc humanitarną w wysokości 874 mln EUR zwiększono kilkakrotnie, w celu reagowania na nowe sytuacje kryzysowe i klęski żywiołowe, które miały miejsce w ciągu roku, np. wybuch konfliktów Syrii i Mali, pogłębiającą się suszę w regionie Sahelu, eskalację konfliktu i przyptywy DRK czy między wspólnotami w Mjanmie (Birmie) oraz huragan Sandy. W 2009 r. wysokość pomocy humanitarnej UE przekroczyła 930 mln euro. Skorzystało z niej blisko 115 milionów potrzebujących w 70 państwach na świecie. Środki trafiły do krajów Afryki i Azji. Wśród trzech największych biorców pomocy unijnej 2009 r. znalazł się Sudan (117 mln EUR), Pakistan (70 mln EUR) i Autonomia Palestyńska (66 mln EUR). W 2009 r. pomoc kierowana była do regionów dotkniętych klęską żywiołową lub konfliktem zbrojnym, a także do rejonów, w których występował tzw. zapomniany kryzys, jak choćby do Jemenu odczuwającego skutki konfliktu, jaki dotknął północ kraju czy do Kolumbii, gdzie ludzie odczuwają skutki wewnętrznego konfliktu zbrojnego³⁸. W 2010 r. na ww. cel przyznano 800 mln euro. Dodatkowa kwota 248 mln euro została zagwarantowana na działania nieprzewidziane (ang. *reserve for emergency aid*). Środki na pomoc humanitarną i działania nieprzewidziane stanowiły blisko 13% środków zaplanowanych. W uzasadnionych sytuacjach środki na pomoc humanitarną udzielaną krajom Afryki, Karaibów i Pacyfiku mogą pochodzić z Europejskiego Funduszu Rozwoju (EFR)³⁹. Od 1993 r. tylko raz, w 2008 r., nie korzystano z tej możliwości. W 2009 r. wysokość środków przeznaczonych na pomoc humanitarną z budżetu EFR sięgnęła 37 mln euro. W 2010 r. ponad połowa unijnej pomocy humanitarnej (54%) trafiła do Afryki (szczególnie krajów Afryki subsaharyjskiej), 16% do Azji i Rejonu Pacyfiku, 14% na Bliski Wschód i w rejon Morza Śródziemnego, 4% do Ameryki Łacińskiej na Karaiby, a 1% na Kaukaz i do Azji Środkowej, 11% środków jest przeznaczonych na działania ogólnoswiatowe, w tym pomoc techniczną⁴⁰. W 2010 r. jednym z priorytetów

³⁷ Ministerstwo Spraw Zagranicznych, Departament Współpracy Rozwojowej Warszawa, Polska pomoc humanitarna 2008, www.polskapomoc.gov.pl, dostęp: 28.08.2010.

³⁸ *Sprawozdanie roczne za 2007 r...*, *op. cit.*, s. 11.

³⁹ EFR powstał w 1957 r. w celu przekazywania pomocy rozwojowej krajom Afryki, Karaibów i Pacyfiku stowarzyszonym ze Wspólnotą Europejską. Fundusz jest finansowany z wpłat krajów członkowskich.

⁴⁰ „Operational Strategy 2010”, Commission Staff Working Document, Directorate General for Humanitarian Aid – ECHO, SEC(2009) 1566, Bruksela, z dnia 6 listopada 2009 r.

unijnej polityki humanitarnej jest jej powiązanie z celami i programami polityki na rzecz rozwoju na świecie. Ma to pomóc w lepszym i dającym długotrwały efekt wykorzystaniu wydatkowanych środków. W tym celu prowadzone działania humanitarne powinny umożliwiać przejście od warunków kryzysowych do sytuacji ustabilizowanej, umożliwiającej rozwój danego regionu. Kolejnym priorytetem polityki humanitarnej jest zwiększenie roli działań prewencyjnych. Dodatkowe środki pieniężne uzyskano poprzez przesunięcie środków z rezerwy na pomoc nadzwyczajną i pewne dodatkowe transfery Europejskiego Funduszu Rozwoju, którego część zarezerwowana jest na pomoc humanitarną w państwach Afryki, Karaibów i Pacyfiku. Uzupełniono je wkładami z EFTA i transferami z innych linii budżetowych w ramach działu 4 budżetu UE na pomoc zewnętrzną. Dało to w sumie, w ostatecznym budżecie na 2012 r., kwotę 1 344 mln EUR środków na zobowiązania oraz 1109 mln EUR środków na płatności 82% środków na zobowiązania. Większość środków finansowych z UE w 2012 r., jak w latach poprzednich, przeznaczona była dla Afryki (51%). Pokażnej pomocy udzielono na Bliskim Wschodzie (w Syrii i w państwach sąsiadujących), w związku z kryzysem w Mjanmie i z klęskami żywiołowymi w Azji Południowo-Wschodniej i w regionie Karaibów. W 2012 r. Komisja miała 302 członków personelu zatrudnionych w siedzibie ECHO w Brukseli. W związku z możliwością reagowania na katastrofy w krajach nienależących do UE, Komisja utrzymuje jedyną w swoim rodzaju globalną sieć ekspertów DG ECHO do zadań w terenie, zatrudniając 145 ekspertów do zadań w terenie i 293 pracowników lokalnych, co daje ogółem liczbę 438 osób pracujących od dnia 31 grudnia 2012 r. w biurach terenowych ECHO. Biura te zlokalizowane są w 38 krajach. Bezzwłocznie po wystąpieniu katastrofy, w celu dokonania oceny potrzeb, wysyłani są na miejsce eksperci od pomocy humanitarnej, są oni też odpowiedzialni za monitorowanie realizacji finansowanych przez UE projektów pomocy humanitarnej. Sama Komisja nie zajmuje się realizacją programów pomocy⁴¹. Komisja, jako darczyńca pomocy humanitarnej, wypełnia swoją misję, finansując działania humanitarne UE za pośrednictwem organizacji partnerskich, które podpisały ramową umowę ECHO o partnerstwie (FPA). Wśród partnerów Komisji znajduje się wiele różnych profesjonalnych instytucji m.in. europejskie organizacje pozarządowe i organizacje międzynarodowe, takie jak Czerwony Krzyż i różne agencje ONZ, z którymi Komisja podpisała ramową umowę finansowo-administracyjną (FAFA). Wspecjalizowane agencje państw członkowskich również uznaje się za partnerów. Tak szerokie grono realizujących misje partnerów umożliwia UE zaspokojenie coraz większej listy potrzeb w różnych częściach świata, często w coraz bardziej skomplikowanych sytuacjach. Będące w gestii Komisji dotacje i dopłaty przyznawane są po wybraniu najlepszych spośród otrzymanych ofert. W 2012 r. umowy dotyczące pomocy humanitarnej podpisane zostały z różnymi partnerami: 47% działań przeprowadzonych zostało przez organizacje pozarządowe (118 partnerów), 44% przez agencje ONZ (15 partnerów), a 9% przez organizacje międzynarodowe (3 partnerów). Odnosnie do kwestii bezpieczeństwa, Komisja podjęła dalsze kroki w celu wzmocnienia swojego systemu zarządzania bezpieczeństwem. W siedzibie głównej, jak i w terenie, zostało to osiągnięte dzięki lepszej koordynacji i współpracy

⁴¹ Jedna operacja przeprowadzana jest bezpośrednio, a mianowicie program ECHO-Flight w DRK i Kenii, mający na celu zapewnienie wsparcia logistycznego w regionie o utrudnionym dostępie.

z partnerami zaangażowanymi w pomoc humanitarną, poprzez monitorowanie i wizytowanie projektów na miejscu oraz przeprowadzanie kontroli *ex ante*, audytów i ocen⁴².

5. Zakończenie

Komisja skutecznie reaguje na nadal rosnącą na całym świecie potrzebę działania w sytuacjach wyjątkowych i niesienia pomocy humanitarnej. W 2012 r. wartość udzielonej pomocy była wyższa od lat poprzednich, ze względu na wzrost liczby katastrof i kryzysów na całym świecie. UE nie była w stanie w pełni zaspokoić potrzeb wszystkich ofiar. W związku z tym, iż globalne ocieplenie stało się faktem, tendencja ta będzie się utrzymywać. W kontekście kryzysu finansowego podjęto jeszcze bardziej skoordynowane działania, aby jak najlepiej wykorzystać wszystkie zaangażowane środki. Znaczny nacisk położono tu na większą szybkość i skuteczność oraz unikanie powielania procesów i działań. Poczyniono ponadto postępy w związku z nowymi ważnymi inicjatywami, takimi jak działania na rzecz otwarcia Centrum Reagowania Kryzysowego, które znacznie zwiększy zdolność Komisji do kontynuowania działań w 2013 r. i w kolejnych latach.

Zgodnie z wynikami badania przeprowadzonego przez Eurobarometr⁴³ początku 2010 r. 31% mieszkańców UE-27 uważało świadczenie pomocy humanitarnej przez UE za bardzo ważne, a dalsze 48% – za dość ważne. Wynik ten jest odmienny od wyników badania z 2006 r. (UE-25). Wtedy 48% respondentów uważało je za bardzo ważne, a dalsze 40% za ważne. W ciągu kilku lat poparcie dla działań humanitarnych spadło o 9%. Prawdopodobnie jednym z czynników wpływających na ten spadek był kryzys ekonomiczny i jego konsekwencje. Drugim czynnikiem wpływającym na mniejsze poparcie dla działań UE w obszarze pomocy humanitarnej może być słaba wiedza respondentów na ten temat. W 2010 r. aż 51% respondentów nie wiedziało o niej, a jedynie 18% respondentów odpowiedziało, że było o niej dobrze lub dość dobrze poinformowanych. Wzrasta jednak wiedza respondentów na temat organizacji świadczących pomoc humanitarną. W 2010 r. 85% respondentów (80% w 2006 r.) potrafiło wymienić co najmniej jedną organizację świadczącą pomoc humanitarną. Najczęściej wymieniano Czerwony Krzyż, a wzrost wiedzy o tej organizacji był znaczący – w 2010 r. wskazało ją 64% respondentów, a w 2006 r. – 55%. Co ciekawe, w 2001 r. 61% respondentów UE-15 wskazało Czerwony Krzyż. Widać więc, że jego działalność w tym obszarze nie była zbyt dobrze znana w nowych państwach członkowskich. Drugą najczęściej wymienianą organizacją był UNICEF (36% w 2010 r., 35%

⁴² Komisja Europejska, Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie polityki Unii Europejskiej w zakresie pomocy humanitarnej i ochrony ludności oraz wdrażania tej polityki 2012, Bruksela 2013, s. 11–14.

⁴³ Eurobarometr – to realizowany na zlecenie Komisji Europejskiej międzynarodowy projekt regularnego badania opinii publicznej. Badania opinii publicznej prowadzone są od 1973 r. przez Komisję Europejską dwa razy w roku (wiosną i jesienią). Polegają one na analizie specjalnie przygotowanych ankiet, które wypełniane są przez reprezentację 1000 obywateli (w przypadku Wielkiej Brytanii – 1300, a Luksemburga – 500) z każdego z państw członkowskich Unii Europejskiej. W realizacji tych badań biorą udział instytucje badania opinii publicznej z poszczególnych państw członkowskich, które są członkami ESOMAR, pl.wikipedia.org/wiki/Eurobarometr, dostęp: 21.01.2014.

w 2006 r. i 48% w 2001 r.). W 2010 r. Unię Europejską w tej roli wskazało 9% respondentów, a w 2001 r. 5%⁴⁴.

Humanitarian Policy in the European Union.

S u m m a r y

This article presents brief information concerning the objectives, principles and directions of the provision of European Union humanitarian aid. The aim is to discuss the general principles of humanitarian policy directed to third countries. In this case we are dealing with the policy implemented at EU and Member State level, which policies are complementary and reinforcing. Typically, these activities are carried out in cooperation with international organizations, particularly the United Nations system, and other countries donors of humanitarian aid and development assistance in the world.

⁴⁴ Humanitarian Aid. Report, http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_343_en.pdf, dostęp: 23.08.2010.

WDRAŻANIE DYREKTYWY SOLVENCY II I JEJ ROLA W INTEGRACJI EUROPEJSKIEGO RYNKU UBEZPIECZENIOWEGO

1. Wstęp

Integracja rynku ubezpieczeń gospodarczych, stanowiącego podstawowy element sektora finansowego, to jeden z priorytetowych celów Unii Europejskiej w perspektywie zakończenia konstruowania efektywnego mechanizmu rynku wewnętrznego. Pierwsze próby ujednoczenia narodowych systemów ubezpieczeniowych rozpoczęto już w latach siedemdziesiątych XX w., szybko jednak okazało się, że proces ten będzie długotrwały i niezwykle trudny z uwagi na pojawienie się licznych barier. Do podstawowych przeszkód skutecznie hamujących harmonizację przepisów krajowych w omawianym zakresie niewątpliwie zaliczyć należy przyzwyczajenia państw członkowskich do wypracowanych przez siebie systemów ubezpieczeń gospodarczych, różnorodność regulacji w przedmiocie ochrony praw konsumenta, nadzoru ubezpieczeniowego, opodatkowania zakładów ubezpieczeniowych, a przede wszystkim odmienne porządki prawa cywilnego czy handlowego. Jednocześnie, z punktu widzenia Unii Europejskiej, za najpoważniejszą obecnie barierę uznać należy uprawianie przez państwa członkowskie polityki protekcyjnej wobec otwierania lokalnych rynków ubezpieczeń na konkurencyjne firmy zagraniczne, poprzez powoływanie się na enigmatyczne pojęcie „interesu publicznego”.

Niemniej potrzeba wypracowania wspólnego dla państw członkowskich sektora ubezpieczeń sprawiła, że na przestrzeni lat wydano trzy „generacje” dyrektyw, dzięki którym harmonizacji uległy minimalne standardy oraz wprowadzono zasadę wzajemnego uznawania przepisów narodowych w tym zakresie. Na uwagę zasługuje również wdrożenie zasady jednolitej licencji urzeczywistniającej swobodę świadczenia usług przez firmy ubezpieczeniowe. Do chwili obecnej zatem, unijny prawodawca objął regulacją takie obszary jak reasekuracja, ubezpieczenia życiowe i majątkowe, pośrednictwo ubezpieczeniowe, księgowość ubezpieczeniowa, ubezpieczenia kredytów, czy ubezpieczenia turystyczne. Kompleksowo natomiast ujednoczono umowę ubezpieczenia OC posiadaczy pojazdów mechanicznych, kwestię właściwości prawa dla umowy ubezpieczenia, ubezpieczenie ochrony prawnej oraz obowiązek informacyjny w umowie ubezpieczenia. Wciąż jednak otwarte pozostaje pytanie o integrację prawa materialnego ubezpieczeń gospodarczych. Jednolita bowiem konstrukcja umowy ubezpieczenia byłaby niewątpliwie rozwiązaniem najwłaściwszym, a jednocześnie znacznie ułatwiającym cały proces integracji. Tymczasem przywiązanie państw członkowskich do własnych rozwiązań oraz ich swoista niechęć do zmian bazowych mechanizmów prawa cywilnego czy handlowego wydaje się być barierą nie do pokonania

* Autorka jest studentką IV roku prawa na wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

w perspektywie najbliższych lat. To właśnie w tym problemie upatruje się przyczynę stosowania przez Unię Europejską mechanizmu stopniowej integracji przedmiotowego obszaru, począwszy od najważniejszych zagadnień działalności ubezpieczeniowej. Warto jednak w tym miejscu podkreślić, iż w celu nadania rozpędu zmianom w zakresie prawa materialnego oraz podjęcia pierwszych prób proponowania państwom członkowskim konkretnych zmian w przedmiocie umowy ubezpieczenia, powstała z inicjatywy naukowców Grupa *Restatement of European Insurance Contract Law* opracowała projekt Zasad Europejskiego Prawa Ubezpieczeń, tzw. PEICL (ang. *Principles of European Insurance Contract Law*), będący obecnie instrumentem opcjonalnym dla regulacji umowy ubezpieczenia. Metodą komparatystyczną wybrano z porządków poszczególnych państw członkowskich rozwiązania uniwersalne, mogące stanowić asumpt do finalnego wydania dyrektywy proponującej ogólny model europejskiej umowy ubezpieczenia. Przepuszczalnie jednak Unia Europejska jeszcze długo nie zdecyduje się na ten śmiały krok.

Tymczasem kolejnym znaczącym etapem na drodze do harmonizacji prawa ubezpieczeń gospodarczych jest niewątpliwie wydanie dyrektywy *Solvency II* (znanej także pod nazwą „Wyplacalność II“⁶), mającej, według opinii środowiskowej, zrewolucjonizować rynek ubezpieczeń. Dyrektywa ta wydaje się być wyjątkowa również z uwagi na fakt, iż wprowadzane przez nią zmiany wpłyną istotnie na umowę ubezpieczenia, a przez to ewentualne powodzenie ich funkcjonowania w przyszłości może stanowić początek tak pożądanej unifikacji prawa materialnego umowy ubezpieczenia. Słusznie wskazuje na to dr Katarzyna Malinowska, konstatując:

„O ile jednak dyskusje na temat systemu Wyplacalności II koncentrują się wokół kwestii kapitałowych, tj. przede wszystkim minimalnego wymogu kapitału (MCR) oraz kapitałowego wymogu wyplacalności (SCR), a także wewnętrznych procesów zarządzania zakładem ubezpieczeń, o tyle wydaje się, że planowane zmiany nie mają większego związku z problematyką prawa umowy ubezpieczenia. A przecież nie ulega wątpliwości, że celem wprowadzenia koncepcji *Solvency II* są szeroko pojęte interesy ubezpieczonych, a więc, innymi słowy, zapewnienia prawidłowego wykonania umowy ubezpieczenia. Wydaje się, że to umowa ubezpieczenia i jej prawidłowe wykonanie jest głównym *ratio* uchwalenia i wdrożenia nowego systemu wymogów kapitałowych oraz procedur związanych z zarządzaniem zakładami ubezpieczeń”¹.

2. Historia powstania dyrektywy *Solvency II*

Pierwsze prace nad *Solvency II* Komisja Europejska rozpoczęła już w 2001 r., lecz dopiero w lipcu 2007 r. udostępniono tę dyrektywę ramową do dyskusji w Parlamencie Europejskim i Radzie Europejskiej. Podstawowym założeniem towarzyszącym inicjatorom projektu była kontynuacja reformy wymogów wyplacalności postawionych towarzystwom ubezpieczeń, zapoczątkowanej przez *Solvency I*. Jako integralna część dyrektyw trzeciej „generacji” *Solvency I* wprowadziła minimalną harmonizację w zakresie wymogów mających

¹ K. Malinowska, *Wdrażanie Solvency II – wpływ na umowę ubezpieczenia*, [w:] B. Gnela (red.), *Ubezpieczenia gospodarcze – wybrane zagadnienia prawne*, Warszawa 2011, s. 268.

zapewnić ochronę wypłacalności zakładów ubezpieczeń, bez odniesienia się jednak do relevantnych dla wypłacalności czynników, choćby takich jak zarządzanie ryzykiem. Co więcej, to właśnie w *Solvency I* pojawia się po raz pierwszy wspomniana wcześniej zasada jednolitej licencji.

Celem uzupełnienia reformy *Solvency I*, konieczne było rozszerzenie jej regulacji poprzez wydanie kolejnej dyrektywy – *Solvency II*. Jej regulacje prawne, z uwagi na obszerność materiału, zgodnie z wymogami procedury Lamfalussy'ego zostały podzielone na 3 poziomy:

Poziom 1 – Dyrektywa *Solvency I* wraz z jej licznymi nowelizacjami (tzw. *Omnibus II*);

Poziom 2 – Regulacyjne Standardy Techniczne (*Regulatory Technical Standards*);

Poziom 3 – Wdrożeniowe Standardy Techniczne (*Implementing Technical Standards*) oraz Wytyczne (*Guidelines*).

Wskutek pojawiających się wniosków ustawodawczych – projektów dyrektywy *Omnibus II* nowelizującej dyrektywę Wypłacalność II – data na dokonanie jej pełnej transpozycji do systemów prawnych państw członkowskich Unii Europejskiej była wielokrotnie zmieniana. Dodatkowo na długi czas oczekiwania na ostateczny kształt dyrektywy złożyły się przeprowadzane na terenie całej Unii Europejskiej ilościowe badania wpływu, QIS (*Quantitative Impact Studies*), mające na celu przetestowanie proponowanych przez *Solvency II* rozwiązań, a także badanie LTGA (*Long-Term Guarantees Assessment*) oceniające głównie wpływ tychże rozwiązań na poziom ochrony ubezpieczających, ubezpieczonych i uprawnionych z umów ubezpieczenia.

Finalnie, ostatecznym terminem na implementację przedmiotowej dyrektywy ustanowiono 31 marca 2015 r., natomiast na dzień 1 stycznia 2016 r. przewidziano rozpoczęcie stosowania dyrektywy.

3. Przedmiotowy zakres regulacji *Solvency II*

Zakres regulacji *Solvency II* podzielony został na trzy filary:

Filar I określenie wymogów kapitałowych uwzględniających wszystkie mierzalne rodzaje ryzyka działalności zakładu ubezpieczeń;

Filar II regulacja mechanizmów wewnętrznego zarządzania zakładem ubezpieczeń oraz standardowych procedur nadzoru;

Filar III regulacje dotyczące obowiązku zachowania transparentności rynku i ujawniania sytuacji finansowej zakładu ubezpieczeń.

Zgodnie z *Paper for the Solvency Subcommittee* do ogólnych założeń regulacji zaliczyć należy wyposażenie organów nadzoru w odpowiednie narzędzia do kompleksowej oceny wypłacalności zakładów ubezpieczeń („*overall solvency*”), zwiększenie efektywności modeli zarządzania ryzykiem, wprowadzenie rozróżnienia pomiędzy pojęciami „kapitału docelowego” i „kapitału minimalnego”, oparcie konstrukcji nowego modelu wypłacalności na zasadach przyjętych w sektorze bankowym (podobieństwo do dyrektywy „Bazylea II^(c)”), przyznanie organom nadzoru finansowego większych kompetencji nadzorczych w zakresie przestrzegania przez zakłady ubezpieczeń wymogów kapitałowych i mechanizmów zarządzania ryzykiem, a w końcu także harmonizacja europejskich standardów rachunkowych i sprawozdawczych.

3.1. Wymogi kapitałowe a ryzyko ubezpieczyciela

Wyplacalność, jako podstawowe kryterium oceny kondycji finansowej zakładu ubezpieczeń, z punktu widzenia konsumenta stanowi miernik jakości usługi ubezpieczeniowej, gdyż pozostając w bezpośrednim związku z gwarancją wykonania umowy ubezpieczenia ze strony ubezpieczyciela, niewątpliwie daje konsumentowi poczucie bezpieczeństwa. To właśnie dlatego wypracowanie efektywnych i uniwersalnych wymogów zapewniających wyplacalność towarzystw ubezpieczeniowych stało się przedmiotem regulacji *Solvency II*, której rzeczywistym *ratio*, jak wskazano wyżej, jest zapewnienie ochrony konsumenta.

Obecnie nadrzędnymi wymogami, mającymi zapewnić ową wyplacalność, są: zagwarantowanie **minimalnej wysokości kapitału gwarancyjnego**, tj. środków własnych zakładu ubezpieczeniowego nieobciążonych żadnymi zobowiązaniami, oraz **marginisu wyplacalności**, tj. określonej przepisami prawa wielkości środków własnych ubezpieczyciela, nie niższej niż wartość minimalna kapitału gwarancyjnego, mającej zapewnić płynność zakładu. Z biegiem czasu oraz dynamicznym rozwojem rynku ubezpieczeniowego czynniki te przestały być jednak synonimem gwaranta wyplacalności, przede wszystkim z powodu ich niedostosowania do wciąż pojawiających się nowych ryzyk. W konsekwencji obowiązujące wymogi wyplacalności przestały spełniać już swoją rolę, tj. zapewniać bezpieczeństwo działalności ubezpieczeniowej, a tym samym ochronę konsumenta.

Podstawowym zatem celem *Solvency II* jest **uzależnienie wartości minimalnego kapitału gwarancyjnego od wielkości ryzyka podejmowanego przez zakłady ubezpieczeń**, tak by wystarczył on na pokrycie ewentualnych strat powstałych w związku z ekspozycją na ryzyka. Dotychczasowy bowiem wymóg kapitałowy zwykle się określać jako ryczałt uzależniony tylko od wielkości biznesu ubezpieczeniowego.

Ryzyko, które unijny prawodawca przybrał w omawianej dyrektywie za podstawową zmienną nowej formuły wyliczania minimalnego kapitału gwarancyjnego, i umiejętnie nim zarządzanie stanowi w rozumieniu dyrektywy źródło efektywnego systemu wyplacalności. Najważniejszymi, z punktu widzenia bezpieczeństwa działalności ubezpieczeniowej, są ryzyka finansowe, do których zalicza się:

- ryzyko rynkowe (np. ryzyko kursu walutowego, stopy procentowej, ceny akcji),
- ryzyko kredytowe,
- ryzyko ubezpieczeniowe (np. śmiertelność, szkodowość, *underwriting*),
- ryzyko niewyplacalności,
- ryzyko nieoczekiwanego spadku płynności zakładu ubezpieczeniowego,
- ryzyko zmiany warunków ekonomicznych,
- ryzyko wystąpienia specyficznych wydarzeń mogących mieć wpływ na działalność ubezpieczeniową (np. katastrofy naturalne) oraz
- **ryzyko operacyjne** zdefiniowane w dyrektywie Bazylea II jako ryzyko strat wynikające z nieodpowiednich lub zawodnych procesów wewnętrznych, ludzi i systemów lub ze zdarzeń zewnętrznych.

Największy zakres znaczeniowy ryzyka operacyjnego, jak również konsekwencje jego ziszczenia się, polegające na utracie zasobów lub kontroli nad zasobami, co w efekcie skutkuje stratami finansowymi, powoduje, że zabezpieczenie tego ryzyka Unia Europejska

uznała za najistotniejsze dla zakładów ubezpieczeniowych. Co więcej, ustalono, iż ryzyko to stanowi średnio 40% wszystkich ryzyk, na które narażony jest ubezpieczyciel.

Kolejnym istotnym dla mechanizmu wypłacalności i bezpośrednio związanym z pojęciem ryzyka czynnikiem, będącym przedmiotem zmian *Solvency II* są **rezerwy techniczno-ubezpieczeniowe** wraz z harmonizacją ich obliczania. Jak wskazuje dr Ewa Spigarska:

„W związku z prowadzoną działalnością, polegającą na pokryciu bieżących i przyszłych szkód, jakie mogą wynikać z zawartych umów, zakłady ubezpieczeń zobowiązane są tworzyć rezerwy techniczno-ubezpieczeniowe. Rezerwy, o których mowa, stanowią środki przeznaczone na pokrycie bieżących i przyszłych zobowiązań, wynikających z zawartych umów ubezpieczenia. Ubezpieczenia charakteryzują się tym, że występuje odstęp czasowy pomiędzy zaistnieniem zdarzenia powodującego roszczenie, a wypłatą odszkodowania. W ekstremalnych przypadkach odstęp ten może dochodzić nawet do kilkudziesięciu lat. Powoduje to wzrost ryzyka co do wielkości placonego odszkodowania. Rezerwy tworzy się więc w celu wypłaty potencjalnych zobowiązań zakładów ubezpieczeń wynikających z realizacji danego zdarzenia losowego. Stanowią one jedną z podstawowych pozycji pasywów zakładów ubezpieczeń”².

Oczywistym jest zatem, iż z powodu roli jaką pełnią rezerwy techniczno-ubezpieczeniowe sposób ich tworzenia oraz obliczania musi być kompatybilny z całokształtem systemu wypłacalności. W związku z powyższym, dyrektywa wskazuje na szereg czynników obligatoryjnych, które zakłady ubezpieczeń będą zobowiązane uwzględnić w zakresie kalkulacji rezerw.

Konkludując, *Solvency II* zreformuje dotychczasowe wymogi kapitałowe poprzez modyfikację sposobu obliczania marginesu wypłacalności, mechanizmu określania wymogów kapitałowych osobno dla ryzyka ubezpieczeniowego, rynkowego i przede wszystkim operacyjnego. Ponadto, zmianie ulegnie metoda wyceny aktywów i zobowiązań ubezpieczycieli, a także istotna kwestia proceduralna w zakresie wyliczania kapitału gwarancyjnego. Do tej pory był on bowiem wyliczany na podstawie danych ze sprawozdań finansowych za zamknięte okresy operacyjne. Po wdrożeniu dyrektywy natomiast, kapitał ten zostanie wyliczony na podstawie spodziewanych przyszłych wyników finansowych. To wszystko zapewnić ma utworzenie stosunku zależności pomiędzy minimalną wielkością kapitału gwarancyjnego a wielkością ryzyka. Jednocześnie, oddziaływanie to miałyby przełożyć się w rzeczywistości na zależność proporcjonalnego wzrostu minimalnego kapitału gwarancyjnego np. do ilości akcji w portfelu inwestycyjnym, czy długości okresu ubezpieczeniowego.

² E. Spigarska, *Rezerwy techniczno-ubezpieczeniowe jako podstawa wypłacalności i stabilności finansowej zakładów ubezpieczeń*, s. 362, http://zif.wzr.pl/pim/2009_3_1_30.pdf, dostęp: 21.04.2015.

3.2. Wewnętrzne zarządzanie zakładem ubezpieczeń, *risk-based approach*, proces nadzorczy

Jak już wspomniano, skuteczny model zarządzania ryzykiem uznaje się za priorytet *Solvency II* z uwagi na fakt, że bez efektywnej i jednolitej regulacji w tym zakresie nowy mechanizm wymogów kapitałowych nie może prawidłowo funkcjonować.

Aktualnie na rynku ubezpieczeniowym stosuje się rozmaite systemy zarządzania ryzykiem, a dodatkowo każdy zakład ubezpieczeń musi indywidualnie dostosować go do własnych potrzeb i specyfiki działalności. Celem dyrektywy w tym obszarze będzie zatem oparcie wewnętrznego systemu zarządzania zakładem ubezpieczeniowym na ryzyku (*risk-based approach*) oraz ujednoczenie jego minimalnych standardów. Proponowany przez Unię Europejską system miałby skupić się na objęciu swoją regulacją wszystkich potencjalnych ryzyk, w tym przede wszystkim ryzyk uwzględnianych w obliczeniach kapitałowego wymogu wypłacalności, procesie underwritingu i tworzenia wspomnianych rezerw, zarządzaniu aktywami i pasywami (*Asset-Liability Management*) oraz reasekuracji i innych technikach ograniczania ryzyka.

W związku ze zwiększeniem nacisku na efektywne zarządzanie ryzykiem, celem eliminacji jego negatywnego wpływu na wyniki finansowe, nie można nie wspomnieć o podaniu kompetencji instytucji nadzoru ubezpieczeniowego procesu restrykcyjnej kontroli wykonywania przez towarzystwa ubezpieczeń postanowień dyrektywy w tym zakresie.

3.3. Transparentność rynku ubezpieczeń

Obowiązek zachowania transparentności rynku wraz ze zaktualizowaniem procedur ujawniania sytuacji finansowej zakładów ubezpieczeń z założenia spowodować mają wzrost dyscypliny rynkowej sektora ubezpieczeniowego, w czym upatruje się ogromnych korzyści dla konsumenta. Jest to bowiem kolejny element zwiększający gwarancję prawidłowego wykonania umowy ubezpieczenia.

Na transparentność składają się szeroko pojęte obowiązki informacyjne zakładów ubezpieczeń i zakładów reasekuracji w zakresie bezpieczeństwa kapitałowego oraz zarządzania ryzykiem. Jednym z nich, zasługującym na podkreślenie, jest obowiązek raportowania do urzędu nadzoru i przygotowywania obszernych sprawozdań informacyjnych. Niewątpliwie obowiązek ten, w formie zaproponowanej przez *Solvency II*, będzie wyzwaniem dla ubezpieczycieli, gdyż zgodnie z trafnym spostrzeżeniem E. Kalińskiej:

„Sprawozdanie do nadzoru będzie musiało zawierać również informacje ilościowe na temat systemu zarządzania (zarządzanie ryzykiem, system kontroli wewnętrznej, schemat organizacyjny, wymogi dotyczące kompetencji i reputacji, wymogi dotyczące zarządzania), na temat wyceny na potrzeby wypłacalności (aktywów, zobowiązań, rezerw techniczno-ubezpieczeniowych), na temat zarządzania kapitałem. Zakres raportowania jest bardzo szeroki, a sposób, w jaki należy sporządzić formularze, również może przysporzyć zakładom ubezpieczeń wielu problemów”³.

³ E. Kalińska, *Wypełnianie nowych formularzy do sprawozdań może być kłopotliwe*, http://www.gu.com.pl/index.php?option=com_content&view=article&id=53575:wypenianie-nowych-formularzy-do-sprawozda-moe-by-kopotliwe&catid=129:rynek-ubezpieczeniowy&Itemid=151, dostęp: 22.04.2015.

Zgodnie z przewidywaniami środowiska ubezpieczeniowego uczynienie zadość temu obowiązkowi będzie stanowiło największy udział w nakładach finansowych, jakie zakłady ubezpieczeń będą obowiązane ponieść celem dostosowania się do wymogów dyrektywy.

Nadzór nad obowiązkiem ujawniania sytuacji finansowej towarzystw ubezpieczeń dyrektywa przypisuje organom nadzoru ubezpieczeniowego państw członkowskich. Razem ze skomplikowaną procedurą raportowania będzie miało to wpływ na model funkcjonowania zagranicznych firm ubezpieczeniowych w ramach swobody świadczenia usług. Obecnie firmy te prowadzą działalność ubezpieczeniową na terytorium całej Unii Europejskiej poprzez spółki „córki” lub oddziały. W przypadku świadczenia usług w formie spółki „córki”, spółka zależna podlega nadzorowi państwa, w którym ma siedzibę. Po wdrożeniu *Solvency II*, w kontekście raportowania, spółki te będą jednak obowiązane spełniać te wymogi w państwie, w którym spółka jest zarejestrowana. Z kolei w przypadku świadczenia usług w formie oddziału, oddział taki, inaczej niż spółka „córka”, podlega nadzorowi w państwie firmy ubezpieczeniowej otwierającej oddział. Co więcej, przepisy stanowiące wymóg raportowania wyłączają oddziały z podmiotowego zakresu zasięgu swojej regulacji. W związku z powyższym, zasadne jest przewidywanie chęci przekształcania przez zakłady ubezpieczeń spółek „córek” w oddziały celem uniknięcia obowiązku raportowania. Możliwość dokonywania takich przekształceń wciąż stoi jednak pod znakiem zapytania.

4. *Solvency II* a polski rynek ubezpieczeń gospodarczych – korzyści i obawy

Mając na uwadze powyższy wywód, jak również sytuację polskiego rynku ubezpieczeniowego i reasekuracyjnego, który na tle innych rynków europejskich jest jednym z najmniejszych, uzasadnione wydają się być obawy polskiego środowiska ubezpieczeniowego związane z wdrażaniem przedmiotowej dyrektywy. Ogromne nakłady finansowe niezbędne do zaprowadzenia porządku *Solvency II*, a następnie jego utrzymania mogą okazać się dla wielu zakładów ubezpieczeniowych barierą nie do pokonania, w efekcie czego rynek ubezpieczeń zostanie poddany gruntownej weryfikacji, a utrzymanie się na nim będzie oznaczać dla mniejszych zakładów ubezpieczeń spore wyzwanie.

Dyskusja wokół nowego systemu wypłacalności, w bardziej komercyjnym wymiarze, skupia się także na kwestii wysokości składki, a mianowicie ryzyka jej podwyższenia, będącego konsekwencją wzrostu minimalnego kapitału gwarancyjnego. Oczywistym jest, że w interesie ubezpieczycieli leży niedopuszczenie do urzeczywistnienia się skutków tego rodzaju, gdyż niewątpliwie wiązałoby się to ze spadkiem sprzedaży produktów ubezpieczeniowych i utratą klientów⁴. Niemniej, z perspektywy mechanizmów ekonomicznych wydaje się być to nieuniknione.

Z kolei traktując o korzyściach, jakie, w szczególności dla konsumenta, niesie za sobą *Solvency II* należy wymienić choćby minimalizację ryzyka niewypelnienia po stronie ubezpieczyciela zobowiązań z umów ubezpieczenia, ochronę adekwatności w dziedzinie konkurencji, wzrost świadomości konsumentów oraz ich ochrony przed niewypłacalnością zakładów

⁴ R. Skibińska, *Solvency II zrewolucjonizuje rynek ubezpieczeń*, 2014, <http://www.obserwatorfinansowy.pl/tematyka/rynki-finansowe/solvency-ii-zrewolucjonizuje-rynek-ubezpieczen/>, dostęp: 22.04.2015.

ubezpieczeń⁵. W sposób pośredni postanowienia dyrektywy najprawdopodobniej wpłyną na wzrost jakości produktów ubezpieczeniowych, czy lepszego dostosowania stawek ubezpieczeniowych do poziomu ryzyka.

Osobnym aspektem związanym z wdrażaniem dyrektywy *Solvency II* jest obowiązek jej prawidłowej i terminowej implementacji przez państwa członkowskie. Jak wskazano wyżej, z dniem 31 marca 2015 r. państwa członkowskie powinny dostosować przepisy krajowe do omawianych zmian. W Polsce postanowienia dyrektywy zostaną dopiero implementowane poprzez zastąpienie ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej⁶ ustawą o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej przygotowywaną obecnie przez Ministerstwo Finansów. Nie dotrzymując jednak wskazanego terminu, Polska naraża się na wynikające z tego konsekwencje, zarówno na płaszczyźnie państwo członkowskie–Unia Europejska, jak i w sferze praw jednostek. Z jednej strony bowiem, brak terminowej implementacji dyrektywy stanowi naruszenie art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁷ i może być przedmiotem skargi o naruszenie prawa Unii Europejskiej przez państwo członkowskie, z drugiej zaś, obywatele państw członkowskich mogą powoływać się w skargach kierowanych do organów państwowych na bezpośrednio skuteczne przepisy dyrektywy⁸.

5. Wnioski

Dyrektywa *Solvency II* to niewątpliwie ważny i potrzebny krok w kierunku integracji europejskiego rynku ubezpieczeniowego. Z nowym systemem wypłacalności wiąże się obecnie wiele nadziei na długoterminowe rozwiązanie problemu nienadążania wymogów kapitałowych za dynamicznym rozwojem ubezpieczeń i tym samym za wciąż pojawiającymi się nowymi ryzykami. Na doniosłość tych zmian wskazuje nie tylko *ratio* uchwalenia dyrektywy, ale przede wszystkim skutek, jaki jej wdrożenie ma wywołać. Modyfikacja wewnętrznych mechanizmów zarządzania towarzystwami ubezpieczeń bezsprzecznie wymusi na ubezpieczycielu zmianę schematu myślenia o działalności ubezpieczeniowej oraz przeniesienie jego uwagi z wyników sprzedażowych na efektywne zarządzanie ryzykiem i kwestie zabezpieczenia wypłacalności. I choć sporną jest kwestia tego, w jakim stopniu dyrektywa wpłynie na konstrukcję umowy ubezpieczenia, to pewnym jednak pozostaje twierdzenie, iż kolejnym etapem na drodze do pełnej harmonizacji sektora ubezpieczeniowego będzie ujednolicanie prawa materialnego. Moment rozpoczęcia bowiem funkcjonowania postanowień omawianej dyrektywy w praktyce wraz z potwierdzeniem się efektywności wdrażanego systemu będzie w mojej ocenie ostatecznym impulsem dla Unii Europejskiej do podjęcia konkretnych działań w kierunku utworzenia wspólnej umowy ubezpieczenia.

⁵ S. Schuckmann, *The impact of Solvency II on insurance market competition – an economic assessment*, 2007, s. 19.

⁶ Ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r., poz. 950 ze zm.).

⁷ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej podpisany w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007r. (Dz. Urz. UE 2012 C 326).

⁸ M.M. Kenig-Witkowska, A. Łazowski, R. Ostrihansky, *Prawo Instytucjonalne Unii Europejskiej*, Warszawa 2011, s. 171.

Implementing *Solvency II* Directive and its role in the integration process of the European insurance market

S u m m a r y

Facing the necessity of constructing a common insurance market, unexpectedly it turned out that local insurance systems harmonization is not an easy process to conduct and it requires to overcome a lot of obstacles such as diversity of local insurance systems and tax or insurance supervision regulations. However, the most important impediment is connected with member states' reluctance to change their civil and commercial law systems which is essential to achieve overall insurance harmonization. The European Union has already enacted a good deal of normative acts which adjust some areas of insurance law, nonetheless there is still room for improvement. The basis for the *Solvency II* creation was *Solvency I* Directive that developed minimum solvency requirements, in *Solvency II* the European Union intended to create long-term solutions based on risk factor that would be able to keep up with the market changes.

The Solvency II project aims to review the prudential regime for insurance and reinsurance undertakings in the European Union and to enhance consumer protection. Primarily this concerns the amount of capital that EU insurance companies must hold to reduce the risk of insolvency but it also affects insurance agreement and its proper performance which is said to be the main but hidden purpose of the Directive. The whole *Solvency II* regulation is divided into 3 pillars: I pillar introduces economic risk-based solvency requirements across all EU Member States such as interdependence between minimum capital requirements and risks taken by insurers. II pillar introduces new risk management (risk-based approach system involving all kind of risks) and insurance company governance. III pillar refers to general insurance market transparency idea which mainly involves reporting and disclosures duties.

Implementing *Solvency II* for sure will require a lot of insurers' effort to meet all demands. First of all, insurers will not avoid financial expenses and probably some of the insurance companies will not survive in the new conditions. On the other hand, the effect of insurance premium's increase is widely discussed as well. Nevertheless, the European market needs this reform to make a step forward to unify the whole insurance system which is the only open option to provide proper functioning of European internal market as it was assumed at the very beginning of the European Union's creation.

JEDNOLITY MECHANIZM NADZORCZY JAKO REMEDIUM NA KRYZYS FINANSOWY

1. Wstęp

Proces integracji europejskiej jest zagadnieniem, na które należy patrzeć całościowo. Integracja w jednym obszarze musi pociągać za sobą zmiany w innych. Wspólny rynek finansowy to nie tylko jedna waluta, ale także cała sieć współpracujących i powiązanych ze sobą instytucji finansowych oraz ich klienci, którym należy zapewnić dostateczną ochronę. To także gospodarki 28 państw członkowskich Unii Europejskiej, których rozwój i sprawne funkcjonowanie zależy właśnie od stabilnego sektora bankowego. Stabilny sektor bankowy, a szerzej rzecz ujmując – stabilny sektor finansowy, nie może zaś istnieć bez skutecznego mechanizmu nadzoru.

Ostatni kryzys na rynkach finansowych ukazał słabość Unii Europejskiej w tym obszarze. Pokazał, że nie dysponuje ona skutecznymi mechanizmami rozwiązywania kryzysów. W ciągu ostatnich kilku lat wprawdzie podejmowano na szczeblu Unii Europejskiej liczne próby przeprowadzenia reform w celu usprawnienia funkcjonowania wspólnego rynku finansowego, nie były one jednak w pełni efektywne.

Obecnie do najważniejszych proponowanych zmian należy koncepcja tzw. unii bankowej, która pojawiła się w 2012 r., składająca się z trzech filarów: jednolitego mechanizmu nadzoru, jednolitego mechanizmu restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji oraz systemu gwarancji depozytów. W toku prac nad tym projektem wyłoniło się jednak wiele problemów natury polityczno-prawnej.

2. Koncepcja normatywna nadzoru nad rynkiem finansowym Unii Europejskiej

Pojęcie „nadzór” w teorii nauk prawnych ma ustaloną treść, a jego dokładna specyfika różni się w zależności od dyscypliny prawa. Termin ten został wprowadzony w celu odróżnienia procesów nadzorczych od kontrolnych, gdyż charakteryzują się one różnorodnymi skutkami prawnymi, jednak bardzo często brakuje konsekwencji terminologicznej i pojęcia te stosowane są zamiennie¹.

Do elementów pojęcia „nadzór” w polskiej doktrynie zalicza się ustalenie stanu faktycznego oraz ustalenie stanu prawnego, a następnie dokonanie porównania badanego stanu rzeczy do stanu zgodnego z założonym wzorcem normatywnym. Ostatnim elementem jest wyciągnięcie wynikających stąd konkluzji pokontrolnych, uzupełnione stosowaniem środków weryfikująco-nadzorczych, które wymuszają prawidłowe funkcjonowanie podmiotów

* Autorka jest absolwentką Centrum Europejskiego Uniwersytetu Warszawskiego i Germanistyki na Wydziale Neofilologii Uniwersytetu Warszawskiego.

¹ M. Federowicz, *Nadzór nad rynkiem finansowym Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, s. 27.

prawa oraz dostosowanie ich działania do obowiązujących norm prawnych². Pod pojęciem „nadzór” rozumie się więc kontrolę zgodności działania określonego podmiotu z obowiązującym prawem oraz kompetencję do merytorycznego korygowania działalności podmiotu poddanego nadzorowi³.

Nadzór jest więc swego rodzaju funkcją organu administracji publicznej przejawiającą się w zapewnianiu przestrzegania zgodności działania podmiotów objętych nadzorem z obowiązującym prawem⁴ lub też dbałością o zgodność z prawem działania jakiegoś podmiotu. W drugim przypadku nadzór rozumiany jest jako instytucja prawa materialnego a nie instytucja prawnoustrojowa, co można zaobserwować również na gruncie prawa rynku finansowego⁵.

W prawie rynku finansowego pojęcie „nadzoru” oznacza zapewnienie przez organ nadzorujący przestrzegania prawa przez podmioty, jak i obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa działalności instytucjom kredytowym i finansowym⁶, funkcjonującym na rynku. W sytuacji naruszenia prawa po stronie nadzorcy aktywizuje się kompetencja do zastosowania środków nadzorczych, które są precyzyjne uregulowane przepisami prawa⁷ i stosowane przez nadzorcę z woli ustawodawcy⁸. Nadzór ten ma charakter zewnętrzny⁹.

² Szerzej na temat pojęcia nadzoru w: L. Góral, *Nadzór bankowy*, Warszawa 1998, s. 11 i n.

³ U. Kalina-Prasznica (red.), *Encyklopedia prawa*, Warszawa 2007, s. 409.

⁴ M. Szewczyk, *Nadzór w materialnym prawie administracyjnym*, Poznań 1996; S. Jędrzejewski, *Zakres pojęcia „nadzór” w doktrynie prawa administracyjnego (kolejna próba zbliżenia poglądów)*, [w:] Z. Niewiadomski, *Administracja publiczna u progu XXI w. Prace dedykowane prof. zw. dr hab. Janowi Szreniawskiemu z okazji Jubileuszu 45-lecia pracy naukowej*, Przemyśl 2000, s. 274 i n.

⁵ R. Kaszubski, *Funkcjonalne źródła prawa bankowego publicznego*, Warszawa 2006, s. 54-57; L. Góral, *Nadzór bankowy...*, *op. cit.*, s. 11-23; B. Smykla, *Nadzór bankowy w ustawie o nadzorze nad rynkiem finansowym – wybrane zagadnienia*, „Prawo Bankowe” 2007, nr 1, s. 48 i n.

⁶ W kontekście prawa UE możemy mówić o wąskim i szerokim rozumieniu pojęcia „instytucja finansowa”. W szerokim rozumieniu instytucja finansowa to każdy podmiot działający na rynku finansowym i świadczący usługi finansowe. Natomiast z dyrektywy 2006/48/WE (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 14 czerwca 2006 r. nr 2006/48/WE w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe, Dz. Urz. UE L 177 z dnia 30 czerwca 2006 r., s. 1) możemy wywieść wąskie znaczenie tego pojęcia, według którego instytucją finansową jest podmiot inny niż instytucja kredytowa, zajmujący się w swej podstawowej działalności nabywaniem pakietów akcji lub wykonywaniem jednego lub więcej spośród rodzajów działalności wymienionych w załączniku do wyżej wymienionej dyrektywy. Nie może ona również przyjmować wkładów i innych tytułów zwrotnych od ludności, ale może wykonywać np. usługi płatnicze. Taki stan rzeczy wywołuje szczególnie problem dotyczący banków, gdyż mamy do czynienia z różnym ich rozumieniem w prawie polskim i prawie Unii Europejskiej. Szerzej na ten temat: E. Fojcik-Mastalska, *Instytucja finansowa i kredytowa w projekcie nowelizacji Prawa bankowego*, „Prawo Bankowe” 2001, nr 5, s. 19-24; P. Zapadka, *Polskie instytucje finansowe w Unii Europejskiej*, „Prawo i Podatki Unii Europejskiej” 2005, nr 5, s. 12 i 46.

⁷ E. Rutkowska-Tomaszewska, *Nadzór bankowy*, [w:] E. Fojcik-Mastalska, *Prawo finansowe*, Warszawa 2011, s. 556.

⁸ A. Dobaczewska, *Nadzór bankowy*, [w:] A. Drwillo, D. Maśniak, *Leksykon prawa finansowego. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2009, s. 214.

⁹ D. Wojtczak, *Nadzorowanie instytucji finansowych*, [w:] E. Fojcik-Mastalska, *Prawo finansowe*, Warszawa 2011, s. 488.

Zagadnienia nadzorcze możemy rozpatrywać z różnych perspektyw. Biorąc pod uwagę zakres tego pojęcia, wyróżnia się nadzór *sensu stricte* i nadzór *sensu largo*¹⁰. Oprócz rozróżniania zagadnień związanych z nadzorem *sensu stricte* i *sensu largo* w literaturze przedmiotu spotkamy się także z innymi podziałami. I tak w zależności od materii podlegającej nadzorowi możemy mówić o nadzorze nad sektorem bankowym, usług płatniczych, kapitałowym i ubezpieczeniowym, a gdy weźmiemy pod uwagę rodzaj nadzorowanych podmiotów będzie można rozróżnić nadzór skonsolidowany i nadzór indywidualny oraz nadzór zintegrowany i nadzór rozproszony¹¹. Można również rozpatrywać nadzór w ujęciu instytucjonalnym, funkcjonalnym i normatywnym¹².

Jeśli chodzi o pojęcie „europejskiego nadzoru finansowego” funkcjonowało ono w literaturze przedmiotu już dużo wcześniej przed uchwaleniem regulacji dotyczących Europejskiego Systemu Nadzoru Finansowego (ESNF). Takim mianem określano m.in. przepisy uchwalane przez KE i Radę w związku z wdrażaniem do prawa UE ustaleń Bazylejskiego Komitetu ds. Nadzoru Bankowego¹³. Nie można było jednak wtedy jeszcze mówić o istnieniu usystematyzowanej struktury nadzorczej w ujęciu organizacyjnym, materialno-prawnym, proceduralnym i kompetencyjnym¹⁴. Do tej pory nie istnieje również żadna legalna definicja pojęcia nadzoru UE nad rynkiem finansowym. W regulacjach dotyczących ESNF oraz jednolitego nadzoru bankowego możemy znaleźć jedynie przepisy, które pozwalają na dokonanie interpretacji tego pojęcia¹⁵.

Nadzór w znaczeniu instytucjonalnym odnosi się więc do podmiotów kompetentnych w podejmowaniu decyzji dotyczących procesu kontroli i nadzoru. W ramach UE takie funkcje pełni Europejska Rada ds. Ryzyka Systemowego (dalej: ERRS) i Europejskie Urzędy Nadzoru, a od 4 listopada 2014 r. również takie uprawnienia uzyskał Europejski Bank Centralny¹⁶.

W wymiarze funkcjonalnym elementem istotnym jest wyposażenie organów nadzoru w odpowiednie instrumenty służące realizacji celów i zadań postawionych przed tymi organami przez prawodawcę. W kontekście europejskim związane są z tym pewne wątpliwości, ponieważ ERRS oraz Europejski Urząd Nadzoru wyposażone są w zasadzie jedynie w instrumenty, które nie są wiążące dla nadzorowanych podmiotów. Po głębszej analizie dochodzi się jednak do wniosku, że z uwagi na specyfikę źródeł prawa UE – np. duże

¹⁰ Szerzej na ten temat w: M. Federowicz, *Nadzór nad rynkiem...*, *op. cit.*, s. 33–34; C. Kosikowski, *Publiczne prawo bankowe*, Warszawa 1999, s. 313 i 314; L. Góral, *Nadzór bankowy...*, *op. cit.*

¹¹ A.M. Jurkowska, *Nadzór nad konglomeratami finansowymi a przyszły kształt nadzoru nad jednolitym rynkiem finansowym Unii Europejskiej*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, t. XIV, s. 646 i n.

¹² S. Glatzl, *Geldpolitik und Bankenaufsicht im Konflikt: Die Pflicht der Mitgliedstaaten zur Unterstützung der EZB im Bereich der Preisstabilität unter besonderer Berücksichtigung der Bankenaufsicht*, Baden-Baden 2009, s. 91.

¹³ S. Jörgens, *Die koordinierte Aufsicht über europaweit tätige Bankengruppen*, Baden-Baden 2002, s. 119 i n.; Ch. Ohler, *Europäisches Bankenaufsichtsrecht*, [w:] P. Derleder, K.O. Knops, H.G. Bamberger, *Handbuch zum Deutschen und Europäischen Bankenrecht*, Berlin-Heidelberg 2009, s. 2245.

¹⁴ M. Federowicz, *Nadzór nad rynkiem...*, *op. cit.*, s. 115.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

znaczenie *soft law* – oraz kontrowersje rodzące się podczas regulowania materii rynku finansowego, często uzyskują one większą skuteczność niż środki prawnie wiążące¹⁷.

Wspólnym mianownikiem dla nadzoru na poziomie krajowym i na poziomie europejskim jest również cel, którym jest osiągnięcie stabilności finansowej. W zależności od szczebla, jaki rozpatrujemy, ulega on jednak pewnej modyfikacji, z czego wynikają pewne trudności interpretacyjne, gdyż krajowa stabilność finansowa nie zawsze musi iść w parze ze stabilnością finansową UE jako całości¹⁸.

Istotą nadzoru unijnego jest zaś zapewnienie przestrzegania przez podmioty nadzorowane przepisów prawa UE dotyczących jednolitego rynku finansowego oraz zapewnienie bezpieczeństwa funkcjonowania podmiotom nadzorowanym i uczestnikom rynku finansowego UE w celu uzyskania stabilności finansowej UE i zapobiegania kryzysom finansowym (nadzór *sensu largo*), a w razie naruszenia tych przepisów lub zagrożeń dla stabilności finansowej możliwość stosowania przez nadzorcę środków wiążącego oddziaływania na nadzorowanych (nadzór *sensu stricto*)¹⁹.

Należy również podkreślić, że nadzór UE nad rynkiem finansowym można rozpatrywać w dwóch aspektach: pozytywnym i negatywnym²⁰. Pozytywne ujęcie nadzoru nad rynkiem finansowym jest bardzo szerokie. Obejmuje ono nadzór pełniony na szczeblu UE nad realizacją przez państwa członkowskie wszelkich norm dotyczących prawa finansowego, określonych w prawie UE, a więc także prawa budżetowego, podatkowego czy celnego.

Dlatego też bardziej zasadne jest rozpatrywanie negatywnego aspektu nadzoru, który pozwala wyłączyć z zakresu pojęcia czynności i stany, które nie stanowią nadzoru sprawowanego na szczeblu UE nad rynkiem finansowym UE oraz czynności realizowane przez OLAF²¹, a także działania polegające na koordynacji na szczeblu UE gospodarek państw członkowskich wynikające z przepisów tzw. Sześciopaku²². Wyróżnienie tych dwóch

¹⁷ F. Eilis, A. Kern, *Can soft law bodies be effective?: The special case of European Systemic Risk Board*, „European Law Review” 2010, nr 6, s. 751–776.

¹⁸ M. Federowicz, *Nadzór nad rynkiem...*, *op. cit.*, s. 123.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Europejski Urząd ds. Zwalczenia Nadużyć Finansowych w UE działający na podstawie decyzji KE z dnia 28 kwietnia 1999 r. nr 1999/352/WE ustanawiająca Europejski Urząd ds. Zwalczenia Nadużyć Finansowych, Dz. Urz. UE L 136 z 31 maja 1999 r., s. 110 oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 maja 1999 r. nr 1073/1999 dotyczącego dochodzeń prowadzonych przez Europejski Urząd ds. Zwalczenia Nadużyć Finansowych, Dz. Urz. UE L 136 z 31 maja 1999 r., s. 91 i rozporządzenia z dnia 25 maja 1999 r. nr 1074/1999 dotyczącego dochodzeń prowadzonych przez Europejski Urząd ds. Zwalczenia Nadużyć Finansowych, Dz. Urz. UE L 136 z 31 maja 1999 r., s. 98.

²² Sześciopak – Ramy Prawne Gospodarczego Zarządzania UE, na które składają się: Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 listopada 2011 r. nr 1173/2011 w sprawie skutecznego egzekwowania nadzoru budżetowego w strefie euro, Dz. Urz. UE L 306 z 23 listopada 2011 r., s. 1; rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 listopada 2011 r. nr 1174/2011 w sprawie środków egzekwowania korekty nadmiernych zakłóceń równowagi makroekonomicznej w strefie euro, Dz. Urz. UE L 306 z dnia 23 listopada 2011 r., s. 8; rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 listopada 2011 r. nr 1175/2011 zmieniające rozporządzenie Rady nr 1466/97 w sprawie wzmocnienia nadzoru pozycji budżetowych oraz nadzoru i koordynacji polityk gospodarczych, Dz. Urz. UE L 306 z dnia 23 listopada

aspektów pozwala na dokładne oddzielenie nadzoru nad rynkiem finansowym UE od, będących także skutkiem kryzysu, „ram nadzoru na poziomie UE nad krajowymi politykami gospodarczymi”, których zakres treściowy, kompetencyjny, jak i organizacyjno-strukturalny znacznie się od siebie różni²³.

Podsumowując powyższe rozważania, pod pojęciem nadzoru UE nad rynkiem finansowym należy rozumieć wielopłaszczyznowy sieciowy nadzór finansowy nad rynkiem finansowym UE, który jest realizowany w celu zapewnienia stabilności finansowej UE. Obejmuje on sektor bankowy i usług płatniczych, kapitałowy oraz ubezpieczeniowy²⁴. Opiera się on na następujących zasadach: wzajemnym uznawaniu praktyk nadzorczych w państwach członkowskich²⁵, zasadzie kompetencji dzielonych między UE a państwa członkowskie i zasadzie subsydiarności²⁶.

3. Koncepcja tzw. unii bankowej

Koncepcja utworzenia zintegrowanych ram finansowych (tzw. unii bankowej) została po raz pierwszy przedstawiona przez przewodniczącego Komisji J.M. Barroso na nieformalnym posiedzeniu Rady Europejskiej 23 maja 2012 r.²⁷ Najważniejszymi elementami tej propozycji były:

- 1) wprowadzenie w całej UE jednolitych przepisów w sprawie bankowości, które będą obejmować wspólne, choć elastyczne, wymogi dotyczące obowiązkowych rezerw kapitałowych w bankach;
- 2) jeden unijny organ nadzorczy sprawujący bezpośrednią kontrolę nad znaczącymi instytucjami kredytowymi;
- 3) wspólne przepisy zapobiegające upadłości banków oraz dotyczące interwencji, w przypadku gdy bank ma problemy finansowe;
- 4) jednolity system gwarantowania depozytów chroniący deponentów w całej UE, gdziekolwiek mają oszczędności lub inwestycje²⁸.

Na szczycie Rady Europejskiej w czerwcu 2012 r. Przewodniczący Rady Europejskiej, we współpracy z przewodniczącymi Komisji i Eurogrupy oraz prezesem Europejskiego

2011 r., s. 25; rozporządzenie Rady z dnia 8 listopada 2011 r. nr 1177/2011 zmieniające rozporządzenie nr 1467/97 w sprawie przyspieszenia i wyjaśnienia procedury nadmiernego deficytu, Dz. Urz. UE L 306 z dnia 23 listopada 2011 r. oraz dyrektywa Rady z dnia 8 listopada 2011 r. nr 2011/85/UE w sprawie wymogów dla ram budżetowych państw członkowskich, Dz. Urz. UE L 3006 z dnia 23 listopada 2011 r., s. 41.

²³ M. Federowicz, *Nadzór nad rynkiem...*, *op. cit.*, s. 119.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ E. Wymeersch, *The Future of Financial Regulation and Supervision in Europe*, CMLR 2005, nr 4, s. 987.

²⁶ W. Molle, *Ekonomika integracji Europejskiej – teoria, praktyka i polityka*, Gdynia 2000, s. 510 i 525; J. Borowiec, *Ekonomika integracji europejskiej*, Wrocław 2011, s. 259.

²⁷ A. Jurkowska-Zeidler, *Nowe organy i instytucje bezpieczeństwa rynku finansowego...*, *op. cit.*; M. Zaleska, *Unia Bankowa*, Warszawa 2013; *Speech by President Barroso ahead of the European Council: "Moving Europe Forward"*, SPEECH/12/494, 26 June 2012.

²⁸ M. Zaleska, *Unia Bankowa...*, *op. cit.*; S. Kasiewicz, L. Kurkliński, *Europejska unia bankowa a szanse i zagrożenia dla rozwoju polskiego sektora bankowego*, [w:] A. Alińska, B. Pietrzak, *Stabilność systemu finansowego – Instytucje, Instrumenty, Uwarunkowania*, Warszawa 2012.

Banku Centralnego, przedstawił natomiast sprawozdanie zatytułowane „W kierunku faktycznej unii gospodarczej i walutowej”, które określa cztery filary przyszłej Unii Gospodarczej i Walutowej²⁹. Są to:

- 1) zintegrowane ramy finansowe,
- 2) zintegrowane ramy budżetowe,
- 3) zintegrowane ramy polityki gospodarczej,
- 4) zapewnienie niezbędnej demokratycznej legitymacji.

Zintegrowane ramy finansowe, obejmujące wszystkie państwa członkowskie, mają się składać zaś z następujących elementów:

- 1) jednolitego europejskiego systemu nadzoru bankowego,
- 2) europejskiego systemu gwarantowania depozytów,
- 3) europejskiego systemu restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji banków³⁰.

W październiku 2013 r. Rada Unii Europejskiej przyjęła ostateczne brzmienia dwóch rozporządzeń, których celem jest ustanowienie Jednolitego Mechanizmu Nadzorczego (ang. *Single Supervisory Mechanism* – SSM): Rozporządzenia Rady nr 1024/2013 powierzającego Europejskiemu Bankowi Centralnemu szczególne zadania w odniesieniu do polityki związanej z nadzorem ostrożnościowym nad instytucjami kredytowymi oraz Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1022/2013 zmieniającego rozporządzenie nr 1093/2010 w sprawie ustanowienia Europejskiego Urzędu Nadzoru w odniesieniu do powierzenia Europejskiemu Bankowi Centralnemu szczególnych zadań zgodnie z rozporządzeniem Rady 1024/2013³¹. Podstawą nadania nowych kompetencji dla EBC był zaś art. 127 ust. 6 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej³². W skład Jednolitego Mechanizmu Nadzorczego wchodzi EBC i odpowiednie organy nadzorcze państw uczestniczących³³.

Na podstawie art. 7 rozporządzenia w sprawie Jednolitego Mechanizmu Nadzorczego udział w unii bankowej jest obowiązkowy dla wszystkich państw strefy euro, a każde z państw członkowskich nieposiadające wspólnej waluty może przystąpić do niego dobrowolnie na zasadach tzw. „bliskiej współpracy”.

Rozporządzenie w sprawie Jednolitego Mechanizmu Nadzorczego nadało EBC określone kompetencje w celu realizacji powierzonych mu nowych zadań. Na mocy art. 4 tego rozporządzenia przedmiotowy zakres oddziaływania europejskiego nadzoru bankowego ma być bardzo szeroki. Obejmować ma m.in. procesy licencjonowania, regulowania, kontrolowania i sankcjonowania. Niezwykle ważnym zadaniem EBC będzie również zapewnienie zgodności ze wszystkimi aktami Unii nakładającymi wymogi ostrożnościowe na instytucje kredytowe w zakresie funduszy własnych, sekurytyzacji, limitów znacznych ekspozycji,

²⁹ S. Verhelst, *The Single Supervisory Mechanism: A Sound First Step in Europe's Banking Union?* European Affairs Programme Working Paper, http://ec.europa.eu/internal_market/finances/banking-union/single-supervisory-mechanism/index_en.htm, dostęp: 24.05.2013; S. Kasiewicz, L. Kurkliński, *Europejska unia bankowa a szansa i zagrożenia...*, *op. cit.*, s. 383.

³⁰ *Ibidem*, M. Zaleska, *Unia Bankowa*, Warszawa 2013.

³¹ S. Verhelst, *The Single Supervisory Mechanism: A Sound First Step in Europe's Banking Union?...*, *op. cit.*

³² Wersja skonsolidowana Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE C 83 z 30/03/2010, s. 47–403.

³³ Państwa-członkowie strefy euro i państwa, które zdecydowały się na podjęcie tzw. „bliskiej współpracy”.

plynności, dźwigni finansowej, sprawozdawczości i podawania do publicznej wiadomości informacji dotyczących tych kwestii, a także zapewnienie wykonywania tych aktów, które nakładają na instytucje kredytowe wymogi mające na celu zapewnienie skutecznych metod zarządzania³⁴.

W zakres obowiązków EBC nie będą wchodzić jednak kwestie związane z ochroną konsumentów, przeciwdziałaniem praniu brudnych pieniędzy i nadzorem usług płatniczych. EBC zatem będzie sprawował głównie nadzór mikroostrożnościowy³⁵.

Nowy jednolity nadzór (SSM) odnosić się będzie do „istotnych” instytucji kredytowych, a pozostałe instytucje kredytowe będą podlegały nadzorowi właściwych organów krajowych, z zastrzeżeniem jednak, że EBC w każdej chwili będzie mógł przejąć bezpośredni nadzór nad nimi w celu zapewnienia stosowania wysokich standardów nadzorczych. Przy ocenie brane będzie pod uwagę przede wszystkim, czy dana instytucja odgrywa znaczącą rolę dla gospodarek państw członkowskich i całej UE. Uzgodniono, że istotne instytucje kredytowe to takie, których całkowita wartość aktywów przekracza 30 mld euro lub stosunek całkowitej wartości ich aktywów do PKB uczestniczącego państwa członkowskiego, w którym instytucja kredytowa ma siedzibę przekracza 20%, chyba że całkowita wartość ich aktywów jest niższa niż 5 mld euro. Zgodnie z art. 6 Rozporządzenia w sprawie Jednolitego Mechanizmu Nadzorczego istotnym faktem przy wyborze jest również to, czy dana instytucja kredytowa wnioskowała bądź otrzymała wcześniej publiczną pomoc finansową w ramach Europejskiego Mechanizmu Stabilności lub Europejskiego Instrumentu Stabilności Finansowej.

Z szacunków wynika, że około 130 banków, na które przypada około 85% aktywów w strefie euro będzie podlegało pod bezpośredni nadzór EBC. Jednocześnie pod nadzorem właściwych organów krajowych pozostanie tylko w samej strefie euro około 6000 instytucji kredytowych³⁶.

4. Jednolity mechanizm nadzorczy w świetle prawa UE

W toku prac nad projektem modelu jednolitego nadzoru bankowego pojawiło się wiele punktów spornych. Nie wszystkie państwa członkowskie były zdania, że art. 127 ust. 6 TFUE jest wystarczającym źródłem przekazania kompetencji nadzorczych na rzecz EBC. Wielu czołowych europejskich polityków twierdziło, że wymagałoby to zmiany traktatów. Kontrowersje budziła również kwestia niezależności EBC i wyraźnego podziału kompetencji między te dotyczące jednolitego nadzoru i te dotyczące prowadzenia polityki pieniężnej. Głosy sprzeciwu pojawiały się również w odniesieniu do pozycji państw spoza strefy euro, które dobrowolnie mogą przystąpić do SSM, jednak nie uzyskają one pełni praw w tym obszarze. Zdaniem niektórych osłabia to znacznie ich pozycję i prowadzi do tworzenia tzw. „Europy dwóch prędkości”. Nasuwa się również pytanie, czy aby na pewno zasadne było nakładanie na EBC szeregu kompetencji nadzorczych w momencie, gdy istniały już Europejski Urząd Nadzoru Bankowego i Europejska Rada ds. Ryzyka Systemowego.

³⁴ K. Pawlik, *Kompetencje organów w ramach SSM*, Bank 2014, nr 1, s. 12–14.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ M. Zaleska, *Unia Bankowa...*, *op. cit.*

Już sama podstawa traktatowa, jaką jest art. 127 TFUE, wydaje się być niewystarczająca. W procesie legislacyjnym dokonano zbyt szerokiej interpretacji tego przepisu, co mogło być chociażby skutkiem presji opinii publicznej oczekującej poprawy na rynku finansowym w dobie kryzysu ekonomicznego. Wydaje się, że na mocy tego przepisu EBC może pełnić jedynie funkcję doradczą, a nie, jak przewiduje Rozporządzenie w sprawie Jednolitego Mechanizmu Nadzorczego, być organem nadzorczym dla istotnych instytucji kredytowych, nawet jeśli jest to tylko stosunkowo niewielka grupa nieposiadająca znacznego udziału w rynku.

Wynika to z faktu, że zgodnie z ust. 1 wyżej wymienionego artykułu głównym celem ESBC oraz EBC jest utrzymanie stabilności cen. Cel ten ma pierwszeństwo przed dwoma innymi, które da się wywieść z traktatu, a mianowicie przed: wspieraniem ogólnych polityk gospodarczych Unii (art. 127 ust. 2 TFUE) oraz przed realizacją celów ustalonych wtedy, gdy Rada określiłaby ogólne uwarunkowania polityki kursu walutowego w stosunku do krajów nienależących do strefy euro (art. 219 ust. 1 TFUE)³⁷.

Zakres podmiotowy obowiązywania art. 127 budzi także inne znaczące trudności interpretacyjne. Wiąże się to z art. 139, który zawiera zakres derogacji obejmujący m.in. art. 127 ust. 1–3 i 5. Niektórzy z teoretyków³⁸ twierdzą wręcz, że oznaczałoby to wyłączenie banków centralnych państw objętych derogacją z obowiązku realizacji ich polityki pieniężnej nakierowanej na osiągnięcie stabilizacji cenowej, co wiązałoby się z zawężoną interpretacją zakresu stosowania art. 130 TFUE, łączącego konstrukcję niezależności banków centralnych z kompetencjami z art. 127 TFUE.

W systemie prawnym UE ani EBC ani ESBC nie mają jednak traktatowo powierzonych konkretnych kompetencji do określania standardów nadzoru ostrożnościowego i sprawowania go. Jediną furtkę stanowi klauzula zawarta w art. 127 ust. 5: „ESBC przyczynia się do należytego wykonywania polityk prowadzonych przez właściwe władze w odniesieniu do nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami kredytowymi i do stabilności systemu finansowego”.

Oznacza to, że banki centralne Europejskiego Systemu Banków Centralnych (ESBC) mogą mieć kompetencje do podejmowania działań w zakresie nadzoru ostrożnościowego, jednak ESBC jako całość takich kompetencji nie posiada. Przesądza to o zdecentralizowanym kształcie tejże regulacji traktatowej skoordynowanej jednak zarówno na poziomie unijnym, jak i międzynarodowym na podstawie układów bazylejskich, która opiera się na wzajemnym uznawaniu działań właściwych krajowych instytucji nadzoru. Wynika stąd także, że EBC może pełnić tu jedynie rolę wspomagającą. Sformułowanie „przyczyniania się do należytego wykonywania polityk prowadzonych przez właściwe władze” sugeruje zewnętrzne usytuowanie członów Systemu wobec władz nadzorczych i ich działań oraz zakłada ich wspomaganie, np. poprzez doradztwo³⁹.

³⁷ A. Wróbel, *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej – Komentarz*, t. II, Warszawa 2012, s. 742.

³⁸ Tak np.: U. Häde, *Unabhängigkeit für die ungarische Nationalbank? Zum Status der Zentralbanken von Mitgliedstaaten mit Ausnahmeregelung*, EuZW 2005, s. 678–682.

³⁹ Sz. Pawłowski, *Nowe zadania Europejskiego Banku Centralnego – wybrane zagadnienia*, „Gdańskie Studia Prawnicze”, t. XVI, Gdańsk 2007, s. 711 i n.

Takie rozwiązanie spotyka się jednak coraz częściej z krytyką, gdyż tego typu system nie jest efektywny w walce z poważniejszymi kryzysami finansowymi, co mogliśmy doskonale obserwować w UE podczas ostatniego kryzysu finansowego.

Samo zaś przekazanie kompetencji nadzorczych EBC nie jest zgodne zdaniem wielu⁴⁰ z ust. 6 tegoż artykułu, który brzmi: „Rada, stanowiąc w drodze rozporządzeń zgodnie ze specjalną procedurą prawodawczą, jednomyślnie i po konsultacji z Parlamentem Europejskim oraz Europejskim Bankiem Centralnym, może powierzyć Europejskiemu Bankowi Centralnemu szczególne zadania dotyczące polityk w dziedzinie nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami kredytowymi i innymi instytucjami finansowymi, z wyjątkiem instytucji ubezpieczeniowych”.

Wynika to z faktu, że taka konstrukcja prawna prowadzi do konfliktu interesów pomiędzy zadaniami wykonywanymi przez EBC w ramach prowadzenia polityki monetarnej i zadaniami dotyczącymi jednolitego nadzoru bankowego. EBC może np. w celu poprawienia kondycji banków objętych nadzorem zrezygnować z prowadzenia polityki stabilności cen, do której jest zobowiązany na mocy art. 127 TFUE.

W sytuacjach kryzysowych EBC może dawać np. pierwszeństwo realizacji celów związanych z prowadzeniem polityki monetarnej nad ograniczeniami wynikającymi z prowadzenia nadzoru makroostrożnościowego. W czasie negocjowania kształtu rozporządzenia, te kwestie podnosiły m.in. Niemcy i Polska. Ich zdaniem może dojść do sytuacji, że EBC w warunkach ujemnej dynamiki PKB w strefie euro będzie prowadził ekspansywną politykę pieniężną, oczekując podobnych zachowań od podległych mu banków komercyjnych. A przecież powinien działać w sposób przeciwny, czyli powinien skłaniać do zmniejszania ekspozycji na ryzyko⁴¹.

Kolejną kwestią problematyczną jest fakt, że taka konstrukcja sprzeciwia się postanowieniom traktatowym przypisującym ogromną rangę zasadzie niezależności EBC i ESBC. Wynika to z faktu, że Rada Prezesów jest ostatecznym organem decyzyjnym w procesie nadzorczym (zatwierdza lub odrzuca projekty decyzji Rady ds. Nadzoru), może więc dojść do pewnego rodzaju konfliktu interesów wynikającego z częstej rozbieżności celów polityki pieniężnej i polityki nadzorczej (tzw. „zakłęty krąg niemożliwości”).

Art. 130 zawiera zasadniczy wymóg niezależności. Według tego przepisu: „W wykonywaniu uprawnień oraz zadań i obowiązków, które zostały im powierzone Traktatami i Statutem ESBC i EBC, ani Europejski Bank Centralny, ani krajowy bank centralny, ani członek któregośkolwiek z ich organów decyzyjnych nie zwracają się o instrukcje, ani ich nie przyjmują od instytucji, organów ani jednostek organizacyjnych Unii, rządów Państw Członkowskich, ani jakiegokolwiek innego organu. Instytucje, organy i jednostki organizacyjne Unii, jak również rządy Państw Członkowskich zobowiązują się szanować tę zasadę i nie dążyć do wywierania wpływu na członków organów decyzyjnych Europejskiego Banku Centralnego lub krajowych banków centralnych przy wykonywaniu ich zadań”. Artykuł ten zabrania więc organom decyzyjnym EBC, jak i krajowych banków centralnych zwracania

⁴⁰ Sz. Pawłowski, *Nowe zadania Europejskiego Banku Centralnego...*, *op. cit.*; A. Wróbel, *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej...*, *op. cit.*; S. Griller, B. Dutzler, *Das Recht der Europäischen Union, Kommentar*, Band II, München 2008.

⁴¹ G. Brudziński, *Wymuszenie decyzji*, Bank 2013, nr 1.

się o wydawanie dyspozycji i ich przyjmowania od innych instytucji i organów UE, jak też rządów państw członkowskich, a te natomiast zobowiązuje do rezygnacji z jakichkolwiek sposobów wywierania wpływu na organy decyzyjne EBC i krajowych banków centralnych⁴².

Artykuł ten zostaje ponadto uzupełniony poprzez art. 131 TFUE nakładający na państwa członkowskie – także te objęte derogacją – obowiązek zapewnienia zgodności krajowych norm prawnych z traktatami oraz statutem ESBC i EBC⁴³. Wymóg zgodności ustawodawstwa krajowego nie oznacza, że na mocy Traktatu wymagana jest harmonizacja statutów krajowych banków centralnych, czy to wzajemnie pomiędzy sobą, czy też ze Statutem. Specyfika krajowa może zostać zachowana, o ile nie narusza wyłącznych kompetencji monetarnych Unii⁴⁴. Art. 114 Statutu ESBC i EBC zezwala nawet na to, aby banki centralne pełniły inne funkcje, niż tylko te przewidziane w Statucie w momencie, gdy nie są one sprzeczne z celami i zadaniami ESBC⁴⁵.

Kwestia pozycji państw nieposiadających wspólnej waluty również nie została do końca wyjaśniona. Problem wynika z jednej strony z trudności interpretacyjnych dotyczących przepisów traktatowych przyznających tym państwom pewien zakres derogacji. Z drugiej zaś wątpliwości budzi kwestia państw, niebędących członkami strefy euro, które zdecydowały się na podjęcie tzw. „bliskiej współpracy”. Problem stanowi tu zakres ich praw i obowiązków. Mimo, iż będą one posiadały swoich reprezentantów w Radzie ds. Nadzoru (państwa, które zdecydują się na „bliską współpracę”), ich pozycja będzie ograniczona z uwagi na fakt, że ostateczna decyzja zależeć będzie zawsze od Rady Prezesów, reprezentowanej jedynie przez przedstawicieli państw strefy euro.

Pojawił się zatem problem, co zrobić, żeby Rada Prezesów nie podjęła decyzji krzywdzącej państwa spoza strefy euro. W celu jego rozwiązania, wprowadzono mechanizm, który polega na tym, że kompromis wypracowany przez Radę ds. Nadzoru Rada Prezesów EBC może jedynie zaaprobować lub odrzucić, ale nie może go zmienić⁴⁶.

Istnieją również inne reguły zabezpieczające interesy krajów nienależących do strefy euro. Przykładowo w momencie, gdyby któryś kraj uznał, że projekt przyjęty przez Radę ds. Nadzoru godzi w jego interesy, może odwoływać się do Rady Prezesów. Gdyby natomiast projekt przyjęty już przez Radę ds. Nadzoru Rada Prezesów EBC odrzuciła, kraj może odwołać się ponownie do Rady ds. Nadzoru. W ten sposób wypracowywany byłby konsensus⁴⁷.

Może pojawić się jednak konflikt nierozwiązywalny i wtedy kraj uczestniczący w SSM może chcieć natychmiast opuścić ten mechanizm. Kraj ten może również zostać wykluczony przez Radę Prezesów lub Radę ds. Nadzoru, gdy nie respektuje jej postanowień⁴⁸.

⁴² H. Gronkiewicz-Waltz, *Europejska Unia Gospodarcza i Walutowa...*, *op. cit.*, s. 104 i n.

⁴³ A. Wróbel, *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej – Komentarz*, t. II, s. 767.

⁴⁴ Europejski Bank Centralny, *Raport o konwergencji*, Maj 2012, s. 22, <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/conrep/cr201205pl.pdf>, dostęp: 12.06.2014.

⁴⁵ Europejski Bank Centralny, *Raport o konwergencji...*, *op. cit.*; H. Gronkiewicz-Waltz, *Europejska Unia Gospodarcza i Walutowa...*, *op. cit.*

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ J. Romotowski, *Unia bankowa potrzebna, ale wciąż więcej jest pytań niż odpowiedzi*, „Obserwator finansowy”.

⁴⁸ Rozporządzenie Rady (UE) nr 1024/2013 z dnia 15 października 2013 r. powierzające Europejskiemu Bankowi Centralnemu..., *op. cit.*

Powyższe zastrzeżenia prowadzą również do wniosku, że uzasadnienie może znajdować także zarzut naruszenia podstawowych zasad ustrojowych Unii Europejskiej, takich jak zasada proporcjonalności i zasada pomocniczości. Przekazanie kompetencji (w tym przypadku nadzorczych) na poziom ponadnarodowy powinno być uzasadnione znacznym zwiększeniem efektywności podejmowanych działań i brakiem możliwości osiągnięcia podobnych efektów na poziomie krajowym mniej uciążliwymi metodami. Ze względu na to, że obecny model nadzoru UE nad rynkiem finansowym czerpie zarówno z doświadczeń prawa krajowego, jak i uwzględnia specyfikę prawa Unii Europejskiej, a więc jest to hybrydowa konstrukcja o szczególnym charakterze prawnym, można jednak uznać, że jest on zgodny z zasadą proporcjonalności i pomocniczości, wzmocnionym funkcjonalnym oddziaływaniem nadzorczy unijnego na podmioty nadzorowane w oparciu o realizację celu stabilności finansowej UE. Ponadto służy on co do zasady – przy wykazywaniu znacznych elementów samodzielności i autonomiczności od struktur nadzoru krajowego – ochronie całego rynku finansowego UE i jego uczestników, a więc ochronie celu prawodawcy unijnego, który nie może zostać efektywnie osiągnięty przez państwa członkowskie ze względu na silną integrację rynków finansowych⁴⁹.

5. Podsumowanie

Integracja to proces całościowy, obejmujący wszystkie sektory gospodarki, różnego rodzaju aspekty polityczne, ekonomiczne, a także prawne. Dlatego też europejski jednolity nadzór bankowy na pewno nie będzie spełniał swojej roli, funkcjonując w oderwaniu.

Dla jego efektywności należy jak najszybciej wprowadzić pozostałe dwa filary unii bankowej oraz zadbać o wyraźne wyznaczenie granic kompetencji organów nadzorczych funkcjonujących zarówno na poziomie europejskim (relacja między EBC a Europejskimi Urzędami Nadzoru), jak i krajowym (relacja krajowych organów nadzoru i organów nadzorczych na poziomie UE). Nie należy również zapominać, że podejmowane działania powinny być w zgodzie z podstawowymi zasadami, na których opiera się integracja europejska, tj. zasadą proporcjonalności i pomocniczości, gdyż zapewnia to ich legitymizację przez państwa członkowskie. Konieczne jest także zapewnienie dostatecznego poziomu niezależności organów nadzorczych i odpolitycznienie tego procesu. Żadne reformy nie uzyskają również dostatecznego poziomu akceptacji, jeśli będą wymagały podporządkowania się regulacjom narzuconym z góry przez wąską grupę, nie będą uwzględniały specyficznych potrzeb danego kraju lub sektora gospodarki oraz gdy będą prowadziły do pogłębienia się różnic w procesie integracji, czego skutkiem będzie powstawanie tzw. „Europy wielu prędkości”, a w konsekwencji nawet wykluczenie niektórych z tego procesu.

Czy jednolity mechanizm nadzorczy, będący jednym z trzech filarów tej koncepcji, jest odpowiedzią na powstałe problemy? Czy spełni on swoje zadania? Czy doprowadzi do poprawy sytuacji i zapobiegnie kryzysom finansowym? Odpowiedź na te pytania będzie możliwa dopiero w przyszłości. Obecnie można jedynie wyciągać wnioski z doświadczeń ostatnich kilkunastu lat i starać się nie dopuścić do popełnienia tych samych błędów. Warto pamiętać o tym, co pisze Tadeusz Kotarbiński w swojej książce pt. *Medytacje o życiu godziwym*,

⁴⁹ M. Federowicz, *Nadzór nad rynkiem finansowym...*, *op. cit.*, s. 45.

gdyż prawdą jest, że „ktokolwiek chce osiągnąć cenne wyniki – jeśli zamierza działać w dziedzinie z dawna przez ludzi uprawianej – musi pamiętać, że nie zaczyna od zera, że winien przejąć zdobycze poprzedników, nauczyć się ich sztuki, by pójść o krok dalej”⁵⁰.

Single Supervisory Mechanism – a condition of efficiency of European Financial Market

S u m m a r y

Economic integration and financial issues have always been central to the European Union. The recent financial crisis has shown that the European Financial Market requires greater supervision of the banking system. In response to the financial crisis the Institutions of European Union pursued a number of initiatives to create a safer European Financial Market. One of these initiatives is the Single Supervisory Mechanism. The Single Supervisory Mechanism is the solution which has granted the European Central Bank a supervisory role to monitor the financial stability of banks located in participating states. The SSM is the first established part of the EU banking union and it will function in conjunction with the Single Resolution Mechanism. Is this solution compatible with the existing structures that were put in place by current treaties or not? Is the Single Supervisory Mechanism efficient or is it necessary to find a new solution? These questions are yet to be discovered.

⁵⁰ T. Kotarbiński, *Medytacje o życiu godziwym*, Warszawa 1966.

INSTYTUCJE DEMOKRACJI BEZPOŚREDNIEJ W POLSKIM PORZĄDKU PRAWNYM

1. Pojęcie i rodzaje demokracji

Obecnie w polskim porządku prawnym dominują formy demokracji pośredniej, zwanej inaczej demokracją przedstawicielską. Dzieje się tak z powodu licznego zbiorowego podmiotu suwerenności, czyli narodu. Jednakże podstawowe elementy demokracji bezpośredniej, wykształcone pierwotnie w Atenach, ciągle znajdują zastosowanie w ustrojach państw demokratycznych¹. Aby zająć się dokładną analizą współcześnie funkcjonujących instytucji demokracji bezpośredniej, należy najpierw przedstawić pojęcie demokracji i jej rodzaje.

Termin demokracja pochodzi z języka greckiego (*demos* – lud, *kratos* – rządy) i w dosłownym rozumieniu tego słowa oznacza rządy ludu. Demokracja jest więc formą rządu, w której władzę sprawuje lud. Jednakże, jak pisze Maria Marczevska-Rytko, z Grecji wywodzi się jedynie pojęcie demokracji, nie możemy tam szukać modelu nowoczesnego ustroju demokratycznego, ponieważ funkcjonowanie ustroju greckiego znacznie różniło się od funkcjonowania współczesnych państw demokratycznych. W starożytnej Grecji prawa jednostki nie podlegały jakiegokolwiek instytucjonalizacji i ochronie (co jest podstawą regulacji prawnej państw współczesnych) a prawo do uczestnictwa w życiu politycznym kraju miała jedynie mniejszość dorosłych mieszkańców państwa-miasta. Terminu demokracja w obecnym tego słowa znaczeniu zaczęto używać dopiero w dziewiętnastym stuleciu, jako definicji systemu rządów przedstawicielskich, w którym władza jest sprawowana przez reprezentantów wybieranych w wolnych wyborach przez większość mężczyzn uprawnionych do głosowania. Takie rozwiązania obowiązywały na przykład w dziewiętnastowiecznych Stanach Zjednoczonych, Francji i Wielkiej Brytanii².

Współcześnie w nauce prawa konstytucyjnego demokracja jest definiowana jako forma państwa, „konstytucyjnie określony sposób życia politycznego i społecznego, opierający się na zasadzie równości i wolności członków zbiorowego podmiotu suwerenności, w którym mają oni prawnie zagwarantowany bezpośredni lub pośredni wpływ na podejmowanie decyzji państwowych”³. Suweren sprawuje także kontrolę nad działalnością organów państwowych i udziela przedstawicielom legitymacji do podejmowania określonych działań. Bogusław Banaszak jako najważniejsze elementy ustroju demokratycznego, określone w konstytucjach państw, wymienia: zwierzchnictwo narodu, który sprawuje władzę bezpośrednio lub przez swoich reprezentantów, posiadanie przez obywateli praw i wolności, dzięki którym biorą oni udział w sprawowaniu władzy i w procesie decydowania, podejmowanie

* Autorka jest absolwentką administracji oraz studentką prawa na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

¹ B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2012, s. 237.

² M. Marczevska-Rytko, *Demokracja bezpośrednia w teorii i praktyce politycznej*, Lublin 2011, s. 15–17.

³ B. Banaszak, *op. cit.*, s. 216.

decyzji większością głosów (jednakże z uwzględnieniem praw mniejszości), udział obywateli w podejmowaniu decyzji zarówno prawotwórczych, jak i innych decyzji państwowych, związanie działania wszystkich organów państwowych nie tylko prawem, ale także wolą zbiorowego podmiotu suwerenności oraz podleganie tych organów kontroli sprawowanej przez zbiorowy podmiot suwerenności⁴. Jak piszą B. Banaszak i A. Preisner: „istotą demokracji jest równe uczestnictwo wszystkich członków podmiotu suwerenności w podejmowaniu wspólnych decyzji”⁵.

Chcąc dokonać typizacji rodzajów demokracji, możemy odwołać się do czterech najistotniejszych kryteriów: sposobu sprawowania władzy, systemu rządów, formy państwa oraz do kryteriów o charakterze historycznym. Ze względu na sposób sprawowania władzy, możemy wyróżnić demokrację pośrednią (inaczej zwaną demokracją przedstawicielską) oraz demokrację bezpośrednią (partycypacyjną). W demokracji przedstawicielskiej władza jest sprawowana przez zbiorowy podmiot suwerenności, jednakże nie samodzielnie, a przez wybranych reprezentantów. Z kolei w demokracji bezpośredniej – jak sama nazwa wskazuje – władza jest sprawowana przez ogół jednostek bezpośrednio, bez uprzedniego wyłonienia przedstawicieli w wyborach. Ze względu na system rządów wyróżniamy: demokrację parlamentarną (w której parlament ma istotny wpływ na ustawodawstwo i egzekutywę) oraz prezydencką (w której występuje silna pozycja głowy państwa a także separacja egzekutywy i legislatury), ze względu na formę państwa – demokrację pluralistyczną (w której szeroko rozwinięte są prawa polityczne jednostki, a funkcjonowanie państwa jest oparte na zasadzie podziału władzy i systemie wielopartyjnym) oraz centralistyczną (gdzie jednolita linia działalności państwa jest ustalana w drodze demokratycznej, jednak nie ma później możliwości jej modyfikacji), ze względu na kryteria o charakterze historycznym – demokrację antyczną (zwłaszcza grecką i ateńską) oraz nowożytną (funkcjonującą od XVI stulecia aż do chwili obecnej)⁶. W niniejszej pracy pominięto dokładną analizę wszystkich rodzajów demokracji, natomiast szczegółowo omówione zostanie funkcjonowanie instytucji demokracji bezpośredniej zarówno na poziomie ogólnokrajowym, jak i na poziomie jednostek podziału terytorialnego.

2. Pojęcie demokracji partycypacyjnej

Na początek omówić należy dokładnie pojęcie, cechy i instytucje demokracji bezpośredniej. Podejmując próbę zdefiniowania pojęcia tego rodzaju demokracji, możemy odwołać się nie tylko do kontekstu prawnego, ale także politologicznego i socjologicznego. Rozumienie terminu „demokracja” jest różnorodnie przedstawiane przez poszczególnych autorów, jednakże możemy wskazać trzy wiodące kierunki określające istotę demokracji bezpośredniej. Pierwszy z nich zakłada, że współcześnie nie ma miejsca na funkcjonowanie instytucji demokracji bezpośredniej na szczeblu ogólnokrajowym, ponieważ nie jest możliwa do spełnienia przesłanka jedności czasu i miejsca podejmowania decyzji przez obywateli. Druga z przesłanek – konieczność zagwarantowania udziału wszystkich osób

⁴ *Ibidem*, s. 274.

⁵ B. Banaszak, A. Preisner, *Prawo konstytucyjne. Wprowadzenie*, Wrocław 1993, s. 137.

⁶ B. Banaszak, *op. cit.*, s. 217.

uprawnionych do podejmowania decyzji w całym procesie rozstrzygnięcia, poczynając od jego przedstawienia aż do podjęcia w formie wymaganej przez prawo – również nie jest możliwa do spełnienia na poziomie ogólnokrajowym⁷. Tak ujmowane formy demokracji bezpośredniej mogą być jednak realizowane na poziomie lokalnym, na obszarze właściwym dla danych jednostek podziału terytorialnego⁸.

Drugi pogląd na temat demokracji bezpośredniej, prezentowany przez włoskiego teoretyka polityki, Giovanniego Sartoriego, opiera się na wyróżnieniu kilku podstawowych rodzajów demokracji: partycypacyjnej, bezpośredniej, wyborczej oraz demokracji za pomocą referendum⁹. Sartori odróżnił instytucję demokracji bezpośredniej od instytucji demokracji poprzez referendum. Podkreślił, że istnieją dwa powody, dzięki którym demokrację poprzez referendum możemy uznać za odrębny rodzaj demokracji. „Pierwszy to ten, że demokracja poprzez referendum jest bezpośrednia w tym sensie, że nie istnieją w niej ciała pośredniczące; traci jednak inną cechę demokracji bezpośredniej – bezpośredniość wzajemnych oddziaływań”¹⁰. Jako drugi powód Sartori wskazuje fakt, że „instrument referendum można także wprowadzić do teorii i praktyki demokracji przedstawicielskiej”¹¹. Jak pisze P. Uziębło, Sartori neguje istnienie demokracji bezpośredniej czy nawet semibezpośredniej, sprowadzając szczerunkowe instytucje partycypacyjne jedynie do elementów demokracji pośredniej¹².

Trzecie ujęcie demokracji bezpośredniej zakłada, że stanowią ją „wszystkie te mechanizmy, które zakładają uczestnictwo zbiorowego podmiotu suwerenności w jakimś, w zasadzie dowolnym, etapie podejmowania rozstrzygnięcia przy jednoczesnej konieczności odniesienia się – choć niekoniecznie pozytywnego – do wyrażonych przez ogół wyborców, bądź też ich część, poglądów na daną kwestię”¹³. Trafną definicję podaje w tym przypadku B. Banaszak, według którego demokracja partycypacyjna to system, w którym występuje „osobisty udział członków zbiorowego podmiotu suwerenności w wypełnianiu przez nich funkcji publicznych”¹⁴.

Istnieje także wiele innych poglądów na temat demokracji bezpośredniej, wyrażanych przez różnych autorów. Przykładowo – W. Kulesza i P. Winczorek, w swojej pracy zatytułowanej *Demokracja u schyłku XX wieku*, przedstawiają demokrację partycypacyjną oraz demokrację przedstawicielską jako konkurujące ze sobą i w efekcie nie mogące ze sobą

⁷ Dzieje się tak z powodu licznego zbiorowego podmiotu suwerenności (narodu) we współczesnych państwach demokratycznych. Piotr Uziębło w swojej pracy mówi także o specjalizacji poszczególnych dziedzin życia i związanych z nimi podejmowanych decyzji, wymagających posiadania specjalistycznej wiedzy, koniecznej do podjęcia właściwego rozstrzygnięcia. Ujmowana w powyższy sposób demokracja bezpośrednia nie występuje współcześnie, ma jedynie historyczny charakter; por. P. Uziębło, *Demokracja partycypacyjna*, Gdańsk 2009, s. 13–14.

⁸ *Ibidem*.

⁹ M. Marczevska-Rytko, *op. cit.*, s. 33.

¹⁰ G. Sartori, *Teoria demokracji*, Warszawa 1998, s. 146–147.

¹¹ *Ibidem*.

¹² P. Uziębło, *Demokracja...*, s. 14.

¹³ *Ibidem*, s. 15.

¹⁴ B. Banaszak, *op. cit.*, s. 216.

współdziałać w tym samym czasie¹⁵. Warty przytoczenia jest pogląd przedstawiany przez Arenda Lijpharta, według którego demokracja bezpośrednia to nie tylko instytucja referendum, ale także podejmowanie decyzji personalnych. Jako przykład podaje wybieranie szefa władzy wykonawczej w głosowaniu powszechnym w Stanach Zjednoczonych, Portugalii, Finlandii czy Austrii¹⁶.

Ustroje państw demokratycznych współczesnego świata są oparte głównie na demokracji przedstawicielskiej, jednakże możemy w nich zauważyć także funkcjonowanie licznych instrumentów demokracji bezpośredniej, takich jak: referendum, plebiscyt, weto ludowe, inicjatywę ludową, konsultację ludową (zaliczaną czasem do instrumentów demokracji semibezpośredniej), zgromadzenie ludowe, *recall* oraz tzw. odwołanie orzeczenia¹⁷. W niniejszej pracy nie zostaną scharakteryzowane wszystkie z wyżej wymienionych instytucji, ponieważ większość z nich nie występuje w polskim porządku prawnym. Analizie zostaną zatem poddane jedynie: referendum, obywatelska inicjatywa ustawodawcza oraz pewne formy demokracji semibezpośredniej. Pominięte zostaną również kwestie proceduralne związane z kampanią referendalną, czy czynności podejmowane przez komitet inicjatywy ustawodawczej, ponieważ celem niniejszej pracy jest przedstawienie istoty instytucji demokracji partycypacyjnej, a nie schematu jej urzeczywistnienia.

W polskim porządku prawnym, mimo przewagi instytucji demokracji pośredniej, funkcjonują pojedyncze formy demokracji partycypacyjnej. Już sama ustawa zasadnicza stanowi, że „Naród sprawuje władzę przez swoich przedstawicieli lub bezpośrednio”¹⁸. Zgodnie z Konstytucją RP obywatele mogą wyrażać swoją wolę bezpośrednio poprzez referendum ogólnokrajowe, referendum lokalne oraz obywatelską inicjatywę ustawodawczą¹⁹. Obok instytucji demokracji bezpośredniej *sensu stricte* możemy również wskazać na istnienie instrumentów demokracji semibezpośredniej, wśród których wymienia się prawo do petycji oraz wysłuchanie publiczne²⁰.

3. Referendum ogólnokrajowe

Referendum, zwane także głosowaniem ludowym, jest definiowane jako „forma ustrojowa zapewniająca bezpośrednie decydowanie wyborców w drodze głosowania o różnych sprawach życia państwowego”²¹. Nazwa ta wywodzi się z łacińskiego słowa *referere*, czyli: referować, przedstawiać²². Według M. Marczevskej-Rytko, instytucja referendum ma trzy charakterystyczne cechy: bezpośredni udział suwerena w wyrażaniu swojej woli, posiadanie tylko jednego głosu przez każdego z obywateli, uznanie decyzji wskazanej przez większość

¹⁵ W. Kulesza, P. Winczorek, *Demokracja u schyłku XX wieku*, Warszawa 1992, s. 39–40.

¹⁶ Więcej: M. Marczevskej-Rytko, *op. cit.*, s. 32.

¹⁷ Więcej: B. Banaszak, *op. cit.*, s. 236–243; P. Uziębło, *Demokracja...*, s. 35–56.

¹⁸ Art. 4 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

¹⁹ Art. 90 ust. 3, art. 118 ust. 2, art. 125, art. 170, art. 235 Konstytucji.

²⁰ P. Uziębło, *Demokracja...*, s. 209–215.

²¹ A. Piasecki, *Demokracja bezpośrednia w Polsce po 1989 roku*, „Przeгляд Sejmowy” 2006, nr 1, s. 9.

²² P. Uziębło, *Demokracja...*, s. 42.

za podstawę podczas stanowienia aktów prawnych. Trzeba jednak pamiętać, że wynik referendum nie zawsze musi mieć moc wiążącą dla organów stanowiących prawo. Instytucja referendum, choć ujęta w porządkach prawnych wielu państw demokratycznych, jest w praktyce stosowana niezwykle rzadko. Współcześnie pełni ważną rolę przede wszystkim w Szwajcarii oraz Stanach Zjednoczonych, choć występuje także we Włoszech, Hiszpanii, Norwegii, Austrii, Francji oraz Polsce²³. Typologia rodzajów referendów jest przedstawiana w sposób różnorodny. Piotr Uziębło wymienia trzy podstawowe typy głosowań ludowych: konstytucyjne, ustawodawcze oraz problemowe, zwane także administracyjnym. Zdaniem autora referenda konstytucyjne to jedynie takie głosowania, które bezpośrednio dotyczą projektu ustawy zasadniczej lub jej zmiany. Problematyka referendum ustawodawczego zostaje przedstawiona podobnie. Z kolei referendum problemowe „oznacza wybór przez suwerena konkretnego rozwiązania, które zostało przedłożone mu do rozstrzygnięcia”²⁴. Natomiast B. Banaszak dokonuje o wiele bardziej szczegółowej typizacji rodzajów referendów, wyróżniając referendum obligatoryjne (kiedy na ustawodawcy ciąży uregulowany w konstytucji obowiązek przeprowadzenia referendum) i fakultatywne (kiedy przeprowadzenie referendum jest zależne od woli uprawnionych organów), ogólnokrajowe (w którym uprawnionym podmiotem są wszyscy obywatele danego państwa) i lokalne (w którym wziąć mogą udział mieszkańcy danej jednostki podziału terytorialnego), konstytucyjne, ustawodawcze i w sprawie samoopodatkowania się obywateli, ratyfikacyjne (kiedy akt normatywny osiąga pełną moc wiążącą dopiero po przeprowadzeniu referendum) i opiniodawcze (kiedy obywatele jedynie wyrażają swoją wolę, a organ może, ale nie musi postąpić zgodnie z nią)²⁵. Podobnej typizacji dokonuje również A. Piasecki, wyodrębniając dodatkowo referendum konstytucyjne, zwane inaczej stanowiącym²⁶. Podobny podział przedstawia także P. Uziębło w dalszej części swojej pracy²⁷.

Na podstawie norm obowiązujących w polskim porządku prawnym referenda możemy podzielić na ogólnokrajowe i lokalne. Pierwsze z nich jest „procedurą głosowania powszechnego, w której obywatele polscy wyrażają swoją wolę co do sposobu rozstrzygnięcia konkretnej sprawy”²⁸. Kwestia referendum ogólnokrajowego jest dość obszernie uregulowana w ustawie zasadniczej, która wyróżnia trzy rodzaje referendów ogólnokrajowych: referendum stanowiące wyrażenie zgody na ratyfikację umowy międzynarodowej, referendum w sprawach o szczególnym znaczeniu dla państwa oraz referendum w sprawie zmiany Konstytucji RP²⁹. Przepisy zawarte w ustawie zasadniczej są uszczegółowiane przez ustawę z dnia 14 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym, która reguluje głównie kwestie proceduralne związane z przeprowadzeniem głosowania³⁰.

²³ Więcej: M. Marczevska-Rytko, *op. cit.*, s. 111–112.

²⁴ P. Uziębło, *Demokracja...*, s. 42–45.

²⁵ Więcej: B. Banaszak, *op. cit.*, s. 240–241.

²⁶ A. Piasecki, *op. cit.*, s. 9–10.

²⁷ Więcej: P. Uziębło, *Demokracja...*, s. 44–47.

²⁸ B. Banaszak, *op. cit.*, s. 247.

²⁹ Art. 90, 126 i 235 Konstytucji.

³⁰ Ustawa z dnia 14 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym (tekst jednolity: Dz.U. z 2015 r., poz. 318) – dalej u.r.o.

Pierwsze z wymienionych w Konstytucji referendum – referendum w sprawie wyrażenia zgody na ratyfikację umowy międzynarodowej może dotyczyć dwóch różnych sytuacji. Pierwsza związana jest z procedurą, o której mowa w art. 90 Konstytucji i dotyczy możliwości przekazania organizacji międzynarodowej lub organowi międzynarodowemu kompetencji organów władzy państwowej w niektórych sprawach. Ta szczególna umowa międzynarodowa może być zgodnie z regulacją konstytucyjną ratyfikowana albo w drodze referendalnej albo w drodze parlamentarnej. Zgodnie z art. 90 ust. 4 decyzję o wyborze trybu podejmuje Sejm bezwzględną większością głosów w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów³¹.

W drodze referendalnej może być również wyrażona zgoda na ratyfikację innych umów międzynarodowych. Decyzję o zarządzeniu takiego referendum może podjąć Sejm lub też Prezydent za zgodą Senatu. Kolejną kwestią jest referendum w sprawie wyrażenia zgody na ratyfikację pozostałych umów międzynarodowych. Może je zarządzić Sejm lub Prezydent RP za zgodą Senatu³².

W obu przypadkach wynik głosowania będzie wiążący, jeżeli w referendum weźmie udział więcej niż połowa uprawnionych obywateli, a jeżeli większość głosujących opowie się na wyrażeniem zgody na ratyfikację, to Prezydent będzie mógł to uczynić³³.

Kolejną uregulowaną przez ustawę zasadniczą instytucją jest referendum w sprawach o szczególnym znaczeniu dla państwa. Procedura dotycząca przeprowadzenia referendum oraz stwierdzanie jego ważności i charakteru wiążącego są analogiczne do unormowań dotyczących referendum wskazanego w art. 90 Konstytucji. Jednakże występuje tu kilka różnic – przede wszystkim dotyczących zarządzenia referendum. Sejm może działać bowiem nie tylko z własnej inicjatywy, ale także na wniosek Senatu, Rady Ministrów oraz grupy co najmniej 500 tysięcy osób uprawnionych do udziału w głosowaniu. Jednakże inicjatywa obywateli w tym zakresie nie może dotyczyć dochodów i wydatków państwa (zwłaszcza podatków i innych danin publicznych), obronności oraz amnestii. Podobnie jak w przypadku referendum dotyczącego umowy międzynarodowej, instytucja uregulowana w art. 125 ustawy zasadniczej ma charakter fakultatywny³⁴. Przedmiot tego referendum jest określony w sposób abstrakcyjny – ustawodawca nie dokonuje wyliczenia spraw, jakie mogą być poddane głosowaniu. Jednakże, jak podaje E. Zieliński, mogą one dotyczyć regulacji konstytucyjnych, rozwiązań ustrojowych, stosowania nowoczesnych technologii, kwestii moralnych (takich jak ochrona życia poczętego czy zawieranie związków między osobami tej samej płci) oraz innych spraw publicznych³⁵. Przedmiotem głosowania nie powinna być jednak kwestia już uregulowana w porządku prawnym. Istotne jest jednak, aby regulacje będące przedmiotem referendum były na tyle precyzyjnie określone, aby wynik ważnego referendum mógł „konkretyzować (...) późniejszą treść rozwiązań, podejmowanych przez uprawnione do tego organy”³⁶.

³¹ Art. 90 Konstytucji.

³² Art. 71–75 u.r.o.

³³ Art. 90 ust. 3, art. 125 ust. 2 i 3 Konstytucji, art. 73 u.r.o.

³⁴ Więcej: art. 60–63 u.r.o.

³⁵ Więcej: E. Zieliński, *Referendum w państwie demokratycznym*, [w:] D. Waniek, M. Staszewski (red.), *Referendum w Polsce współczesnej*, Warszawa 1955, s. 16–22.

³⁶ http://www.senat.gov.pl/gfx/senat/pl/senatopracowania/50/plik/ot-620_internet.pdf, dostęp: 20.04.2015.

Kolejnym wskazanym w ustawie zasadniczej instrumentem demokracji bezpośredniej jest referendum konstytucyjne. Podobnie jak w przypadku pozostałych, scharakteryzowanych powyżej rodzajów referendów, tak i w przypadku referendum konstytucyjnego wskazuje się na jego fakultatywny charakter – zażądać jego przeprowadzenia może co najmniej 1/5 ustawowej liczby posłów, Senat lub Prezydent RP, jeżeli projekt zmiany ustawy zasadniczej dotyczy przepisów rozdziału I, II lub XII Konstytucji RP. W odniesieniu do referendum zatwierdzającego zmianę ustawy zasadniczej ustawodawca nie przewiduje konieczności uzyskania określonego poziomu frekwencji. Głosowanie uznaje się za ważne bez względu na to, jaki odsetek uprawnionych do głosowania wziął w nim udział. Jeżeli co najmniej połowa głosujących opowie się za zmianą Konstytucji – zostaje ona przyjęta, w przeciwnym razie jest ona bezwzględnie odrzucona³⁷.

4. Referendum lokalne

Drugim rodzajem referendum występującym w polskim porządku prawnym jest referendum lokalne. Istota referendum lokalnego jest przedstawiana analogicznie do istoty funkcjonowania referendum ogólnokrajowego i stanowi ją wyrażenie woli przez obywateli w sprawach dotyczących danej jednostki podziału terytorialnego³⁸. Regulacja konstytucyjna jest w tym przypadku bardzo ogólna – ustawa zasadnicza stanowi jedynie, że „członkowie wspólnoty samorządowej mogą decydować, w drodze referendum, o sprawach dotyczących tej wspólnoty, w tym o odwołaniu pochodzącego z wyborów bezpośrednich organu samorządu terytorialnego”³⁹. Uszczegółowienia regulacji konstytucyjnej dokonuje natomiast ustawa z dnia 15 września 2000 r. o referendum lokalnym, zgodnie z którą w głosowaniu mogą brać udział jedynie osoby będące członkami danej wspólnoty samorządowej, stale zamieszkujące na terenie określonej jednostki samorządu terytorialnego, mające czynne prawo wyborcze w wyborach do organu stanowiącego tej jednostki⁴⁰. Należy pamiętać, że prawo udziału w głosowaniu przysługuje nie tylko obywatelom polskim, ale także obywatelom Unii Europejskiej, którzy ukończyli 18 rok życia, posiadają stałe miejsce zamieszkania na obszarze danej jednostki samorządu terytorialnego i zostali wpisani do stałego rejestru wyborców nie później niż 12 miesięcy przed dniem głosowania⁴¹. Uczestnicy referendum lokalnego są w nauce nazywani „lokalnym suwerenem” czy też „lokalnym zbiorowym podmiotem suwerenności”⁴². Przedmiot głosowania może dotyczyć odwołania organu stanowiącego danej jednostki albo urzędującego w niej wójta, burmistrza lub prezydenta, samoopodatkowania się mieszkańców na cele publiczne wchodzące w zakres zadań i kompetencji jednostki (dotyczy tylko gmin), spraw dotyczących danej gminy, powiatu lub województwa wchodzących w zakres zadań i kompetencji tej jednostki oraz innych istotnych

³⁷ Art. 235 Konstytucji; art. 76–79 u.r.o.

³⁸ J. Kuciński, *Demokracja przedstawicielska i bezpośrednia w III Rzeczypospolitej*, Warszawa 2007, s. 244.

³⁹ Art. 170 Konstytucji.

⁴⁰ Art. 2 ustawy z dnia 15 września 2000 r. o referendum lokalnym (tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r., poz. 706 ze zm.) – dalej u.r.l.

⁴¹ B. Banaszak, *op. cit.*, s. 258.

⁴² J. Kuciński, *op. cit.*, s. 245.

spraw społecznych, gospodarczych i kulturowych⁴³. B. Banaszak wskazuje na istotną różnicę między referendum lokalnym a referendum ogólnokrajowym – pierwsze z nich może bowiem dotyczyć wszystkich spraw związanych z funkcjonowaniem danej wspólnoty samorządowej, a nie tylko spraw o znaczeniu szczególnym. Podziału referendum lokalnych dokonujemy analogicznie do podziału jednostek samorządu terytorialnego – wyróżniamy więc referendum gminne, powiatowe i wojewódzkie. Możliwe jest również wyróżnienie referendum o charakterze obligatoryjnym – jeśli głosowanie dotyczy odwołania organu stanowiącego danej jednostki albo wójta, burmistrza lub prezydenta miasta, a także w przypadku samoopodatkowania się mieszkańców, oraz referendum o charakterze fakultatywnym – we wszystkich pozostałych przypadkach⁴⁴. Niektórzy autorzy wskazują jednak, że w porządku prawnym Rzeczypospolitej nie istnieje instytucja referendum obligatoryjnego i używają określenia „referendum warunkowo/względnie obligatoryjne”, argumentując, że nie musi być ono przeprowadzone, jednak jedynie zastosowanie tej instytucji może prowadzić do odwołania danego organu⁴⁵. Prawo inicjatywy przeprowadzenia referendum lokalnego ma organ stanowiący gminy, powiatu lub województwa oraz 10 (w przypadku gminy i powiatu) lub 5 (w przypadku województwa) procent mieszkańców uprawnionych do głosowania⁴⁶. Wartą zauważenia kwestią jest dość duża rola obywateli w zakresie inicjowania przeprowadzenia referendum, której ustawa poświęca osobny rozdział. Według niej z inicjatywą wystąpić może grupa piętnastu obywateli, mających czynne prawo wyborcze w wyborach organu stanowiącego powiatu lub województwa lub grupa pięciu mieszkańców w przypadku referendum gminnego (z wyjątkiem referendum w sprawie utworzenia, połączenia, podziału lub zniesienia gminy oraz ustalenia jej granic – w tym przypadku wymagana jest inicjatywa piętnastu osób). Prawo inicjatywy przysługuje także statutowej strukturze terenowej partii politycznej oraz posiadającej osobowość prawną organizacji społecznej, która działa na obszarze danej jednostki samorządu terytorialnego⁴⁷. Ponadto należy podkreślić, że mieszkańcy posiadają wyłączną inicjatywę w zakresie odwołania organu stanowiącego⁴⁸. Ustawodawca uregulował również kwestię ważności referendum lokalnego. Głosowanie jest ważne, jeżeli wzięło w nim udział minimum 30 procent uprawnionych. Wyjątkiem jest głosowanie w sprawie odwołania organu stanowiącego danej jednostki samorządu terytorialnego lub urzędującego w niej wójta, burmistrza lub prezydenta – jest ono ważne, jeżeli wzięło w nim udział co najmniej 3/5 liczby osób biorących udział w wyborze danego organu. Referendum ma charakter rozstrzygający, jeżeli za jednym z rozwiązań opowiedziało się przynajmniej połowa głosujących. Wyjątek stanowi głosowanie w sprawie samoopodatkowania się mieszkańców – żeby nałożyć na obywateli danej jednostki samorządu terytorialnego nowy podatek, konieczne jest podjęcie decyzji większością co najmniej 2/3 ważnych głosów⁴⁹. Frekwencja pełni w przypadku referendum lokalnego ogromną rolę, bowiem większość

⁴³ Art. 3 u.r.l.

⁴⁴ B. Banaszak, *op. cit.*, s. 257–259.

⁴⁵ Więcej: J. Kuciński, *op. cit.*, s. 245–246.

⁴⁶ Art. 4 u.r.l.

⁴⁷ Art. 11 u.r.l.

⁴⁸ J. Kuciński, *op. cit.*, s. 245–246.

⁴⁹ Art. 55–56 u.r.l.

z głosowań, które odbyły się w ciągu ostatnich lat nie spełniła wyżej wymienionych kryteriów i referenda zostały uznane za nieważne.

5. Obywatelska inicjatywa ustawodawcza

Ostatnią z wymienionych w ustawie zasadniczej instytucji demokracji bezpośredniej jest obywatelska inicjatywa ustawodawcza, przed 1997 r. nieistniejąca w polskim prawie konstytucyjnym⁵⁰. Art. 118 ust. 2 Konstytucji RP stanowi, że „inicjatywa ustawodawcza przysługuje (...) grupie co najmniej 100 000 obywateli mających prawo wybierania do Sejmu”, przy czym nie muszą oni posiadać miejsca zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej⁵¹. W dalszej części przepisu – podobnie jak w przypadku referendum ogólnokrajowego i referendum lokalnego – następuje odesłanie do regulacji ustawowej. Obecnie jest to ustawa z dnia 24 czerwca 1999 r. o wykonywaniu inicjatywy ustawodawczej przez obywateli. Jak stanowią jej przepisy, wymagane jest wystąpienie z gotowym projektem ustawy, przy czym nie może on dotyczyć spraw, dla których ustawa zasadnicza przewiduje wyłączną właściwość innych podmiotów, takich jak na przykład zmiana przepisów ustawy zasadniczej czy kwestie związane z ustawą budżetową, dochodami i wydatkami państwa. Projekt przygotowuje komitet inicjatywy ustawodawczej, prowadzi on także kampanię promocyjną oraz zajmuje się zbieraniem podpisów. Komitet posiada osobowość prawną i ponosi wszelkie koszty związane ze swoją działalnością. Może on zostać utworzony przez grupę co najmniej 15 obywateli polskich, którzy po zebraniu tysiąca podpisów przekazują Marszałkowi Sejmu projekt ustawy, a następnie w ciągu trzech miesięcy muszą skierować do niego projekt wraz z co najmniej 100 000 podpisów⁵². W niniejszej pracy nie będą opisane wszystkie kwestie proceduralne dotyczące pracy nad obywatelskim projektem ustawy, niemniej jednak należy zwrócić uwagę na pewne „udogodnienia”, jakie przewiduje ustawa. Wskazują one na szczególną rolę obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej. Możemy wśród nich wymienić fakt, że pierwsze czytanie projektu ustawy przeprowadza się nie później niż 3 miesiące od jego wniesienia (nie później niż 6 miesięcy w przypadku rozpoczęcia nowej kadencji Sejmu) i odbywa się ono na posiedzeniu plenarnym, a nie na posiedzeniach poszczególnych komisji. Obywatelskiego projektu ustawy nie dotyczy również zasada dyskontynuacji prac parlamentu⁵³. Świadczy to o pewnym uprzywilejowaniu projektu aktu normatywnego sporządzonego przez obywateli wobec projektów zgłoszonych w standardowym trybie. Jednakże, o czym przypomina B. Banaszak, prawodawca „gwarantuje wprawdzie rozpatrzenie projektu obywatelskiego w określonym czasie w ramach pierwszego czytania, ale już nic nie mówi o czasie, w jakim ma zakończyć się postępowanie nad nim”⁵⁴. Według Banaszaka

⁵⁰ P. Uziębło, *Inicjatywa ustawodawcza obywateli w Polsce na tle rozwiązań ustrojowych państw obcych*, Warszawa 2006, s. 5.

⁵¹ B. Banaszak, *op. cit.*, s. 244.

⁵² Art. 2–5, art. 10 ust. 2–3 ustawy z dnia 24 czerwca 1999 r. o wykonywaniu inicjatywy ustawodawczej przez obywateli (Dz.U. Nr 62, poz. 688).

⁵³ Zgodnie z zasadą dyskontynuacji prac parlamentu, sprawy rozpatrywane przez Sejm poprzedniej kadencji nie są przekazywane do rozpatrzenia przez Sejm następnej kadencji.

⁵⁴ B. Banaszak, *op. cit.*, s. 246.

świadczy to o pewnej niekonsekwencji ze strony ustawodawcy, gdyż projekt może tak długo przeleżeć w sejmowej „zamrażarce”, że stanie się nieaktualny. Warto wspomnieć również, że ustawa zezwala na udział przedstawiciela komitetu inicjatywy ustawodawczej w pracach Sejmu i Senatu. Komitet ma również możliwość wycofania projektu ustawy, jednakże nie posiada prawa do zmiany treści projektu⁵⁵. Niektórzy autorzy klasyfikują obywatelską inicjatywę ustawodawczą jako instytucję demokracji semibezpośredniej ze względu na to, że ostateczna decyzja co do treści ustawy należy do parlamentu, suweren nie podejmuje więc ostatecznego rozstrzygnięcia⁵⁶.

6. Instytucje demokracji semibezpośredniej

Obok instrumentów demokracji pośredniej i bezpośredniej możemy wyróżnić także instytucje demokracji semibezpośredniej. Można do nich zaliczyć prawo petycji oraz wysłuchanie publiczne. Prawo petycji, podobnie jak wyżej omawiane instytucje, jest uregulowane w ustawie zasadniczej. Art. 63 Konstytucji stanowi: „każdy ma prawo składać petycje, wnioski i skargi w interesie publicznym, własnym lub innej osoby za jej zgodą do organów władzy publicznej oraz do organizacji i instytucji społecznych w związku z wykonywanymi przez nie zadaniami zleconymi z zakresu administracji publicznej”. Również w tym przypadku następuje odesłanie do bardziej szczegółowej regulacji ustawowej. Obecnie regulacja ta zawarta jest w Kodeksie postępowania administracyjnego. P. Uziębło podkreśla, że w k.p.a. należycie zdefiniowane zostało jedynie pojęcie skargi i wniosku, natomiast pominięte zostało pojęcie petycji. Jednakże petycję traktować można jako wniosek lub skargę o charakterze zbiorowym. Należy pamiętać, że prawo składania petycji, skarg i wniosków przysługuje nie tylko obywatelowi polskiemu, ale każdej osobie fizycznej, prawnej czy też jednostce organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej⁵⁷. Przepisy k.p.a. określają również rolę mediów i organizacji społecznych, które przekazują skargi i wnioski do właściwych organów. Z kolei odpowiednie organy mają obowiązek zawiadomienia redakcji lub organizacji społecznej o sposobie załatwienia skargi lub wniosku na jej żądanie⁵⁸. Redakcje prasowe, radiowe i telewizyjne oraz organizacje społeczne pełnią więc w tym wypadku rolę „pośredników” między obywatelami a organami administracji państwowej.

Za kolejną instytucję demokracji semibezpośredniej należy uznać wysłuchanie publiczne, uregulowane w ustawie o działalności lobbingsowej w procesie stanowienia prawa⁵⁹. Zgodnie z nią każdy może wziąć udział w wysłuchaniu publicznym, jeżeli wcześniej zgłosił zainteresowanie pracami nad projektem danego aktu normatywnego. Wymagane jest przy tym uzasadnienie chęci uczestnictwa w wysłuchaniu publicznym poprzez określenie wpływu aktu prawnego na osobisty interes zainteresowanego lub interes publiczny. Instytucja wysłuchania publicznego nie ma jednak charakteru obligatoryjnego, decyzję o jej

⁵⁵ *Ibidem*, s. 245–246.

⁵⁶ P. Uziębło, *Inicjatywa...*, s. 130.

⁵⁷ P. Uziębło, *Demokracja...*, s. 209–210.

⁵⁸ Art. 248–251 k.p.a.

⁵⁹ Ustawa z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingsowej w procesie stanowienia prawa (Dz.U. Nr 169, poz. 1414 ze zm.).

przeprowadzeniu podejmuje podmiot odpowiedzialny za przygotowanie projektu danego aktu normatywnego⁶⁰.

7. Praktyka stosowania instytucji demokracji bezpośredniej w RP

Warto przyjrzeć się dokładniej praktyce stosowania instytucji demokracji bezpośredniej i podjąć próbę odpowiedzi na pytanie – czy ich stosowanie jest niezbędne w naszym kraju? Czy nie są one zbyt kosztowne? I wreszcie: czy obywatele posiadają odpowiednie kompetencje, aby decydować o ważnych sprawach dotyczących kształtu obowiązującego porządku prawnego, a niejednokrotnie także regulacji zawartych w ustawie zasadniczej – najwyższym prawie w państwie?

Na sam początek należy podjąć próbę analizy stosowania instytucji referendum ogólnokrajowego w ostatnich latach. Jak pisze J. Kuciński, „Polska nie należy do państw przodujących współcześnie w korzystaniu z instytucji referendum”. Pod koniec XX wieku Rzeczpospolita zaliczana była do krajów o średnim nasileniu stosowania tej instytucji⁶¹. W roku 1996 odbyły się dwa referenda, w których do urn udało się jedynie 32,4% uprawnionych do głosowania, nie miały więc one charakteru wiążącego⁶². Po uchwaleniu Konstytucji w roku 1997 zarządzono dwa referenda – zatwierdzające nową ustawę zasadniczą oraz tzw. referendum akcesyjne w sprawie wyrażenia zgody na ratyfikację Traktatu dotyczącego przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej. Warto przyjrzeć się frekwencji, jaką można było odnotować w powyższych głosowaniach. W referendum konstytucyjnym wzięło udział niespełna 43 procent uprawnionych do głosowania, natomiast w akcesyjnym – około 59 procent, co (w porównaniu do frekwencji w ubiegłych wyborach do Parlamentu Europejskiego) wskazuje na dość duże zainteresowanie obywateli tematyką przystąpienia Polski do Unii Europejskiej⁶³. Po roku 1997 złożono również kilkanaście wniosków o przeprowadzenie referendów (między innymi w sprawie liczby województw, zniesienia Senatu, ograniczenia immunitetu, zmniejszenia liczby posłów, komercjalizacji i prywatyzacji służby zdrowia), jednakże żaden z nich nie został uwzględniony⁶⁴. Analizując frekwencję, jaką można byłoby osiągnąć przy częstszym organizowaniu referendów, warto odwołać się do frekwencji w wyborach parlamentarnych, prezydenckich i europejskich. W zeszłorocznych wyborach do Parlamentu Europejskiego wzięło udział zaledwie 23,83 procent Polaków⁶⁵. Bardziej optymistycznie wypadają statystyki dotyczące wyborów do Sejmu RP – w 2011 r. frekwencja wyniosła 48,94%, w 2007 r. – 53,88%, w 2005 r. – 40,57%. Wielokrotnie zdarza się, że w głosowaniu bierze udział mniej niż połowa uprawnionych, co może wskazywać na małe zainteresowanie obywateli sprawami publicznymi⁶⁶. Można więc założyć, że organizowane referenda nie miałyby charakteru wiążącego, a jedynie pochłaniałyby znaczne środki

⁶⁰ Więcej: P. Uziębło, *Demokracja...*, s. 211–215.

⁶¹ J. Kuciński, *op. cit.*, s. 252.

⁶² A. Piasecki, *op. cit.*, s. 14–15.

⁶³ J. Kuciński, *op. cit.*, s. 257, 268.

⁶⁴ Więcej: P. Uziębło, *Demokracja...*, s. 182.

⁶⁵ [www.http://pe2014.pkw.gov.pl/pl/](http://pe2014.pkw.gov.pl/pl/), dostęp: 30.04.2015.

⁶⁶ www.pkw.gov.pl, dostęp: 20.04.2015.

z budżetu państwa, mając jedynie charakter konsultacji społecznych. Przykładowo – referendum z 2003 r. kosztowało ponad 82 milionów złotych⁶⁷. Kolejną do rozpatrzenia kwestią są kompetencje obywateli do podejmowania decyzji mających istotne znaczenie dla całego państwa. Warto odwołać się w tym wypadku do struktury wykształcenia Polaków. Według danych podawanych przez Główny Urząd Statystyczny, jedynie około 19 procent obywateli polskich powyżej 25. roku życia posiada wykształcenie wyższe, trochę więcej – niecałe 29 procent – może pochwalić się ukończeniem szkoły średniej⁶⁸.

Osobno należy omówić funkcjonowanie referendum lokalnych. S. Michałowski w swojej pracy odwołuje się do kwestii wspólnotowego charakteru gmin i warunku koniecznego do istnienia wspólnoty – świadomości terytorialnej odrębności⁶⁹. Odwołuje się także do opinii E. Olejniczak-Szałowskiej, według której „w polskich warunkach, w przeciwieństwie do stanu panującego w państwach ustabilizowanych o długoletnich tradycjach demokratycznych i samorządowych jak np. w Szwajcarii, tego typu wspólnoty nie mogły kształtować się w sposób naturalny i ewolucyjny”⁷⁰. Zarówno S. Michałowski, jak i E. Olejniczak-Szałowska, podkreślają, że obywatele posiadają potrzebę rozwiązywania wspólnych problemów lokalnych i dzięki temu powstają łączące ich więzi⁷¹. Jednakże statystyki dotyczące frekwencji w referendach lokalnych zdają się przeczyć powyższym opiniom. W ostatnich wyborach samorządowych w roku 2010 wzięło udział 47,32% uprawnionych do głosowania, średni próg ważności referendum wynosi zatem niewiele – 28,39%. Według stanu na dzień 6 września 2013 r., na 111 przeprowadzonych referendum w sprawie odwołania organów władz samorządowych, ważnych było jedynie 16. Koszty nieważnych referendum obciążąły budżety gmin sumą 2,1 miliona złotych⁷². Negatywny obraz poziomu partycypacji mieszkańców wylania się z pracy S. Michałowskiego – aż 59% ankietowanych nie miało pojęcia, jaka opcja polityczna sprawuje władzę w ich miejscowości⁷³. Niepokojącym zjawiskiem jest również fakt wykorzystywania instytucji referendum lokalnego przez ugrupowania polityczne, prowadzenie przez nie czegoś w rodzaju wstępnej kampanii wyborczej i mobilizowanie swojego elektoratu. Wówczas, jak pisze M. Rachwał, obywatele stają się jedynie „przedmiotem rozgrywki politycznej”⁷⁴. Z drugiej strony jednak aż 70% Polaków twierdzi, że aktywność obywateli w życiu publicznym jest cechą bardzo ważną, aby

⁶⁷ <http://pkw.gov.pl/wyjasnienia-komunikaty-i-informacje-pkw/informacja-o-wydatkach-z-budzetu-panstwa-poniesionych-na-przygotowanie-i-przeprowadzenie-w-dniach-7-i-8-czerwca-2003-r-referendum-ogolnokrajowego-w-sprawie-wyrazenia-zgody-na-ratyfikacje-traktatu-dotyczacego-przystapienia-rzeczypospolitej-polskiej-do.html>, dostęp: 20.04.2015.

⁶⁸ http://stat.gov.pl/cps/rde/xbcr/gus/rs_rocznik_demograficzny_2013.pdf; dostęp: 20.04.2015.

⁶⁹ S. Michałowski, *Demokracja bezpośrednia w samorządzie terytorialnym w Polsce – idea i praktyka*, [w:] M. Marczevska-Rytka, S. Michałowski (red.), *Demokracja bezpośrednia w samorządzie terytorialnym*, Lublin 2012, s. 253.

⁷⁰ *Ibidem*, s. 253.

⁷¹ *Ibidem*, s. 235-254.

⁷² http://slimak.onet.pl/_m/nb/biznes/redakcja/20130925/referenda_lokalne_raport_kprp.pdf, dostęp: 20.04.2015.

⁷³ S. Michałowski, *op. cit.*, s. 264.

⁷⁴ M. Rachwał, *Referendum gminne jako element kampanii samorządowej – studium przypadku*, [w:] M. Marczevska-Rytka, S. Michałowski (red.), *op. cit.*, s. 373.

państwo mogło być uznane za demokratyczne. Polacy dużą wagę przywiązują również do konsultowania z obywatelami istotnych decyzji państwowych, jak najszerszej decentralizacji zadań państwa na rzecz samorządu terytorialnego i organizacji społecznych oraz ograniczania ingerencji państwa w życie ludzi⁷⁵. Należy również wspomnieć o tym, że podczas referendum lokalnych rozstrzygane są kwestie, które najczęściej nie wymagają od głosujących takiego poziomu wiedzy specjalistycznej, jak w przypadku referendum ogólnokrajowych. Można więc pokusić się o stwierdzenie, że istnienie instytucji referendum lokalnego jest jak najbardziej zasadne, należy jedynie uaktywnić obywateli i zachęcać ich do zwiększenia partycypacji w podejmowaniu decyzji w sprawach ważnych dla danej wspólnoty samorządowej. Należy podkreślić, że, jak pisze A. Piasecki, „w ustawach samorządowych to właśnie głosowanie powszechne jest na pierwszym miejscu (władza przedstawicielska znajduje się w dalszej kolejności)”. Piasecki powołuje się również na orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego, według którego referendum gminne jest najwyższą władzą w jednostce samorządowej⁷⁶.

Ostatnią z trzech uregulowanych w Konstytucji instytucji demokracji bezpośredniej, której praktyka stosowania zostanie poddana analizie, jest instytucja obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej. Kwestia ta jest mniej kontrowersyjna – przede wszystkim dlatego, że większość kosztów ponosi powołany przez obywateli komitet inicjatywy ustawodawczej. Jednakże i tutaj niektóre aspekty mogą budzić wątpliwości. Mimo, że wymagana liczba 100 000 podpisów jest stosunkowo niewielka, to jej zebranie może sprawić kłopot. Ponadto, zgromadzenie odpowiedniej ilości podpisów zależy nie od merytorycznej treści projektu aktu normatywnego, a od poziomu sprawności działania komitetu. P. Uziębło podkreśla również, że obywatelska inicjatywa ustawodawcza „spotkała się (...) z akceptacją szerokich kręgów społecznych, o czym świadczyć może znaczna liczba powstających komitetów inicjatywy ustawodawczej”. Jednak, niestety, tak jak w przypadku referendum lokalnego, trzeba wskazać na destrukcyjną rolę środowiska politycznego, ponieważ większość obywatelskich projektów „utyka w komisjach sejmowych na całe lata”⁷⁷. Aczkolwiek liczni eksperci podkreślają, że instytucja ta jest istotnym elementem wykonywania uprawnień przez obywateli⁷⁸. Należy się jednak zgodzić z P. Uziębło, że konieczne jest uprzednie usunięcie wszelkich nieprawidłowości związanych z wykonywaniem obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej, dopiero potem będzie można podjąć prace nad ewentualnymi zmianami kształtu tego instrumentu demokracji partycypacyjnej⁷⁹.

Analizując funkcjonowanie referendum w polskiej praktyce politycznej, zauważyć można kryzys stosowania tej instytucji, nie tylko w zakresie demokracji bezpośredniej, ale także w przypadku demokracji przedstawicielskiej. Jak wskazuje R. Balicki, „w ostatnich latach zauważalne jest występowanie zmniejszonego zaangażowania społeczeństwa

⁷⁵ D. Maj, *Demokracja bezpośrednia w samorządzie terytorialnym w Polsce jako forma realizacji zasady subsydiarności*, [w:] M. Marczevska-Rytko, S. Michałowski (red.), *op. cit.*, s. 253–254.

⁷⁶ A. Piasecki, *op. cit.*, s. 26.

⁷⁷ P. Uziębło, *Inicjatywa...*, s. 238–239.

⁷⁸ A. Piasecki, *op. cit.*, s. 26.

⁷⁹ P. Uziębło, *Inicjatywa...*, s. 240.

w funkcjonowanie klasycznych instytucji demokratycznych⁸⁰. Powodem powyższego stanu rzeczy jest przede wszystkim osiągnięcie podstawowego celu, jaki stanowi zapobieganie objęciu władzy przez tyrana, oraz „kryzys idei obywatelskości”. Przyczynę takiego „kryzysu” stanowi brak myślenia wspólnotowego, rozrost i dominująca rola partii politycznych, które nie komunikują się właściwie z obywatelem, a także coraz mniejszy wpływ państwa w zakresie kształtowania polityki oraz gospodarki, z uwagi na integrację europejską oraz postępującą globalizację. Powyższe zjawiska sprawiają, że obywatel przestaje mieć świadomość swojego wpływu na rozwój kraju. Warty uwagi jest również fakt, że niektóre z form demokracji bezpośredniej, stosowane w polskiej praktyce politycznej, nie znalazły miejsca w regulacjach rangi ustawowej. Dzieje się tak w przypadku budżetu partycypacyjnego oraz obywatelskiej inicjatywy uchwalodawczej. Kwestie z nimi związane są zwykle albo zawarte w statucie danej jednostki samorządu terytorialnego, albo w uchwałach organu stanowiącego. Jednakże w niektórych jednostkach wyżej wymienione instytucje w ogóle nie funkcjonują. Stwarza to sytuację, w której mieszkańcy poszczególnych obszarów naszego kraju mają mniejszy wpływ na funkcjonowanie wspólnoty samorządowej niż ich sąsiedzi, którym powyższe uprawnienia zostały przyznane na mocy aktów prawa miejscowego. Jest to sytuacja z punktu widzenia obywateli wysoce niesprawiedliwa i niepożądana, dlatego też ustawodawca winien wyeliminować nierówności stosownym aktem prawnym rangi ustawowej.

Podjęjąc próbę oceny funkcjonowania instytucji demokracji bezpośredniej nie sposób nie odwołać się do uwarunkowań politycznych i poziomu zaangażowania obywateli w życie publiczne. Niestety, kwestie te pozostawiają wiele do życzenia. Partycypacja obywateli w życiu publicznym jest momentami wręcz znikoma, przez co większość referendum lokalnych zostało uznanych za nieważne. Jednakże demokracja bezpośrednia w jednostkach samorządu terytorialnego pełni ogromną rolę i pozytywnie wpływa na rosnące z czasem zaangażowanie mieszkańców i ich świadomość współdecydowania w sprawach ważnych dla danego regionu, a referenda lokalne, mimo konieczności ponoszenia pewnych nakładów finansowych, nie pochłaniają na tyle dużych kwot z budżetu, aby decydować się na ograniczenia w ich przeprowadzaniu. Rozważyć natomiast należy problem funkcjonowania instytucji referendum ogólnokrajowego w warunkach państwa funkcjonującego w reżymie demokracji przedstawicielskiej – jego organizacja jest obciążeniem dla budżetu państwa, partycypacja obywateli w życiu publicznym jest niska, nie ma więc gwarancji, że uzyska się poziom frekwencji wymagany dla uzyskania wiążącego charakteru głosowania. Chcąc ulepszyć funkcjonowanie instrumentów demokracji bezpośredniej należy również rozwiązać kwestię negatywnego wpływu środowiska politycznego – wykorzystywania referendum jako narzędzia do prowadzenia wstępnej kampanii wyborczej.

⁸⁰ R. Balicki, *Kryzys demokracji?*, [w:] R. Balicki, M. Masternak-Kubiak (red.), *W służbie dobru wspólnemu. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Januszowi Trzczyńskiemu*, Warszawa 2012, s. 52.

The institution of direct democracy in the Polish legal system

S u m m a r y

This article is devoted to the issue of the forms of direct democracy in Polish law. The author described the brief history of the development of direct democracy. She presented the types of democracy in Polish constitutional law. The author defined the concept of democracy and referred to the concept of participatory democracy and the individual institutions operating in the Polish legal system – nationwide referendum, local referendum and civic legislative initiative. The author raised the question of the crisis not only in participatory democracy, but also in indirect democracy. The author emphasized necessity of regulating procedural issues related to participatory budgeting institutions and civic initiative, not regulated in the enactment. The author emphasized the negative impact of politics on society. She concluded that the overuse of institution of direct democracy is excessively expensive and not always effective.

**LEGALNE WYKONANIE ZABIEGU LECZNICZEGO BEZ ZGODY PACJENTA
– PRAWO DO AUTONOMII A ZGODA DOMNIEMANA I PRZYMUS LECZENIA****

1. Uwagi wprowadzające

Podstawową zasadą dopuszczalności zabiegów leczniczych jest zachowanie autonomii osoby im poddawanej. W konsekwencji o legalności tych działań decyduje skuteczna prawnie zgoda pacjenta lub innej uprawnionej osoby. Zgoda ta jest przejawem wolności chronionej w art. 192 k.k. Termin „zgoda” oznacza zezwolenie na coś¹. Aby była ona skuteczna musi spełnić kilka podstawowych przesłanek. Do swojej skuteczności zgoda musi spełniać warunki podmiotowe, a więc pochodzić od pacjenta lub innego podmiotu uprawnionego; musi być uświadomiona, a co za tym idzie osoba, która wyraża zgodę powinna zostać wcześniej odpowiednio poinformowana; zgoda ma również zostać wyrażona w sposób dobrowolny i szczegółowy, a przy jej wyrażaniu musi zostać zachowana wymagana w danym przypadku właściwa forma oświadczenia².

Współcześnie zgoda pacjenta jest podstawowym aktem woli, który decyduje o legalności podejmowanych czynności medycznych, ale również bardzo często o ich rodzaju i zakresie. Stanowi ona fundamentalne prawo każdego pacjenta. W nauce prawa panuje pogląd, iż prawo człowieka do samostanowienia należy chronić nawet wtedy, gdy koliduje ono z ochroną życia lub zdrowia³.

Ustawodawca przewidział jednak kilka okoliczności, w których interwencja medyczna jest dopuszczalna mimo braku zgody, a nawet w przypadku sprzeciwu właściwego podmiotu. Pierwsza sytuacja odnosi się do konstrukcji tzw. zgody domniemanej, zaś druga dotyczy przymusu leczenia⁴. Obie instytucje wymagają szczegółowego omówienia ze względu na ich znaczenie prawne i deontologiczne. Wiąże się to z tym, iż mają one zastosowanie w stosunku do interesów osób trzecich lub interesu publicznego, które wymagają szerszej ochrony⁵. Dodatkowo bardzo ważne jest, czy lekarz, który podejmuje czynności medyczne wbrew woli pacjenta może uwolnić się od odpowiedzialności karnej odwołując się np. do

* Autorka jest magistrem prawa Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego oraz magistrem polityki społecznej Wydziału Ekonomiczno-Socjologicznego Uniwersytetu Łódzkiego.

** Stan prawny: kwiecień 2015 r.

¹ E. Sobol (red.), *Nony słownik języka polskiego*, Warszawa 1999.

² R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2010, s. 340.

³ A. Liszewska, *Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy*, PiP 1997, z. 1, s. 36 i n.

⁴ E. Zielińska, *Odpowiedzialność zawodowa lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2001, s. 370–372.

⁵ M. Serwach, *Prawo medyczne w działalności podmiotów leczniczych i w praktyce lekarskiej*, Łódź 2014, s. 122.

instytucji stanu wyższej konieczności⁶. Poglądy na ten temat ewoluowały na przestrzeni lat, jednak obecnie najbardziej zasadna wydaje się w tym przypadku odpowiedź negatywna⁷.

2. Zgoda domniemana

Konstrukcja zgody domniemanej stosowana jest w odniesieniu do pacjentów wyłącznie niekompetentnych do wyrażenia swojej woli, jednak niemogących tego uczynić z uwagi na ich stan zdrowia oraz w przypadku konieczności uzyskania zgody zastępczej albo kumulatywnej, gdy nie ma podmiotu właściwego do jej udzielenia lub nie można się z nim porozumieć. W konsekwencji przyjmuje się domniemanie, że pacjent, mając możliwość wyrażenia zgody, prawdopodobnie by jej udzielił. Jako uzasadnienie podaje się koncepcję, że pacjent akceptowałby wykonanie zabiegu, który jest konieczny do uratowania jego życia i zdrowia⁸.

Instytucja zgody domniemanej została uregulowana w art. 33 i art. 34 ust. 7 i 8 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry⁹. Przeważająca część doktryny popiera pogląd, że art. 33 u.z.l.l.d. odnosi się do zabiegów prostych, a art. 34 ust. 7 i 8 u.z.l.l.d. znajduje zastosowanie do zabiegów operacyjnych i stwarzających podwyższone ryzyko¹⁰.

Istotne jest, że omawiana konstrukcja ogranicza autonomię pacjenta, wolność człowieka, która jest przedmiotem ochrony art. 192 k.k. W konsekwencji, aby zapobiec nadużyciom ustawodawca wprowadził szereg warunków, aby zgoda ta miała zastosowanie. Podstawowym obowiązkiem jest konieczność konsultacji planowanych czynności z innym lekarzem. Jak wskazuje R. Kubiak, mimo użycia w art. 33 ust. 2 u.z.l.l.d. określenia „w miarę możliwości” sugerującego fakultatywność konsultacji, należy ten przepis rozumieć zawężająco. Jest to związane z tym, że zgoda domniemana stanowi wyjątek od ogólnej zasady konieczności uzyskania aprobaty pacjenta¹¹. W konsekwencji, odwołując się do regul wykładni prawa, należy przytoczyć zasadę, iż wyjątków nie można interpretować rozszerzająco. W następstwie lekarz jest zobowiązany do dolożenia wszelkich starań w celu uzyskania opinii. Samodzielnie może podjąć decyzję tylko w przypadku, gdy nie może dokonać konsultacji z obiektywnych przyczyn. Dodatkowym warunkiem formalnym dotyczącym uzyskania opinii od innego lekarza jest odnotowanie zaistniałej sytuacji w dokumentacji medycznej pacjenta. Jest to bardzo istotne z uwagi na fakt, że dokumentacja ta w przypadku ewentualnego sporu będzie stanowiła materiał dowodowy¹². Omówiona regulacja ma jednak zastosowanie jedynie w stosunku do zabiegów prostych¹³.

⁶ E. Zielińska, *op. cit.*, s. 377.

⁷ M. Safjan, *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998, s. 61; E. Zielińska, *op. cit.*, s. 377–380.

⁸ R. Kubiak, *Prawo...*, s. 386.

⁹ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (t.j. Dz.U. z 2008 r., Nr 136, poz. 857) – dalej: u.z.l.l.d.

¹⁰ M. Świdorska, *Zgoda Pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 172; R. Kubiak, *Prawo...*, s. 386; T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta, a polskie prawo karne*, Warszawa 2008, s. 89–94.

¹¹ R. Kubiak, *Prawo...*, s. 388.

¹² *Idem*, *Zgoda na zabieg medyczny. Kompendium dla lekarzy*, Kraków 2013, s. 69.

¹³ T. Dukiet-Nagórska, *op. cit.*, s. 94.

Odrębnie uregulowane zostały przypadki konieczności przeprowadzenia operacji lub innych interwencji, które stwarzają podwyższone ryzyko dla pacjenta. Ustawodawca przewidział w stosunku do nich zaostrzone warunki. Jest to związane z tym, iż działania takie mają o wiele poważniejsze konsekwencje dla życia i zdrowia pacjenta oraz zdecydowanie bardziej naruszają jego autonomię. Zgodnie z art. 34 ust. 7 u.z.l.l.d. dopuszczono możliwość wykonania takich zabiegów bez wymaganej zgody, jeśli zwłoka groziłaby pacjentowi utratą życia, ciężkim uszkodzeniem ciała lub ciężkim rozstrojem zdrowia.

Wskazuje się jednak, że z omówionej normy nie wynika, aby zaistniałe niebezpieczeństwo musiało mieć charakter bezpośredni¹⁴.

Ustawodawca, określając przesłanki ważności dokonanego zabiegu operacyjnego albo zastosowanej metody leczenia lub diagnostyki, które stwarzają podwyższone ryzyko dla pacjenta, wskazuje w art. 34 ust. 7 u.z.l.l.d. na obowiązek nałożony na lekarza dotyczący konsultacji z innym lekarzem. Dodatkowo prawodawca zastrzegł, że w miarę możliwości opinia powinna być udzielona przez lekarza tej samej specjalności. Kolejnym warunkiem dokonywania omawianych czynności jest konieczność niezwłocznego zawiadomienia o nich przedstawiciela ustawowego, opiekuna faktycznego pacjenta lub sąd opiekuńczy. Wszystkie realizowane czynności muszą zostać również odnotowane wraz z ich uzasadnieniem w dokumentacji medycznej. W związku z omawianą konstrukcją należy wskazać, iż lekarz jest uprawniony do dokonywania jedynie czynności niezbędnych do uchylenia niebezpieczeństwa. W następstwie wykonanie dalszych zabiegów po ustaniu zagrożenia obliuguje do uzyskania każdorazowo stosownej zgody¹⁵.

Na uwagę zasługuje również instytucja tzw. wyjątku terapeutycznego. Dotyczy ona przypadków, w których w trakcie wykonywania zabiegu powstaje potrzeba dokonania dalszych czynności, których wyrażona uprzednio zgoda nie przewidywała, a nie ma możliwości zmodyfikowania jej zakresu¹⁶. Tradycyjnie wskazuje się w literaturze prawnomedycznej na trzy przypadki, które dotyczą zmiany przedmiotu zabiegu, zmiany granic zabiegu, zmiany metody zabiegu.

Zgodnie z art. 35 u.z.l.l.d. regulującym tzw. wyjątek terapeutyczny, aby lekarz był uprawniony do zmiany zakresu zabiegu bądź metody leczenia lub diagnostyki muszą zostać spełnione wszystkie wymienione warunki, a więc:

- w trakcie wykonywania określonych czynności występują nowe okoliczności,
- nieuwzględnienie zaistniałych okoliczności grozi pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkim uszkodzeniem ciała lub ciężkim rozstrojem zdrowia,
- nie ma możliwości niezwłocznego uzyskania zgody od uprawnionego podmiotu.

Zmiana zakresu działań ma dotyczyć jedynie uwzględnienia nowych okoliczności. Na lekarzu ciąży obowiązek udzielenia informacji uprawnionemu podmiotowi o wszystkich czynnościach, konsultacji z innym lekarzem, w miarę możliwości tej samej specjalności i dokonanie odpowiedniej adnotacji w dokumentacji medycznej.

Podsumowując powyższe, należy zastanowić się nad ustaleniem charakteru prawnokarnego czynności terapeutycznych, które są przeprowadzane na podstawie zgody

¹⁴ R. Kubiak, *Pravo...*, s. 389.

¹⁵ *Ibidem*, s. 390.

¹⁶ *Idem, Zgoda...*, s. 74.

domniemanej. W pierwszej kolejności wskazać trzeba stanowisko prezentowane przez A. Zolla. Uważa on, że: „w sytuacji, gdy ustawa dopuszcza dokonanie czynności medycznej bez zgody podmiotów uprawnionych przez ustawę, mamy do czynienia z kontratypem, wtórną legalnością zachowania”¹⁷. Opozycyjny pogląd przedstawia T. Dukiet-Nagórska. Wskazuje, że pierwotna legalność dotyczy czynności lekarskich podjętych wyłącznie w celu ochrony życia lub zdrowia pacjenta, a w konsekwencji również, gdy ustawa upoważnia lekarza do działania bez wyrażonej zgody od uprawnionego podmiotu. Oznacza to, że: „czynność terapeutyczna podejmowana na podstawie tzw. zgody domniemanej jest pierwotnie legalna”¹⁸. Wskazuje ona dodatkowo, że czynności lekarskie o dwoistej naturze, które realizują cel leczniczy oraz inny priorytet i są podejmowane mimo sprzeciwu pacjenta, należy rozumieć jako kontratypy¹⁹.

3. Przymusowe leczenie

Z dotychczasowych analiz wynika, że do legalności wszelkich czynności medycznych konieczne jest poszanowanie autonomii pacjenta, które przejawia się w prawie do wyrażenia zgody na konkretną interwencję, ale również w prawie do odmowy jej dokonania.

Ustawodawca przewidział jednak sytuacje, w których dopuszczona jest możliwość wykonania konkretnych czynności medycznych bez zgody, a czasem nawet mimo sprzeciwu osoby zainteresowanej. Istotne jest, że działania te mają na celu nie tylko ochronę życia lub zdrowia pacjenta, ale również innych wartości. W następstwie prawo do samostanowienia jest poświęcone na rzecz innych interesów. Sytuacje takie określa się „przymusem leczenia”²⁰.

Należy zastanowić się nad uzasadnieniem takich regulacji, które ograniczają w konsekwencji wolność człowieka. Stanowi to istotną kwestię, ponieważ co do zasady autonomia i prawo do samostanowienia człowieka są silnie chronione od życia i zdrowia danej jednostki. Motywy takich regulacji są różnorodne. Głównymi celami są m.in. chęć zabezpieczenia społeczeństwa przed powstawaniem różnych patologii, szerzeniem się zakażeń chorobami, niebezpieczeństwem związanym z zachowaniem osób niepoczytalnych. Wprowadzenie ograniczeń wolności człowieka wiąże się nierozdzielnie z dokonaniem oceny wartości poszczególnych dóbr i przyznaniem priorytetu interesowi społeczeństwa. W konsekwencji prawo pacjenta do samostanowienia ustępuje na rzecz dobra ogółu. W takich przypadkach powstaje sprzężenie celu leczniczego określonych działań z innym celem. Następstwem jest rozumienie zachowania lekarza, jako kontratypu. Do legalności takich czynności nie wystarcza jedynie ich charakter leczniczy. Dodatkowo muszą istnieć okoliczności przewidziane przez ustawę, które uzasadniają działanie na rzecz określonego dobra, które jest na tyle istotne i doniosłe, że naruszenie autonomii pacjenta zostaje usprawiedliwione²¹.

¹⁷ A. Zoll, *Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca przestępność czynu w praktyce lekarskiej*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 2, s. 14–15.

¹⁸ T. Dukiet-Nagórska, *op. cit.*, s. 100.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ R. Kubiak, *Prawo...*, s. 395.

²¹ T. Dukiet-Nagórska, *op. cit.*, s. 101.

Sytuacje, w których ustawodawca wprowadza możliwość zastosowania przymusu leczenia, można sklasyfikować w różny sposób. W niniejszej pracy kryterium tym będzie rodzaj interesu, któremu służyć mają określone rozwiązania. Należy wskazać, że zakres poruszanej tematyki jest bardzo szeroki i każda z przewidzianych przez prawodawcę możliwości wymaga szczegółowego omówienia. Jednak z uwagi na ograniczone ramy opracowania, wskazane regulacje są zaprezentowane ze szczególnym uwzględnieniem celu ich stworzenia i priorytetu dobra, które mają chronić, na rzecz których asekuracja wolności człowieka ustępuje. Przedstawione rozważania nie mają charakteru opisu poszczególnych rozwiązań prawnych oraz zasad ich realizacji. Celem dokonanej analizy jest wskazanie dóbr, których wartość uzasadnia ograniczenie prawa do samostanowienia pacjenta.

Jako pierwszy przykład podać można uregulowania mające na celu przeciwdziałanie uzależnieniom i ich leczenie. Priorytetem w stosunku do samostanowienia jednostki jest ochrona społeczeństwa przed skutkami nalogów. Przewidziane w k.k. środki zabezpieczające mają służyć poprawie stanu zdrowia sprawcy czynu oraz zredukować możliwość ponownego dokonania czynu przestępnego, który był uwarunkowany uzależnieniem sprawcy od alkoholu lub środków odurzających. W tym przypadku dobrem nadrzędnym jest bezpieczeństwo publiczne²².

W kontekście przymusowego leczenia osób uzależnionych, na podstawie analizy odpowiednich ustaw można wymienić przymusowe leczenie osób uzależnionych od alkoholu, przymusowe leczenie osób uzależnionych od narkotyków i przymusowe leczenie odwykowe, które jest związane z popełnieniem przestępstwa.

Podstawowym aktem dotyczącym pierwszego z wymienionych przypadków jest ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi²³. Mimo że działania medyczne mają służyć każdemu pacjentowi indywidualnie, celem pierwszorzędnym nie jest ochrona jednostki, lecz społeczeństwa. Uzasadnienie tego można znaleźć już w preambule ustawy, która akcentuje życie obywateli w trzeźwości, jako niezbędny warunek do moralnego i materialnego dobra Narodu. Co do zasady, poddanie się leczeniu odwykowemu jest dobrowolne. Jednak w art. 24 u.w.t.p.a. przewidziano szereg warunków, które muszą być spełnione, aby wszcząć postępowanie odwykowe bez zgody konkretnego podmiotu. Zgodnie z jego treścią osoba nadużywająca alkohol musi przyczynić się do rozkładu życia rodzinnego, przyczynić się do demoralizacji małoletnich, uchylać się od pracy, systematycznie zakłócać spokój lub porządek publiczny.

Wymienione przesłanki mają charakter materialny. Dodatkowo istnieje druga grupa warunków formalnych, które odnoszą się do odpowiednich procedur związanych z ograniczeniem autonomii²⁴. Zaliczyć do nich można w pierwszej kolejności – przeprowadzenie badań przez biegłych, następnie wydanie orzeczenia sądu po uzyskaniu pozytywnej opinii biegłych, zgodnie z którym może zapaść decyzja o poddaniu danej osoby leczeniu odwykowemu we właściwym zakładzie lecznictwa, a także możliwość przymusowego

²² *Ibidem*, s. 103.

²³ Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (t.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 822) – dalej: u.w.t.p.a.

²⁴ B. Jaworska-Dębska, *Spór wokół modelu polskiej regulacji alkoholowej. Zagadnienia administracyjno-prawne*, Łódź 1995, s. 146–147.

doprowadzenia osoby przez Policję w celu wykonania obowiązku poddania się leczeniu odwykowemu²⁵.

W omawianej kwestii istotne jest, że spełnienie jedynie przesłanki medycznej, jaką jest uzależnienie od alkoholu, nie warunkuje zastosowania przymusowego leczenia. Dodatkowo zrealizowane muszą być określone przesłanki społeczne. W związku z tym ustawodawca wyraźnie priorytet przyznaje ochronie interesów społecznych, a tylko pośrednio dobru jednostki²⁶.

W sposób zmodyfikowany kształtuje się sytuacja osób uzależnionych od wszelkich substancji wskazanych w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii²⁷. Zgodnie z art. 25 ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, leczenie, rehabilitacja lub reintegracja osób uzależnionych są dobrowolne. Ograniczenia zostały przewidziane, jako wyjątki w art. 30 i odnoszą się do osób uzależnionych, które nie ukończyły 18. roku życia. W takim przypadku sąd rodzinny na wniosek uprawnionego podmiotu albo z urzędu może skierować daną osobę na przymusowe leczenie.

Ostatnim przykładem odnoszącym się do przymusowego leczenia osób uzależnionych jest leczenie odwykowe pozostające w związku z popełnieniem przestępstwa. Podstawą prawną, zgodnie z obowiązującym stanem prawnym, jest w tym przypadku art. 96 k.k. Zgodnie z treścią tego przepisu sąd może orzec środek zabezpieczający w postaci umieszczenia sprawcy w zamkniętym zakładzie leczenia odwykowego w przypadku, gdy przestępstwo zostało popełnione w związku z uzależnieniem sprawcy od alkoholu lub innego środka odurzającego, sprawca został skazany na karę pozbawienia wolności, która nie przekracza 2 lat, nie zastosowano warunkowego zawieszenia kary pozbawienia wolności, istnieje wysokie prawdopodobieństwo ponownego popełnienia przestępstwa przez daną osobę ze względu na jej nałóg, a okres leczenia trwa od 3 miesięcy do 2 lat. Przepis ten będzie jednak uchylony w związku z wejściem w życie od dnia 1 lipca 2015 r. ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. nowelizującej kodeks karny oraz inne ustawy²⁸.

We wszystkich wymienionych przypadkach możliwość zastosowania przymusu leczenia w odniesieniu do osób uzależnionych stanowi wyjątek od zasady autonomii pacjenta. Takie ograniczenia wolności są jednak uzasadnione dobrem ogółu oraz uchronieniem społeczeństwa przed negatywnymi konsekwencjami nałogów i zabezpieczeniem go przed niebezpieczeństwami ze strony osób uzależnionych. Istotne jest, że w stosunku do regulacji dotyczących przymusu leczenia ustawodawca wprowadza szereg mechanizmów kontrolnych, których celem jest uniknięcie nadużyć.

Aktem przewidującym szczególnie przypadek stosowania przymusu leczenia jest ustawa o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi²⁹. Tak samo jak we wcześniejszych przypadkach, ograniczenie autonomii pacjenta podyktowane jest ochroną

²⁵ R. Kubiak, *Prawo...*, s. 397.

²⁶ M. Nowacka, *Autonomia pacjenta jako problem moralny*, Białystok 2005, s. 248.

²⁷ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (t.j. Dz.U. z 2012 r., poz. 124).

²⁸ Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 396).

²⁹ Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (t.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 619) – dalej: u.z.z.ch.z.l.

społeczeństwa. Jednak w związku ze skalą zagrożenia jakie pochodzi od osoby podejrzanej lub chorej na chorobę zakaźną, ustawodawca przewiduje dość radykalne środki oraz umożliwia jeszcze silniejsze ograniczenie prawa do samostanowienia chorego. Jest to konsekwencją przyznania priorytetu ochronie interesu społecznego. Zabezpieczeniem autonomii człowieka są liczne warunki, jakie muszą zostać spełnione, aby przymus leczenia mógł być zastosowany. Wskazuje się w tym aspekcie na wymogi konstytucyjne – na tzw. zasadę ostrożności i proporcjonalności³⁰. W związku z tym, jeżeli nie ma dużego zagrożenia zakażeniem, a sposób zakażenia jest bardzo ograniczony to ograniczenie wolności oraz autonomii pacjenta nie znajduje zastosowania³¹. Art. 5 ust. 1 u.z.z.ch.z.l. przewiduje, w przypadku zaistniałych okoliczności, obowiązek poddania się danej osoby:

- zabiegom sanitarnym,
- szczepieniom ochronnym,
- poekspozycyjnemu profilaktycznemu stosowaniu leków,
- badaniom sanitarno-epidemiologicznym, w tym również postępowaniu mającemu na celu pobranie lub dostarczenie materiału do tych badań,
- nadzorowi epidemiologicznemu,
- kwarantannie,
- leczeniu,
- hospitalizacji,
- izolacji.

Kluczowym przepisem odnoszącym się do ograniczenia prawa do samostanowienia pacjenta jest art. 25 u.z.z.ch.z.l. Na jego mocy właściwi inspektorzy sanitarni są uprawnieni do wydawania decyzji administracyjnych nakazujących choremu lub osobie podejrzanej o zachorowanie lub zakażenie poddanie się wskazanym czynnościom. Wszystkie unormowania przewidziane w ustawie mają na celu ochronę całego społeczeństwa. Wniosek ten nasuwa się w konsekwencji braku nałożenia przez ustawodawcę obowiązku leczenia chorób, a w następstwie ograniczenia autonomii pacjenta, w odniesieniu do schorzeń, których skutki dotyczą bezpośrednio jedynie chorego. Stanowisko takie nazwać można praktycznym zastosowaniem utylitaryzmu poprzez realizację zasady zabraniającej jednostce działań szkodliwych dla innych ludzi³².

Innym uregulowaniem przewidującym środek zabezpieczający w postaci przymusowego leczenia jest art. 95a k.k. odnoszący się do sprawców przestępstw seksualnych. Jego głównym celem, tak jak w przypadku wcześniejszych sytuacji, jest ochrona społeczeństwa przed negatywnymi konsekwencjami konkretnych czynów przestępnych. Wiąże się to z tym, że przestępczość seksualna odznacza się wysokim stopniem społecznej szkodliwości i wytwarza w ludziach potrzebę sprawiedliwości. Drugim dobrem, stanowiącym priorytet w stosunku do autonomii sprawców przestępstw seksualnych, jest interes jednostki pokrzywdzonej. Czyny takie bowiem godzą w jej wolność seksualną, ale też zaburzają jej prawidłowy rozwój psychiczny i fizyczny oraz mogą skutkować utratą życia i zdrowia osoby

³⁰ R. Kubiak, *Zgoda...*, s. 152–153.

³¹ M. Świdorska, *op. cit.*, s. 276.

³² M. Nowacka, *op. cit.*, s. 247.

pokrzywdzonej³³. Podkreślenia wymaga regulacja art. 95a § 1a k.k., zgodnie z którą orzeczenie omawianego środka nie zależy od czynników medycznych, a jedynie od rodzaju popełnionego czynu. W konsekwencji może dojść do sytuacji, w której z punktu widzenia medycznego sprawca nie będzie wymagał terapii³⁴. Wskazuje się również, że omawiany środek charakteryzuje się nie tyle celem leczniczym, ile jest skierowany na represję i ma realizować funkcję ogólnoprewencyjną³⁵.

Przesłanki orzeczenia środka zabezpieczającego polegającego na przymusowym leczeniu sprawców przestępstw seksualnych są określone w art. 95a § 1 k.k. Należy jednak stosować do nich jednocześnie odpowiednio wymogi zawarte w art. 93 k.k., który odnosi się ogółem do wszystkich przewidzianych środków zabezpieczających. Warunkami orzeczenia takiego rozwiązania są:

- skazanie sprawcy za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej,
- orzeczoną karą jest kara pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania – bez względu na wymiar kary,
- istnienie związku pomiędzy popełnionym przestępstwem, a zaburzeniami preferencji seksualnych,
- niezbędność orzeczenia danego środka w celu zapobiegnięciu ponownemu popełnieniu czynu zabronionego motywowanego zaburzeniami sprawcy,
- konieczność wysłuchania opinii dwóch biegłych lekarzy psychiatrów, psychologa oraz seksuologa.

Art. 95a k.k. również przestanie jednak obowiązywać od 1 lipca 2015 r. w związku z nowelizacją k.k.

Podwójnym uzasadnieniem cechuje się ograniczenie autonomii pacjenta na rzecz przymusowego leczenia osób z zaburzeniami psychicznymi. Motywami takiego unormowania są potrzeba ochrony społeczeństwa przed zachowaniami agresywnymi osób z zaburzeniami psychicznymi oraz wyeliminowanie wątpliwości, co do wyrażonej przez takie osoby zgody lub sprzeciwu. Istotne jest jednak, że ograniczenia autonomii pacjenta są bardzo silne szczególnie w przypadku przymusu bezpośredniego. W konsekwencji, aby uniknąć nadużyć, ustawodawca wprowadził szereg warunków koniecznych do spełnienia, aby w tym przypadku przymus leczenia był dopuszczalny. Podstawowym aktem w tej kwestii jest ustawa o ochronie zdrowia psychicznego³⁶. Co do zasady prymat przyznano poszanowaniu autonomii pacjenta. Jednak z uwagi na jego dobro przewidziano możliwość zastosowania przymusu bezpośredniego albo pośredniego. Z uwagi na fakt, że przymus bezpośredni jest środkiem, który najbardziej ingeruje w dobra pacjenta, obwarowany został koniecznością spełnienia przesłanek ściśle określonych w ustawie. Art. 18 u.o.z.p. wskazuje, że przymus ten może być stosowany w odniesieniu do osób, które:

³³ R. Kubiak, *Zgoda...*, s. 139.

³⁴ *Ibidem*, s. 141.

³⁵ K. Postulski, *Nowe zasady wykonywania przez sąd środka zabezpieczającego określonego w art. 95a kodeksu karnego*, PIP 2010, nr 10, s. 86.

³⁶ Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (t.j. Dz.U. z 2011 r., nr 231, poz. 1375) – dalej: u.o.z.p.

- dopuszczają się zamachu przeciwko życiu lub zdrowiu własnemu lub innej osoby lub zamachu przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu,
- niszczą lub uszkadzają w sposób gwałtowny przedmioty, które znajdują się w otoczeniu osoby z zaburzeniami psychicznymi,
- poważnie zakłócają lub uniemożliwiają funkcjonowanie podmiotu leczniczego, który udziela świadczeń zdrowotnych z zakresu opieki psychiatrycznej lub jednostki organizacyjnej pomocy społecznej.

Powyższe warunki mają charakter materialny. Dodatkowo konieczne jest spełnienie przesłanek formalnych, które dotyczą wymogów proceduralnych zastosowania przymusu bezpośredniego wobec osób z zaburzeniami psychicznymi³⁷. Jednak z uwagi na ograniczone ramy oraz inny cel opracowania, omówienie ich zostanie pominięte. W związku z przeprowadzoną analizą najważniejsze jest zaprezentowanie dobra, któremu przyznany jest priorytet i na rzecz którego prawo do samostanowienia zostaje ograniczone. W tym przypadku interes społeczeństwa oraz dobro jednostki z zaburzeniami psychicznymi, która nie jest w stanie decydować o sobie, uzasadniają możliwość zastosowania przymusu leczenia.

Często zdarza się, że osoby z zaburzeniami psychicznymi dopuszczają się czynów zabronionych. Jednak z uwagi na niepoczytalność, nie można przypisać im winy, a w konsekwencji takie osoby nie ponoszą odpowiedzialności karnej. Prawo przewiduje w takich przypadkach inną możliwość reakcji. Przymusowe leczenie osób niepoczytalnych w chwili popełnienia czynu może zostać orzeczone w postaci tzw. środka zabezpieczającego. Jednak środki zabezpieczające, w odróżnieniu od kar, nie mają za zadanie wymierzać sprawiedliwości. Ich celem jest zabezpieczenie społeczeństwa przed zagrożeniami, jakie istnieją w tym przypadku ze strony osób niepoczytalnych³⁸. Właśnie to jest istotą ograniczenia autonomii pacjenta w odniesieniu do niepoczytalnych sprawców czynów zabronionych. Celem jest ochrona interesu ogółu przed zachowaniami osoby niepoczytalnej oraz samego pacjenta, który nie jest w stanie sam o sobie decydować, a wymaga terapii. Zadaniem indywidualnym w odniesieniu do danego pacjenta jest poprawa jego stanu zdrowia i zachowania, co w konsekwencji ma umożliwić powrót niepoczytalnego sprawcy do życia w społeczeństwie oraz dalsze leczenie poza zakładem³⁹. Możliwość stosowania przymusu leczenia i izolacji w stosunku do niepoczytalnych sprawców czynów zabronionych jest uzależniona od spełnienia wielu warunków, których realizacja ma zapobiec nadużywaniu tego środka oraz chronić wolność pacjenta. Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym art. 94 k.k. przewiduje następujące przesłanki:

- osoba musi popełnić czyn zabroniony,
- w chwili popełnienia czynu osoba ta musi być niepoczytalna w rozumieniu art. 31 § 1 k.k.,
- czyn, który popełniła dana osoba charakteryzuje się społeczną szkodliwością czynu w stopniu znacznym,
- istnieje prawdopodobieństwo ponownego popełnienia przez sprawcę takiego czynu.

³⁷ R. Kubiak, *Zgoda...*, s. 103.

³⁸ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 208.

³⁹ R. Kubiak, *Zgoda...*, s. 133.

Istotne jest, że funkcją zastosowania omawianego środka, który ogranicza prawo do samostanowienia jednostki, jest w głównej mierze zabezpieczenie porządku prawnego. Odzwierciedleniem tego jest ochrona społeczeństwa przez izolację i leczenie osób niepočetalnych, aby nie popełniły one kolejnych czynów zabronionych⁴⁰.

Znamienne jest, że od 1 lipca 2015 r. w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. nowelizującej kodeks karny i inne ustawy, przepisy dotyczące środków zabezpieczających zostaną uchylone. W konsekwencji zostanie wprowadzony do kodeksu karnego nowy rozdział X, który zmieni charakter omawianych instytucji, jednak problem ten nie będzie szerzej poruszany w niniejszej pracy z uwagi na inny cel przedstawianych regulacji.

W praktyce zdarza się, że autonomia pacjenta jest ograniczona w związku z priorytetem interesu wymiaru sprawiedliwości oraz pośrednio dobrem pokrzywdzonego. Polski ustawodawca w następstwie dopuszcza w określonych przypadkach wykonanie zabiegów lekarskich w celu zebrania i zabezpieczenia materiału dowodowego oraz wykrycia sprawcy czynu zabronionego. Jako podstawę prawną tych działań należy wskazać art. 74 § 2 k.p.k.⁴¹ Wskazano w nim, że oskarżony jest zobligowany do poddania się:

- oględzinom zewnętrznym ciała oraz innym badaniom, które nie naruszają integralności ciała;
- badaniom psychologicznym i psychiatrycznym;
- badaniom, które wiążą się z dokonaniem zabiegów na ciele danej osoby – z wyjątkiem chirurgicznych oraz przy zastrzeżeniu, że są dokonywane przez pracownika służby zdrowia do tego uprawnionego z zachowaniem wskazań wiedzy lekarskiej oraz nie zagrażają zdrowiu oskarżonego – przeprowadzenie tych czynności musi być konieczne;
- pobraniu wymazu ze śluzówki policzka przez funkcjonariusza Policji, jeśli zachodzi taka potrzeba oraz nie ma obawy, że zagrażałoby to zdrowiu oskarżonego lub innych osób.

Wyczerpanie to nie ma jednak charakteru *numerus clausus*, a stanowi wyłącznie przykład dopuszczalnych zabiegów, których lista może zostać w razie potrzeby rozszerzona⁴². Szczegółowe zasady i sposób przeprowadzenia wymienionych czynności określa właściwe rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości⁴³.

Jednym z głównych powodów przeprowadzenia przymusowych badań jest dobro wymiaru sprawiedliwości, które zabezpiecza się poprzez utrwalenie materiału dowodowego, który może zostać zniszczony lub uzyskanie go w przyszłości będzie niemożliwe, a jest ono niezbędne w celu wykrycia i ukarania sprawcy. W tym kontekście bardzo ważne dla celów dowodowych jest pobranie krwi. Wiąże się to z ustaleniem stanu zdrowia oskarżonego, ale przede wszystkim umożliwia przypisanie odpowiedzialności za dany czyn zabroniony. Jako ogólną podstawę do pobrania krwi bez zgody właściwego podmiotu należy wskazać art. 74 § 2 pkt 2 oraz art. 308 § 1 k.p.k. Przepisy te nie regulują jednak

⁴⁰ R. Kubiak, *Zgoda...*, s. 128–129.

⁴¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 21).

⁴² T. Grzegorzczak, [w:] T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2011, s. 347.

⁴³ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2005 r. w sprawie poddania badaniom lub wykonania czynności z udziałem oskarżonego lub osoby podejrzanej (Dz.U. Nr 33, poz. 299).

sposobu wyegzekwowania określonych zachowań oraz nie uprawniają do użycia przymusu bezpośredniego. Możliwość taką wprowadza przywołane rozporządzenie z 2005 r. Istotne jest, że problematyka przymusowego pobrania krwi ma szczególne znaczenie w stosunku do osób, które popełniły przestępstwo lub wykroczenie przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji. W tym kontekście wskazać należy ustawę prawo o ruchu drogowym⁴⁴. Zgodnie z art. 129 ust. 2 pkt 3 p.r.d. policjant ma prawo żądać od kierującego pojazdem lub od innej osoby poddania się badaniu w celu ustalenia zawartości w organizmie alkoholu lub środka działającego podobnie do alkoholu, w przypadku uzasadnionego podejrzenia, że osoba będąca pod wpływem takiej substancji mogła kierować pojazdem. Art. 129i ust. 3 oraz art. 129j ust. 4 p.r.d. precyzują, że badania w celu ustalenia obecności w organizmie alkoholu lub środka działającego podobnie jak alkohol, można przeprowadzić również w przypadku sprzeciwu osoby zainteresowanej. Warunkiem tego jest jednak poinformowanie jej o tym.

Zaprezentowane uregulowania ograniczają prawo do wyrażenia zgody przez pacjenta. Są one jednak uzasadnione tym, że priorytet przyznano ochronie dobra społeczeństwa przed konsekwencjami dalszych zachowań sprawcy będącego pod wpływem alkoholu lub innego środka działającego jak alkohol oraz zabezpieczenie interesu wymiaru sprawiedliwości poprzez utrwalenie niezbędnych dowodów. Na potrzeby procedury karnej uzasadnione może być również przymusowe badanie świadka i pokrzywdzonego, które motywowane jest wskazanymi interesami.

Ostatnim przykładem możliwości ograniczenia samostanowienia pacjenta jest zastosowanie przymusu leczenia wobec osób osadzonych. Na wstępie zaznaczyć trzeba, że ustawodawca zapewnia opiekę medyczną skazanym na bezwzględną karę pozbawienia wolności w art. 115 § 1 k.k.w.⁴⁵ Jest to związane z zagwarantowaniem skazanemu, zgodnie z art. 4 § 2 k.k.w., praw i wolności obywatelskich. Głównym celem więziennej służby zdrowia jest jednak zachowanie osadzonych przy życiu oraz w niepogorszonym zdrowiu⁴⁶. Dodatkowo T. Dukiet-Nagórska wskazuje, że ograniczenie autonomii skazanych jako pacjentów uzasadnione jest celem bezwzględnej kary pozbawienia wolności oraz dobrem innych więźniów, np. poprzez zabezpieczenie przed rozprzestrzenieniem się choroby zakaźnej i zakażenia⁴⁷. Zwraca się dodatkowo uwagę na możliwość pozostawiania skazanych pod presją innych więźniów. Okoliczności takie warunkują brak swobody podejmowanych decyzji⁴⁸. Właśnie z koniecznością skutecznego wykonania kary oraz potrzebą ratowania cennych dóbr osadzonych, jakim jest przede wszystkim życie, przewidziano możliwość przymusowego wykonania zabiegów. Regulacja ta jest stosunkowo wąska i obejmuje swoim zakresem:

⁴⁴ Ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. prawo o ruchu drogowym (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 211) – dalej: p.r.d.

⁴⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 21).

⁴⁶ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 30 kwietnia 2002 r., sygn. akt: II AKz 128/02, (Krakowskie Zeszyty Sądowe 2002, nr 4, s. 22).

⁴⁷ T. Dukiet-Nagórska, *op. cit.*, s. 112.

⁴⁸ T. Szymanowski, Z. Świda, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz, ustawy dodatkowe, akty wykonawcze*, Warszawa 1998, s. 277.

- przymusowe badanie psychologiczne i psychiatryczne,
- przymusowe leczenie i rehabilitację skazanych, którzy są uzależnieni od alkoholu albo środków odurzających, substancji psychotropowych oraz osadzonych za przestępstwo seksualne, które popełnione zostało w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych,
- przymusowe wykonanie zabiegu zmierzającego do uratowania życia⁴⁹.

4. Zakończenie

Podsumowując powyższe rozważania, należy wskazać, iż co do zasady prawo pacjenta do samostanowienia jest niepodważalne. Ustawodawca przewiduje jednak wyjątki. Mają one na celu ochronę dobra wyższej wartości, niż autonomia pacjenta. Są nimi m.in. interes wymiaru sprawiedliwości, bezpieczeństwo społeczeństwa, ale również dobro danej jednostki, wobec której zastosowany jest przymus leczenia, a która sama nie jest w stanie zdecydować o poddaniu się określonym czynnościom. Istotne jest jednak, że jako zabezpieczenie ochrony wolności człowieka i uniknięcia nadużyć, ustawodawca wprowadza szereg ograniczeń i warunków, jakie muszą być spełnione, aby przymus leczenia znalazł zastosowanie.

Lawful execution of a medicinal treatment without a patient's consent – the right to autonomy and the presumption of consent and coercion treatment

S u m m a r y

Consent to treatment is a basic right of the patient and the manifestation of the protection of freedom guaranteed by the constitution. This adjustment is included in the article of the Polish Constitution: everyone shall have the personal immunity and personal liberty. Deprivation or restriction of liberty may be imposed only on rules and procedures set forth in the Act. In this case, the protection of freedom and the right to self-determination has precedence over the protection of life and health. The patient has the right to object to the implementation of health services. Subject to certain conditions necessary for the validity of the patient's decision, this position must be respected. Also the Supreme Court in its order dated 27 October 2005 stressed that the right to decide for themselves is one of the manifestation of the autonomy of each individual.

This is reflected in the selection of treatment and consent to submit to treatment. In exceptional cases provided by law, priority is given to the protection of public welfare, criminal justice and the whole community of people. Consequently, the right to self-determination of submission to medical operations is limited. The main thing is to see tangible goods whose value in the specific situation justifies a restriction of patient autonomy. In such cases specific conditions designated by the legislature must be met in order to eliminate the possibility of fraud and the introduction of patient confusion, to protect the autonomy of the individual.

⁴⁹ R. Kubiak, *Zgoda...*, s. 185–189.

POJĘCIE SZCZEGÓLNEGO OKRUCIEŃSTWA JAKO ZNAMIEŃ TYPU KWALIFIKOWANEGO PRZESTĘPSTWA ZNĘCANIA SIĘ W ŚWIETLE ORZECZNICTWA I DOKTRYNY**

1. Słowo wstępne

Postępująca brutalizacja życia oraz wzrost zachowań agresywnych, o których często donoszą środki masowego przekazu, znajdują swoje odzwierciedlenie w coraz częstszym stosowaniu przez organy wymiaru sprawiedliwości kwalifikowanych typów przestępstw, tak aby w pełni odzwierciedlić rzeczywisty charakter bezprawnego postępowania sprawców¹. Dotyczy to również typu kwalifikowanego występku określonego w art. 207 k.k.², a polegającego na znęcaniu się ze szczególnym okrucieństwem. Rzeczywisty obraz działania sprawców tego przestępstwa jest szeroki i obejmuje trudny do wyliczenia wachlarz różnorodnych zachowań naruszających podstawowe prawa człowieka, w tym prawo do życia, zdrowia oraz do poszanowania godności osobistej. Próby ujęcia całej gamy czynności, polegających na znęcaniu się ze szczególnym okrucieństwem, przysparzają więc wielu trudności. Mimo dokładnej analizy sposobu zachowania sprawcy nie zawsze możliwe jest dokonanie przez organy ścigania właściwej kwalifikacji prawnej danego czynu. Nie istnieje legalna definicja pojęcia „szczególne okrucieństwo”, a sformułowania wypracowane przez doktrynę i orzecznictwo nie posiadają waloru uogólnienia. Jednak pomimo tych kontrowersji, ustawodawca zdecydował się na posłużenie wyjątkowo nieostрым i ocennym pojęciem, jakim jest określenie „szczególne okrucieństwo” w celu wyodrębnienia jednego z typów kwalifikowanych przestępstwa znęcania się, ujętego w art. 207 § 2 k.k.

2. Typy kwalifikowane przestępstwa znęcania się

Motywy tworzenia typów kwalifikowanych są różne. Niewątpliwie należy zaliczyć do nich przesłanki o charakterze historycznym, społecznym (spowodowane zmianami zachodzącymi w życiu społecznym, nowymi zjawiskami społecznymi), ale determinantą mogą też być np. wysoki stopień społecznej szkodliwości czynu oraz względy polityki kryminalnej³. Uznaje się, że ostatni powód jest merytorycznie najważniejszy. Ustawodawca tworzy typ kwalifikowany, opierając się na wnikliwej obserwacji przypadków, w ramach których dochodzi do występowania sytuacji szczególnych, wymagających odmiennego uregulowania,

* Autorka jest absolwentką prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego.

** Stan prawny: kwiecień 2015 r.

¹ A. Staszak, *Przemoc, szczególne udrczenie i szczególne okrucieństwo jako znamie czynu zbrojonego*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 12, s. 32.

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553).

³ T. Bojarski, *Z problematyki przestępstw kwalifikowanych (zasady i kryminalno-polityczne racje tworzenia przestępstw kwalifikowanych)*, Annales UMCS, sec. G, vol. XXXVII, Lublin 1990, s. 13.

z powodu ich częstotliwego występowania oraz intensywnego powtarzania się jako negatywnych zjawisk życia społecznego⁴. Dlatego, odnosząc się do przestępstwa znęcania się, ustawodawca postanowił wyodrębnić, poza typem podstawowym, dwa typy kwalifikowane, jakimi są znęcanie się ze szczególnym okrucieństwem (art. 207 § 2 k.k.) oraz doprowadzenie pokrzywdzonego do targnięcia się na własne życie (art. 207 § 3 k.k.).

W porównaniu do stanu prawnego obowiązującego na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r.⁵ nastąpiła istotna zmiana, polegająca na wyodrębnieniu typu kwalifikowanego znęcania się, który polega na stosowaniu szczególnego okrucieństwa. W przypadku znęcania się ze szczególnym okrucieństwem ustawodawca przewidział dla tego typu kwalifikowanego podwojenie dolnej i górnej granicy zagrożenia karą (od roku do 10 lat pozbawienia wolności).

2.1 Pojęcie okrucieństwa i szczególnego okrucieństwa

W celu omówienia typu kwalifikowanego określonego w § 2 art. 207 k.k., należy odnieść się do znamienia strony przedmiotowej tego czynu, jakim jest określenie „szczególne okrucieństwo”. Według *Słownika Języka Polskiego* okrucieństwo oznacza „bycie okrutnym, skłonność do zadawania bólu innym dla swojej przyjemności, dzikie, niepojęte, wyrafinowane, wrodzone okrucieństwo”⁶. K. Daszkiewicz w celu wyjaśnienia tego pojęcia, definiuje zachowanie okrutne jako nieludzkie, niemilosierne, nieubłagane, sadystyczne, barbarzyńskie, bestialskie, zaś osobę uznaną za okrutną określa posługując się takimi słowami jak sadyzm, zwyrodnienie, zdziczenie, zezwierzęcenie⁷.

Zgodnie ze *Słownikiem Frazeologicznym Języka Polskiego* przymiotnik *szczególny* oznacza „posiadanie jakiejś szczególności, wyróżnianie się pod jakimś względem, posiadanie jakiejś właściwości, bycie nacechowanym w jakiś sposób”⁸. *Szczególny* to również „ważniejszy od innych, zasługujący na specjalną uwagę, taki, który się wyróżnia”⁹. Na tej podstawie można uznać, że szczególne okrucieństwo to takie, które jest ponadprzeciętne, wyróżniające się, wyjątkowe.

2.2. Znęcanie się ze szczególnym okrucieństwem

Typ kwalifikowany przestępstwa znęcania się, polegający na stosowaniu szczególnego okrucieństwa pojawił się w Kodeksie karnym z 1997 r. Szczególne okrucieństwo stanowi znamień kwalifikowane wybranych przestępstw w obecnie obowiązującym kodeksie karnym

⁴ *Ibidem*, s. 13.

⁵ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1969 r., Nr 13, poz. 94).

⁶ E. Wierzbicka (red.), *Słownik współczesnego języka polskiego*, tom 1, Warszawa 1998, s. 676.

⁷ K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 25.

⁸ J. Skorupka (red.), *Słownik frazeologiczny języka polskiego*, tom 2, Warszawa 1987, s. 264.

⁹ E. Wierzbicka (red.), *Słownik...*, s. 379.

i jest zarezerwowane jedynie dla przestępstw „najcięższych”¹⁰. Ustawodawca nie posługuje się tylko samym pojęciem „okrucieństwo” w odniesieniu do wybranych przestępstw, ponieważ jest to zabieg bezcelowy, gdyż każde przestępstwo np.: zabójstwa, zgwałcenia czy znęcania, samo w sobie jest okrutne¹¹. Dlatego należy uznać, że termin szczególne okrucieństwo będzie oznaczał zachowanie sprawcy cechujące się okrucieństwem, ale „wzbogacone” o dodatkowe elementy. Określenie tych dodatkowych elementów w zachowaniu sprawcy nastęrcza wiele trudności. Brak jest definicji ustawowej pojęcia „szczególne okrucieństwo” w przypadku przestępstw wymierzonych przeciwko człowiekowi. Określenie szczególne okrucieństwo charakteryzuje się wieloznacznością, a samo znamię jest pojęciem nieostrym i ocennym¹². Należy więc zastanowić się, czy posługiwanie się przez ustawodawcę pojęciem o walorze wieloznaczności jest zgodne z zasadą *nullum crimen sine lege certa*. Według wymienionej reguły, opis przestępstwa powinien być bowiem w maksymalny sposób dokładny. Należy jednak zastanowić się, czy posłużenie się przez ustawodawcę wyjątkowo ocennym zwrotem, jakim jest szczególne okrucieństwo, w celu uzupełnienia równie ocennego pojęcia znęcania się, w kontekście art. 207 k.k., nie będzie nadwyżeniem przytoczonej zasady. W przypadku, gdy ustawodawca nie ujmuje w sposób precyzyjny znamion określonego typu czynu zabronionego, może dojść do rozbieżności w praktyce stosowania art. 207 § 2 k.k.¹³ Dlatego w kwestii używania przez ustawodawcę pojęć niedookreślonych lub wieloznacznych, wypowiedział się Sąd Najwyższy, podnosząc, że konieczność maksymalnej określoności znamion danego typu przestępstwa nie jest równoznaczna z obowiązkiem ustalenia w sposób wyczerpujący wszystkich elementów służących opisowi czynu zabronionego¹⁴. Z tego powodu, zdaniem Sądu, jako zgodne z zasadą *nullum crimen sine lege certa*, będzie posługiwanie się przez ustawodawcę sformułowaniami ocennymi, takimi jak chociażby pojęcie „szczególne okrucieństwo”. Należy jednak zauważyć, że sytuacja, w której ustawodawca posługuje się pojęciami wysoce ocennymi może spowodować większe trudności również w ustaleniu, czy doszło do wystąpienia okoliczności charakteryzującej się niemożnością przypisania sprawcy czynu. Taką sytuacją będzie pozostawanie sprawcy w błędzie co do okoliczności, stanowiącej znamię czynu zabronionego. Zgodnie z poglądem wyrażonym przez Sąd Najwyższy przedmiotem błędu mogą być również znamiona przedmiotowej strony czynu, bez względu na to, czy mają one charakter ocenny lub opisowy¹⁵. W przypadku jednak, gdy dana okoliczność, będąca znamieniem czynu zabronionego, a posiadająca walor

¹⁰ Szczególne okrucieństwo stanowi znamię kwalifikowane zabójstwa (art. 148 § 2 pkt 1 k.k.), zgwałcenia (art. 197 § 4 k.k.), znęcania (art. 207 § 2 k.k.), znęcania się nad osobą prawnie pozbawioną wolności (art. 247 § 2 k.k.), znęcania się funkcjonariusza publicznego nad osobą prawnie pozbawioną wolności (art. 247 § 3 k.k.), znęcania żołnierza nad podwładnymi (art. 352 § 2 k.k.).

¹¹ A.M. Kania, [w:] L. Boguni (red.), *Znamię szczególnego okrucieństwa w orzecznictwie sądowym*, „Nowa kodyfikacja prawa karnego”, Wrocław 2009, tom XXV, s. 36.

¹² E. Januszkiewicz, *Znamię szczególnego okrucieństwa w poglądach przedstawicieli doktryny i orzecznictwie sądowym*, MoP 2012, nr 16, s. 860.

¹³ A. Wąsek, J. Warylewski, [w:] A. Wąsek, R. Zawlocki (red.), *Kodeks karny, Część szczególna, Komentarz do art. 117-221*, Warszawa 2010, s. 1174 i n.

¹⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z 19 grudnia 2007 (V KK 101/07).

¹⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 lutego 1997 r., V KKN 188/96 (Prok. i Pr., 1998, nr 5 poz. 1).

wieloznaczności, stanowi przedmiot błędu, mogą wówczas pojawić się problemy z odpowiednim zakwalifikowaniem czynu sprawcy. Dlatego dość istotną kwestią jest rozważenie, czy wprowadzenie przez ustawodawcę legalnej definicji pojęcia szczególnego okrucieństwa, przyniosłoby korzyści dla praktyki stosowania omawianego przepisu.

P. Jastrzębski uważa, że stworzenie definicji tego pojęcia przez ustawodawcę mogłoby spowodować sytuację, w której wymiar sprawiedliwości w procesie stosowania prawa, nie objąłby swoim zasięgiem tych stanów faktycznych, które nie zostałyby zawarte w ramach wyznaczonych przez definicję szczególnego okrucieństwa, a które „z uwagi na sprawiedliwość oraz przez wzgląd na szeroko rozumianą słuszość, powinny być zakwalifikowane jako czyny, w których występuje znamień szczególnego okrucieństwa”¹⁶. Sąd Apelacyjny w Lublinie w jednym ze swoich orzeczeń trafnie podniósł, że „szczególne okrucieństwo jest znamieniem nieostrym i szalenie ocennym (podwójnie wartościującym)” i dlatego nie powstała dotąd żadna ustawowa definicja lub uogólnienie, które miałyby charakter uniwersalny, ponieważ byłoby to niemożliwe z powodu potrzeby stworzenia określenia pojęć, które zostałyby użyte w celu scharakteryzowania pojęcia pierwszego, oraz niecelowe, gdyż koniecznym stałoby się zawężenie kryteriów jedynie do takich zachowań, które da się przewidzieć¹⁷.

Z tego powodu próby zbudowania definicji tego terminu nigdy nie będą posiadały waloru uogólnienia¹⁸, który sprawiłby, że wypracowane sformułowania pasowałyby do wszystkich przypadków dokonania przestępstw ze szczególnym okrucieństwem¹⁹. Z uwagi na wymienione postulaty, należy więc przyjąć, że stworzenie przez ustawodawcę definicji szczególnego okrucieństwa będzie niecelowe, a nawet niemożliwe, z uwagi na zbyt dużą różnorodność form zachowania się sprawców oraz występowanie trudności interpretacyjnych tego pojęcia, związanych z niemożliwością wyznaczenia jednoznacznych kryteriów do jego ustalenia.

Z definicją szczególnego okrucieństwa można spotkać się w ustawie o ochronie zwierząt w art. 4 pkt. 12, ale nie ma ona charakteru uniwersalnego, ponieważ odnosi się głównie do przestępstw wymierzonych przeciwko zwierzęciu²⁰. We wspomnianym przepisie ustawodawca przyjął, że szczególne okrucieństwo oznacza podejmowanie przez sprawcę działań, które charakteryzują się drastycznością form i metod. Uznał również, że jest to działanie podejmowane w sposób wyszukany lub powolny, z premedytacją nakierowane na zwiększenie rozmiaru cierpień oraz czasu ich trwania.

Bardzo trudno jest wytyczyć granicę pomiędzy okrucieństwem, a szczególnym okrucieństwem. Nie istnieje „skala okrucieństwa”, która miałaby zastosowanie do konkretnego przypadku i pozwoliłaby na uzyskanie odpowiedzi na pytanie, czy została już przez sprawcę przekroczona granica „zwykłego” okrucieństwa, a tym samym czy można już uznać

¹⁶ P.J. Jastrzębski, *Przestępstwa ze szczególnym okrucieństwem*, Warszawa 2009, s. 59.

¹⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 12 czerwca 2001 r., II AKa 102/01 (Prok. i Pr. 2002, nr 6, poz. 17).

¹⁸ A.M. Kania, [w:] L. Bogunia (red.), *Znamień...*, s. 35–36.

¹⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 12 czerwca 2001 r., II AKa 102/01 (Legalis nr 53693) – Sąd Apelacyjny uznał, że „stanowisko orzecznictwa i doktryny ma charakter kauzalny, może jedynie pomagać w interpretacji tego ustawowego znamienia w konkretnym czynie, ale nie zastępować interpretacji na użytek konkretnie rozstrzyganego przypadku”.

²⁰ Ustawa z 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt (Dz.U. Nr 111, poz. 724).

zachowanie sprawcy za szczególnie okrutne. Tymczasem Sąd Najwyższy nakazuje, w celu ustalenia czy w danej sprawie wystąpiło znamię szczególnego okrucieństwa, dokonywać stopniowania okrucieństwa pod względem dokonania rozróżnienia²¹. Zdaniem A.M. Kania używanie takich metod przy ustalaniu tego znamienia może jednak prowadzić do powstania niedopuszczalnych rozstrzygnięć o charakterze arbitralnym²².

Orzecznictwo nie stworzyło jednolitej wykładni pojęcia szczególne okrucieństwo. Wielokrotnie podejmowane próby określenia tego terminu jak dotąd nie doprowadziły do wypracowania sformułowania o walorze uniwersalnym. Definicje szczególnego okrucieństwa, które dotąd powstały, są przede wszystkim ściśle związane z indywidualnym przypadkiem, który podlega rozpoznaniu. Jako przykład można wskazać orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Katowicach²³, w którym wskazano, że zachowanie szczególnie okrutne jest nacechowane „rzadkim, nieprzeciętnym i zwracającym uwagę określonym elementem charakterystycznym”. W innym orzeczeniu Sądu Apelacyjnego w Katowicach uznano, że szczególne okrucieństwo charakteryzuje zachowanie „szczególnie drastyczne i brutalne”²⁴.

Mimo przeszkód w wypracowaniu jednolitej terminologii, w orzecznictwie uznaje się, że warunkiem koniecznym do stwierdzenia występowania znamienia szczególnego okrucieństwa jest działanie sprawcy, wykraczające poza czynności niezbędne, które są konieczne do osiągnięcia celu danego czynu²⁵. Ponadto w orzecznictwie zwraca się uwagę, że do określenia zachowań sprawcy, które wykraczają poza czynności niezbędne do osiągnięcia danego rezultatu, oraz które powodują uznanie działania sprawcy za szczególnie okrutne, pomocne może być ustalenie czy sprawca popełnił zamach na inne dobro prawne niż to, które chroni typ podstawowy danego przestępstwa²⁶. Sąd Najwyższy w jednym ze swoich orzeczeń podniósł, że zachowanie sprawcy charakteryzujące się szczególnym okrucieństwem powinno odznaczać się wyjątkowo okrutnym, odrażającym i brutalnym sposobem działania, dokonywanym przez sprawcę przy użyciu określonych środków, albo działaniem w określonych okolicznościach, które prowadzą do spowodowania u ofiary bardzo dotkliwych cierpień, zarówno fizycznych, jak i moralnych²⁷.

²¹ Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 30 maja 1995 r., III KRN 31/95, (Prok. i Pr. 1995, nr 10, poz. 7).

²² A.M. Kania, [w:] L. Bogunia (red.), *Znamię...*, s. 36

²³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 8 lipca 2004 r., II Aka 139/04 (KZS 2005, nr 6, poz. 68).

²⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 10 listopada 2005 r., II Aka 298/05 (KZS 2006, nr 7–8, poz. 125).

²⁵ Jako przykład należy tu wymienić stanowisko Sądu Apelacyjnego w Łodzi (Wyrok SA w Łodzi z dnia 13 grudnia 2001 r., II Aka 168/00, Prok. i Pr. 2002, nr 7, poz. 24), który uznał że „dla przyjęcia, że konkretne zabójstwo popełnione zostało ze szczególnym okrucieństwem, konieczne jest ustalenie, że sprawca, zamierzając pozbawić inną osobę życia, podjął takie działania, których charakter i intensywność wykraczały poza potrzebę realizacji zamierzonego skutku, w szczególności gdy są one całkiem niepotrzebne do osiągnięcia tego skutku. Chodzi w szczególności o takie sposoby, przy których sprawca, poza czynnością prowadzącą wprost do pozbawienia życia innego człowieka, wykonuje – jeszcze przed pozbawieniem życia tej osoby – czynności powodujące zbędne jej cierpienie, zarówno fizyczne (np. tortury), jak i psychiczne – np. pozorowana egzekucja, torturowanie w obecności ofiary osób najbliższych dla niej itp.”

²⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 30 stycznia 2002 r., II Aka 230/01 (Prok. i Pr. 2004, nr 5, poz. 18, s. 12; KZS 2004, nr 6, poz. 44, s. 26).

²⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 maja 1979 r., II KR 125/79 (LEX nr 21815).

W literaturze uznaje się, że szczególnym okrucieństwem jest postępowanie sprawcy, które charakteryzuje się stosowaniem bardzo drastycznych rodzajów działania, prowadzących do przysporzenia ofierze wyjątkowo dużych i dotkliwych cierpień²⁸. Zachowania sprawcy polegają więc na świadomym wyrządzaniu dolegliwości psychicznych i fizycznych, a zarazem są znacznie większe od tych, które właściwe są dla typu podstawowego²⁹. Szczególne okrucieństwo zostanie przypisane sprawcy wtedy, kiedy jego działania są wyjątkowo brutalne, perfidne, bezwzględne lub wymyślne, a także wyrządzają ofierze cierpienia, które znacznie wykraczają poza zwykłą miarę związaną z przysparzaniem pokrzywdzonemu dolegliwości, mając na względzie kondycję psychiczną, fizyczną i wiek ofiary³⁰. Zachowanie okrutne co do zasady charakteryzuje się bezwzględnością i jest nakierowane na wywołanie u ofiary poczucia bezsilności, upodlenia, upokorzenia lub strachu³¹. Sprawca, który stosuje szczególne okrucieństwo w stosunku do swojej ofiary, wyraża tym samym pogardę dla najcenniejszych dóbr podlegających ochronie karnoprawnej³². Znamień szczególnego okrucieństwa powinno być stosowane przede wszystkim do określenia czynów wyjątkowo odrażających i drastycznych³³. J. Kasprzycki na podstawie poglądów prezentowanych w doktrynie i orzecznictwie opracował sposób określania znamienia jakim jest działanie ze szczególnym okrucieństwem³⁴. Według autora szczególne okrucieństwo należy oceniać z punktu widzenia skutków, które polegają na wyrządzeniu znacznej dolegliwości fizycznej albo innych konsekwencji czynu sprawcy. Ponadto autor twierdzi, że o szczególnym okrucieństwie można mówić tylko w przypadku występowania szczególnie zabarwionego zamiaru sprawcy, a samo pojęcie szczególnego okrucieństwa należy rozpatrywać w odniesieniu do rodzaju i sposobu działania sprawcy.

M. Filar uważa, że w celu przypisania sprawcy działania ze szczególnym okrucieństwem, konieczne jest, aby jego działania polegały na stosowaniu metod uznawanych za nie-ludzkie, brutalne, drastyczne, wywołujące znaczną dolegliwość³⁵. Według autora, szczególne okrucieństwo wystąpi wtedy, gdy metody, jakimi posłużył się sprawca, zostaną w sposób obiektywny uznane za zdolne do wywołania znacznej dolegliwości. P. Jastrzębski zaproponował własną definicję pojęcia szczególnego okrucieństwa³⁶. Zgodnie ze stanowiskiem autora, szczególne okrucieństwo jest zespołem okoliczności, które z powodu wyjątkowo intensywnego nasilenia części składowych składających się na „okrucieństwo”, czynią je

²⁸ Por. V. Konarska-Wrzosek, [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego, Przepisy przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2012, tom 10; V. Konarska-Wrzosek, *Ochrona dziecka*, Toruń 1999, s. 63.

²⁹ J. Bryk, *Przestępstwo znęcania się*, Szczytno 2003, s. 80.

³⁰ V. Konarska-Wrzosek, *Ochrona...*, s. 63.

³¹ M. Budyn-Kulik, *Zgnatlenie ze szczególnym okrucieństwem*, Annales UMCS, sec. G, tom LXI, Lublin 2014, s. 29.

³² A. Wojciukiewicz, [w:] L. Bogunia (red.), *Kilka uwag o osobie pokrzywdzonego w przestępstwie znęcania psychicznego*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego”, Wrocław 2003, tom XII, s. 132.

³³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 maja 1995 r., III KRn 31/95 (Prok. i Pr., wkładka 1995, nr 10, poz. 7).

³⁴ J. Kasprzycki, *Zabójstwa kwalifikowane*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych”, 1999, z. 2, s. 125.

³⁵ M. Filar, *Przestępstwa seksualne w nowym kodeksie karnym. Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, Warszawa 1997, s. 24.

³⁶ P. J. Jastrzębski, *Przestępstwa...*, s.56-58.

„szczególnym”. Oznacza to, że szczególne okrucieństwo powinno cechować się specyficzną, wyjątkowością lub nietypowością. A. Marek uważa, że poprzez pojęcie szczególnego okrucieństwa należy rozumieć zadawanie ofierze dużych cierpień, takich jak np.: torturowanie, dotkliwe bicie, które poprzez swoją intensywność znacznie wykracza poza pojęcie znęcania się, określone w art. 207 § 1 k.k.³⁷ Zdaniem Z. Siwika znęcanie się ze szczególnym okrucieństwem wystąpi wtedy, gdy rodzaj działania sprawcy zostanie uznany za wyjątkowy, a uciążliwości, które zadał on swojej ofierze przybrały nadzwyczajną formę³⁸.

W rozpoznaniu, czy dane zachowanie sprawcy należy zakwalifikować jako szczególnie okrutne, ważną rolę odgrywa również relacja pomiędzy sprawcą przestępstwa a pokrzywdzonym. A. Marek uważa, że przy ustalaniu, czy określona czynność powinna być potraktowana jako szczególnie okrutna, należy wziąć pod uwagę takie czynniki jak: podatność na wiktyzację oraz sposobność obrony pokrzywdzonego. Przypadki znęcania się nad takimi osobami jak: małe dziecko, osoba kaleka, starsza, bezradna, lub kobieta w ciąży, powinno się z reguły oceniać jako znęcanie ze szczególnym okrucieństwem. Osobnicze cechy pokrzywdzonego, do których można zaliczyć kalectwo, zły stan zdrowia, brzemienność, starość albo wiek dziecięcy, mają znaczny wpływ na ocenę zachowania sprawcy, ponieważ mogą spowodować, że takie same zachowania sprawcy wobec określonych ofiar zostaną zidentyfikowane jako szczególnie okrutne, ale wobec innych pokrzywdzonych już nie będą za takie uznane³⁹. Jako przykład można wskazać np. używanie przemocy w postaci kopania kobiety ciężarnej oraz kobiety niebędącej w ciąży⁴⁰. Kryterium, które może spowodować uznanie za szczególnie okrutne zachowania sprawcy, są także cechy przymiotnikowe ofiary, czyli takie, które służą do określenia wyjątkowego stanu w jakim pokrzywdzony się znalazł, a który to stan spowoduje, że zachowanie sprawcy mające miejsce w czasie trwania tego stanu, zostanie potraktowane jako szczególnie okrutne. Przykładem cech przymiotnikowych ofiary może być np. stan bezbronności lub bezsilności⁴¹. Za szczególnie okrutne należy także uznać działanie sprawcy, które zostało podjęte wobec osoby niebędącej w stanie odczuwać cierpienia psychicznego (np. osoba nieprzytomna lub pozostająca w stanie odurzenia alkoholowego lub narkotykowego) lub cierpienia fizycznego⁴².

W celu przyjęcia zachowania sprawcy za szczególnie okrutne istotne znaczenie może mieć też czas i miejsce dokonania czynu lub okoliczność popełnienia przestępstwa w obecności osób najbliższych. Natomiast posługiwanie się przez sprawcę narzędziem niebezpiecznym, nie zawsze będzie wystarczające do uznania, że zachowanie sprawcy wypełniło znamiona szczególnego okrucieństwa⁴³. Dlatego należy przyjąć, że z powodu ocenego charakteru pojęcia szczególnego okrucieństwa, zawsze trzeba dokonywać jego interpretacji

³⁷ A. Marek, *Komentarz do kodeksu karnego, Część szczególna*, Warszawa 2000, s. 165.

³⁸ Z. Siwik, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 989.

³⁹ V. Konarska-Wrzošek, [w:] J. Warylewski (red.), *System...*, s. 926

⁴⁰ *Ibidem*, s. 926.

⁴¹ P.J. Jastrzębski, *Przestępstwa...*, s. 242.

⁴² A.M. Kania, [w:] L. Bogunia (red.), *Znamię...*, s. 36.

⁴³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 10 maja 2001 r., II Aka 78/01 (KZS 2001/5/26).

na podstawie konkretnego stanu faktycznego⁴⁴. Tezę tę potwierdził również Sąd Apelacyjny w Katowicach uznając, że okoliczność, jaką jest fakt, że pokrzywdzonym jest bezbronne, małe dziecko, nie jest wystarczająca do ustalenia, że przestępstwo zostało popełnione ze stosowaniem szczególnego okrucieństwa⁴⁵. Sąd Apelacyjny podniósł również, że w sytuacji, gdy pojawia się potrzeba stwierdzenia czy dane zachowanie nosiło znamiona szczególnego okrucieństwa, nie może działać żaden automatyzm, ani domniemanie.

Podsumowując, można więc przyjąć, że w każdej indywidualnej sprawie konieczne staje się analizowanie sposobu i rodzaju zachowania sprawcy przestępstwa znęcania się, a okrucieństwo będzie stanowiło okoliczność obciążającą wtedy, gdy jednocześnie będzie wykładnikiem cech podmiotowych sprawcy, takich jak stosunek do pokrzywdzonego lub działanie przestępcze będące środkiem do osiągnięcia wyznaczonego celu⁴⁶.

Niektórzy autorzy uważają, że szczególne okrucieństwo należy zaliczyć do kategorii subiektywnej⁴⁷. J. Wojciechowski uznał, że przy ocenie zachowania sprawcy jako szczególnie okrutne należy mieć na uwadze również subiektywny odbiór działania sprawcy przez pokrzywdzonego⁴⁸. Dlatego według autora przy analizowaniu zachowania sprawcy pod kątem szczególnego okrucieństwa powinno brać się pod uwagę właściwości osobiste ofiary, jej wrażliwość oraz przede wszystkim skutki, jakie znęcanie się wywarło w jej psychice.

Należy jednak przyjąć, że szczególne okrucieństwo jest pojęciem obiektywnym, co oznacza, że zachowanie sprawcy musi być postrzegane na zewnątrz jako szczególnie okrutne, nie może o tym decydować osobiste odczucie pokrzywdzonego. To stanowisko jest trafne głównie z uwagi na możliwość stosowania szczególnego okrucieństwa wobec osób posiadających zmniejszoną wrażliwość na ból lub odurzonych alkoholem czy innymi środkami lub nieprzytomnych i z tych powodów ich odczucia nie są proporcjonalne do dotkliwości wymierzonych przeciw nim czynności. Dlatego czyn zabroniony, penalizowany przez ustawodawcę, musi być określony w taki sposób, aby można było w sposób jednoznaczny odróżnić działanie przestępne sprawcy od działania zgodnego z prawem, tak aby zapewnić danej jednostce maksymalny stopień bezpieczeństwa, bez potrzeby odwoływania się jedynie do subiektywnych odczuć pokrzywdzonego.

Znęcanie się fizyczne lub psychiczne, połączone ze stosowaniem przez sprawcę szczególnego okrucieństwa, może wywoływać u pokrzywdzonego cierpienia odczuwalne nie tylko w chwili znęcania się, ale również w późniejszym okresie. Należy zatem rozstrzygnąć kwestię, czy wyrządzenie krzywd, których objawy ujawniają się albo nasilają także w przyszłości, ma znaczenie dla zakwalifikowania zachowania sprawcy jako szczególnie okrutnego. Sąd Najwyższy przyjął, że nawet jeśli działania sprawcy będą skutkowały szczególnie okrutnymi dolegliwościami dla pokrzywdzonego na przyszłość, to i tak taka okoliczność nie może automatycznie wpłynąć na uznanie, że zachowanie sprawcy wypełniło znamiona typu

⁴⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 1980., IV Kr 75/80 (OSNPG 1980, nr 11, poz. 129).

⁴⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 23 grudnia 2009 r., II AKA 369/09 (Prok. i Pr. 2009, Nr 9, dodatek s. 19).

⁴⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 31 maja 2007 r., III K 31/07 (OSNKW 2007, nr 7–8, poz. 59).

⁴⁷ Por. J. Wojciechowski, *Kodeks karny, Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 2002, s. 397; Z. Siwik, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks...*, s. 989.

⁴⁸ J. Wojciechowski, *Kodeks...*, s. 397 i n.

kwalifikowanego z § 2 art. 207 k.k.⁴⁹ Odmienne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w swoim innym, późniejszym wyroku, w którym przyjął że zachowanie sprawcy może być potraktowane jako szczególnie okrutne, nawet jeśli dotkliwe cierpienia ofiary pojawiły się bądź nasiliły już po ustaniu zachowania sprawcy⁵⁰. Wydaje się, że ostatnie stanowisko sądu jest słuszne, a zachowanie sprawcy powinno zostać zakwalifikowane jako cechujące się „szczególnym okrucieństwem” także w sytuacji, gdy konsekwencje w stanie zdrowia ofiary wystąpią w czasie późniejszym niż działanie przestępne sprawcy.

Analizując kwestię szczególnego okrucieństwa, stanowiącego znamię typu kwalifikowanego przestępstwa znęcania się, należy ustalić również zakres strony podmiotowej występkę określonego w § 2 art. 207 k.k. Jest to istotne głównie z uwagi na fakt, że strona podmiotowa przestępstwa ma na celu określenie stosunku psychiczno-intelektualnego podmiotu do dokonanego czynu. Należy przyjąć, że strona podmiotowa typu podstawowego i typów kwalifikowanych są takie same, co oznacza, że przestępstwo to może być popełnione tylko umyślnie, co wynika z ogólnej zasady wyrażonej w art. 8 k.k.⁵¹ Najbardziej zasadne jest także przyjęcie możliwości popełnienia tego występkę w obu formach umyślności, co ma istotne znaczenie dla zapewnienia praktycznej ochrony przed znęcaniem się podmiotów wymienionych przez ustawodawcę w art. 207 k.k., a stanowiących przedmiot czynności wykonawczej. Analizując stronę podmiotową, ważne jest również rozstrzygnięcie sytuacji, w której sprawca pozostaje w błędzie co do znamienia szczególnego okrucieństwa (art. 28 § 2 k.k.). Jeżeli więc sprawcy wydaje się, że jego sposób zachowania wypełnia znamiona typu kwalifikowanego przestępstwa znęcania się, a w rzeczywistości realizuje „jedynie” znamiona typu podstawowego, wówczas poniesie on odpowiedzialność zgodnie z konstrukcją usiłowania nieudolnego, w odniesieniu do czynu zabronionego w typie kwalifikowanym. Jeśli jednak zachowania sprawcy, z uwagi na ograniczony charakter nie będzie można potraktować jako usiłowania nieudolnego, wówczas będzie on odpowiadał za dokonanie umyślnego czynu, ale w typie podstawowym⁵². Warto też wspomnieć, że w nowelizacji Kodeksu karnego, która wchodzi w życie z dniem 1.07.2015 r. sformułowano ten przepis w sposób wyłączający możliwość popełnienia umyślnego czynu zabronionego w sytuacji pozostawiania przez sprawcę w błędzie, a odpowiedzialność za przestępstwa nieumyślne pozostawiono regulacji przepisów odnoszących się wyłącznie do odpowiedzialności za przestępstwa nieumyślne (art. 8 i 9 § 2 k.k.)⁵³. W części odnoszącej się do znamienia kwalifikującego, należy więc przyjąć, że sprawca pozostający w błędzie co do cechy szczególnego okrucieństwa będzie odpowiadał na podstawie przepisu, który określa typ podstawowy przestępstwa znęcania się, gdyż występek określony w art. 207 § 2 jest przestępstwem formalnym, którego skutek nie został włączony do ustawowych znamion przestępstwa⁵⁴.

⁴⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 1970 r., IV KR 199/70 (OSNKW 1971, nr 5, poz. 70).

⁵⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 1975 r., IV KRN 45/74 (OSNPG 1975, nr 4, poz. 44).

⁵¹ A. Wąsek, J. Warylewski, [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks...*, s. 1174 i n.

⁵² A. Grześkowiak [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks...*, s. 163 i n.

⁵³ Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, (Dz.U. z 2015 r., poz. 396).

⁵⁴ A. Grześkowiak, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks...*, s. 163 i n.

3. Wnioski

Przedstawiona analiza miała na celu podjęcie próby ustalenia zakresu znaczeniowego terminu „szczególne okrucieństwo”. Mając na uwadze powyższe rozważania, słusznym wydaje się przyjęcie tezy, że znęcanie się ze szczególnym okrucieństwem wystąpi w sytuacji, gdy zachowanie sprawcy będzie wyjątkowo brutalne, wyrachowane, perfidne oraz zadające pokrzywdzonemu takie cierpienia fizyczne i psychiczne, które znacznie wykraczają poza zwykłą miarę związaną z przysparzaniem dolegliwości, a przybierające postać m.in. katowania, dręczenia, torturowania lub pastwienia się nad pokrzywdzonym⁵⁵. Jest to jednak wyliczenie oparte na wypowiedzi doktryny i orzecznictwa. Ustawodawca nie stworzył definicji szczególnego okrucieństwa, ale należy przyjąć, że takie działanie było celowe, głównie z uwagi na trudną do wyliczenia i ujęcia w ramy określonego sformułowania, różnorodność form zachowania sprawcy. Dlatego dokonanie oceny zachowania sprawcy zawsze będzie musiało odbyć się przez pryzmat konkretnego stanu faktycznego. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem Sądu Najwyższego znamie „szczególnego okrucieństwa (...) jest nie tylko kwestią wykładni prawa, dającą się rozwiązać generalnie przez przyjęcie jednoznacznej i precyzyjnej, abstrakcyjnej definicji tego pojęcia, w istocie swej ocenego, ile kwestią faktu, która musi być rozważana każdorazowo w powiązaniu z konkretną sytuacją i charakteryzującymi ją, indywidualnymi okolicznościami”⁵⁶.

A concept of special cruelty as a distinguishing feature of the type of qualified crime of harassment in the light of doctrine and judicature

S u m m a r y

The rise in aggressive behaviors has its reflection in more and more frequent application of the types of qualified crimes by judicial authorities. It also refers to a type of a qualified offence defined in the article 207 of the Penal Code which concerns harassment with special cruelty. A real scope of action of perpetrators is wide and includes the whole range of various behaviors which contravene basic human rights, including right to life, health and respect for personal dignity. Attempts to include the whole range of actions, based on harassment with special cruelty, cause plenty of difficulties. Despite a detailed analysis of the way of perpetrator's behavior, judicial authorities are not always able to achieve a proper legal qualification of a given act. There is no legal definition of the “special cruelty” and the ones created by the doctrine and judicature are not universally accepted. Thus, the analysis has the purpose of making an attempt to determine the scope of the concept “special cruelty” and show the reasons for which the legislator did not decide on creating a legal definition of this concept.

⁵⁵ V. Konarska-Wrzosek, *Ochrona...*, s. 63.

⁵⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 1972 r., V KRN 33/72 (OSNKW 1972, nr 9, poz. 136).

Marta Remiszewska*

PRZESŁUCHUJĄCY ORAZ INNI UCZESTNICY PRZESŁUCHANIA MAŁOLETNIEGO POKRZYWDZONEGO W TRYBIE ART. 185A K.P.K.**

1. Wprowadzenie

Małoletni, występujący w procesie karnym w charakterze pokrzywdzonych, stanowią szczególną kategorię osobowych źródeł dowodowych, zaś reguły rządzące ich przesłuchaniem nie mogą być i na szczęście już nie są – chociaż nie zawsze było to tak oczywiste – analogiczne jak w przypadku przeprowadzania tej czynności procesowej z udziałem osób dorosłych. Tym samym, bez cienia wątpliwości, można stwierdzić, iż przesłuchanie małoletnich pokrzywdzonych stanowi jedną z najtrudniejszych czynności procesowo-kryminalistycznych, zwłaszcza jeśli organy procesowe mają do czynienia z dziećmi, które padły ofiarami przestępstw popełnionych z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej, przestępstw przeciwko wolności, wolności seksualnej i obyczajności oraz przeciwko rodzinie i opiece, które to ustawodawca enumeratywnie wymienia w art. 185a § 1 k.p.k.¹ W takich przypadkach prawidłowe przeprowadzenie przesłuchania „związane jest zarówno z trudnościami ze zweryfikowaniem prawdziwości zeznań pokrzywdzonego (...), jak i z koniecznością minimalizowania niebezpieczeństwa zjawiska wtórnej wiktyimizacji”². Z tych względów rola zarówno osoby prowadzącej, jak i osób uczestniczących w tej czynności procesowej, ma szczególnie doniosłe znaczenie i może rzutować na cały dalszy tok postępowania. Jednakże, jak słusznie zauważa V. Kwiatkowska-Darul: „Polska procedura karna wyznacza jedynie ogólne ramy przesłuchania, natomiast ciężar i odpowiedzialność za prawidłowo przeprowadzone przesłuchanie, uwzględniające dobro dziecka, spoczywa na przesłuchujących”³.

Zgodnie z art. 185a § 2 k.p.k. przesłuchanie małoletnich pokrzywdzonych przestępstwami popełnionymi z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej, przestępstwami przeciwko wolności, wolności seksualnej i obyczajności oraz przeciwko rodzinie i opiece, którzy w trakcie przeprowadzania tej czynności nie ukończyli 15 lat, przeprowadza sąd na posiedzeniu z udziałem biegłego psychologa. W uchwale z 2004 r. Sąd Najwyższy wskazał,

* Autorka jest absolwentką Wydziału Prawa i Administracji Wyższej Szkoły Zarządzania i Prawa im. Heleny Chodkowskiej w Warszawie oraz doktorantką II roku studiów doktoranckich w Zakładzie Prawa Karnego Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk w Warszawie.

** Stan prawny: kwiecień 2015 r.

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555 ze zm.).

² M. Bielski, *Prawnokarne aspekty wykorzystania wiedzy psychologicznej w zakresie reakcji penalnej na przestępczość seksualną*, [w:] R. Polczyk (red.), *Przestępstwa seksualne z perspektywy psychologicznej i prawniczej*, Kraków 2010, s. 12.

³ V. Kwiatkowska-Darul, *Przesłuchanie dziecka w polskiej procedurze karnej – zagadnienia ogólne*, „Dziecko pokrzywdzone. Teoria. Badania. Praktyka” 2004, nr 6, s. 14.

iz „art. 185a k.p.k. dotyczy zarówno postępowania przygotowawczego, jak i postępowania sądowego. Skład sądu właściwy do przesłuchania pokrzywdzonego w trybie art. 185a § 2 k.p.k. w postępowaniu sądowym określa art. 30 § 1 k.p.k.”⁴. Niniejszy przepis wyznacza jednoosobowy skład sądu, dlatego też w literaturze⁵ podkreśla się zasadność rozpoznawania danej sprawy przez tego samego sędziego, który przesłuchiwał małoletniego. Za rozwiązaniem tym przemawia fakt zachowania zasady bezpośredniości oraz to, że taki sędzia jest już doskonale zaznajomiony z danym postępowaniem oraz z osobą pokrzywdzonego. „Znany byłby już bowiem zakres ograniczeń i możliwości w składaniu zeznań przesłuchiwanego, jego zdolność do postrzegania zapamiętanych zdarzeń oraz umiejętność ich odtwarzania”⁶. Niestety w praktyce postulat ten nie zawsze jest uwzględniany, gdyż przeszkodę często stanowi art. 351 § 1 k.p.k., według którego sędziego albo sędziów powołanych do orzekania w sprawie wyznacza się w kolejności według wpływu sprawy oraz jawnej dla stron listy sędziów danego sądu lub wydziału. Odstępstwo od tej kolejności jest dopuszczalne tylko z powodu choroby sędziego lub z innej ważnej przyczyny, co należy zaznaczyć w zarządzeniu o wyznaczeniu rozprawy. Z tym większym żalem należy w tym miejscu zauważyć, że ustawodawca nie uregulował tej kwestii w niedawnej, znaczącej nowelizacji art. 185a i 185b k.p.k.⁷, która obowiązuje od dnia 27 stycznia 2014 r., jak również w olbrzymiej nowelizacji kodeksu postępowania karnego, która ma wejść w życie w dniu 1 lipca 2015 r.⁸

Koniecznym jest również nadmienienie, iż podmiotami uprawnionymi do przesłuchania małoletnich pokrzywdzonych przestępstwami popełnionymi z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej, przestępstwami przeciwko wolności, wolności seksualnej i obyczajności oraz przeciwko rodzinie i opiece, którzy ukończyli już 15. rok życia, co do zasady są prokurator i policja. Jednakże tutaj ustawodawca przewidział pewien wyjątek. Takich małoletnich można bowiem również przesłuchać w trybie art. 185a k.p.k., gdy zachodzi uzasadniona obawa, że przeprowadzenie tej czynności w innych warunkach mogłoby wywrzeć negatywny wpływ na ich stan psychiczny, co wynika z nowo dodanego art. 185a § 4 k.p.k.

Jak już wskazano powyżej, przesłuchanie małoletnich pokrzywdzonych w trybie art. 185a k.p.k. przeprowadza się obligatoryjnie z udziałem biegłego psychologa. Fakultatywnie w czynności tej może również wziąć udział prokurator, obrońca oraz pełnomocnik pokrzywdzonego. Natomiast osoba wymieniona w art. 51 § 2 k.p.k., tj. przedstawiciel ustawy lub osoba, pod której stałą pieczęą znajduje się małoletni, a od wejścia w życie ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy

⁴ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2004 r., I KZP 25/04 (OSNKW 2004, nr 11–12, poz. 101).

⁵ Zob. R. Kosior, *Wybrane zagadnienia w zakresie przesłuchania małoletniego świadka na tle art. 185a i 185b k.p.k.*, „Dziecko krzywdzone. Teoria. Badania. Praktyka” 2010, nr 1, s. 22; A. Wesołowska, *Regulacje prawne dotyczące ochrony małoletnich w toku postępowania karnego*, „Dziecko krzywdzone. Teoria. Badania. Praktyka” 2007, nr 3, s. 42.

⁶ A.Z. Krawiec, *Przesłuchanie małoletniego świadka po nowelizacji Kodeksu postępowania karnego*, Prok. i Pr. 2013, nr 12, s. 123.

⁷ Ustawa z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2013 r., poz. 849).

⁸ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r., poz. 1247).

– Kodeks postępowania karnego⁹ także osoba pełnoletnia wskazana przez pokrzywdzonego, może być obecna podczas przesłuchania, o ile nie ogranicza to swobody wypowiedzi przesłuchiwanego.

Należy jednak od razu zaznaczyć, iż „wzięcie udziału” a „obecność” w trakcie przesłuchania nie są pojęciami tożsamymi i nie mogą być stosowane zamiennie, gdyż różnią się diametralnie charakterem uprawnień, jakie z nich wynikają dla podmiotów. Kwestie te wyjaśnił Sąd Apelacyjny w Lublinie, według którego: „Określenie «biorący udział w czynności», w przeciwieństwie do określenia «obecny w czasie tej czynności» zakłada zawsze aktywność, która może skutkować wpływem tej osoby na przebieg czynności”¹⁰. Tym samym, odwołując się do treści art. 185a § 2 k.p.k., należy stwierdzić, iż biegły psycholog, prokurator, obrońca oraz pełnomocnik pokrzywdzonego mają prawo do aktywnego uczestnictwa w przesłuchaniu, co może się przejawiać m.in. poprzez zadawanie pytań małoletniemu. Z kolei rodzice, opiekunowie dziecka lub wskazana przez nie osoba pełnoletnia mogą jedynie biernie uczestniczyć w tej czynności i obserwować jej przebieg.

Należy dodać, że w myśl art. 117 § 1 k.p.k., sąd zobowiązany jest zawiadomić wskazane osoby o terminie i miejscu przeprowadzenia przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego.

Pomimo istniejących regulacji, w literaturze podkreśla się, iż zarówno przesłuchujący, jak i biegły psycholog powinni dążyć do maksymalnego ograniczenia liczby uczestników przesłuchania małoletniego¹¹. Wynika to z faktu, że obecność dodatkowych osób może utrudniać nawiązanie kontaktu z małoletnim, rozkojarzyć go, onieśmielić, zdezorientować i w konsekwencji zniechęcić do złożenia zeznań.

2. Przesłuchujący

Przesłuchanie dziecka jest dla niego sytuacją nową, niezwykle trudną i stresującą, w następstwie której może dojść do zaburzenia podstawowych aktywności, dlatego też „każdy przesłuchujący (...) powinien zdawać sobie sprawę ze słabych stron osobowych źródeł dowodowych, obdarzonych subiektywizmem, rzutującym na procesy związane z formowaniem się zeznań. Problem jest tym bardziej złożony, że przesłuchanie jest czynnością dwustronną, w którą ingerują również cechy osoby przesłuchującego”¹². Profesjonalny przesłuchujący powinien charakteryzować się takimi oto przymiotami¹³:

⁹ Ustawa z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 2013, poz. 849).

¹⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 21 września 2004 r., II Aka 135/04 (Prok. i Pr. 2006, nr 1, s. 33).

¹¹ Por. np.: J. Przybysz, *Psychiatria sądowa. Opiniowanie w procesie karnym. Podręcznik dla lekarzy i prawników*, Toruń 2002, s. 83–84; R. Kosior, *op. cit.*, s. 20; A. Budzyńska, *Jak przesłuchiwać dziecko. Poradnik dla profesjonalistów uczestniczących w przesłuchiwaniu małoletnich świadków*, Warszawa 2007, s. 17.

¹² V. Kwiatkowska-Darul, *op. cit.*, s. 14.

¹³ Por. K. MacFarlane, J.R. Feldmeth, *Przesłuchanie i diagnoza małego dziecka*, Warszawa 2002, s. 36; A. Budzyńska, *op. cit.*, s. 18; M. Kornak, *Małoletni jako świadek w procesie karnym*, Warszawa 2009, s. 129–130;

- doświadczenie w pracy z dziećmi, pomocne w tworzeniu spokojnej, bezpiecznej i przyjaznej atmosfery przesłuchania, sprzyjającej swobodnemu nawiązywaniu kontaktu z małoletnim;
- bardzo dobra znajomość faz rozwojowych dziecka oraz związanych z nimi możliwości intelektualnych;
- zdolność do komunikowania się z dziećmi w różnym wieku, przejawiająca się w gotowości do bycia spontanicznym, otwartym na dziecięce pomysły, kreatywnym i elastycznym, zakładająca nie tylko umiejętność prowadzenia swobodnej rozmowy na interesujące dziecko tematy, ale również zabawę z nim;
- gotowość do minimalizowania formalizmu przesłuchania i odstępowania od sztywnych scenariuszy, na rzecz podążania za dziecięcym tokiem myślenia;
- czujność i umiejętność rozpoznawania oraz właściwego reagowania na zeznania dzieci zmanipulowanych i przygotowanych do tej czynności przez rodziców lub inne osoby;
- zdolność do kontrolowania własnych uczuć i reakcji oraz zachowania spokoju, neutralności i obiektywizmu, bez względu na drastyczność informacji uzyskiwanych od dziecka, szczególnie molestowanego seksualnie;
- takt i spostrzegawczość, przejawiające się m.in. w zadawaniu pytań adekwatnych do aktualnego stanu emocjonalnego przesłuchiwanego;
- zdolność do odczuwania empatii, dzięki której przesłuchujący będzie mógł pomóc dziecku pokonać jego lęki, wstyd i opowiedzieć o danym zdarzeniu.

Jednakże posiadanie przez przesłuchującego właściwych cech charakterologiczno-osobowościowych nie wystarczy jeszcze, aby móc właściwie przesłuchiwać małoletnich. Niezbędne są także odpowiednie kwalifikacje zawodowe, wysoki poziom etyczny i intelektualny. Gruntowna znajomość prawa karnego materialnego oraz procedury karnej powinna być poparta szeroką wiedzą z zakresu kryminalistyki, psychologii sądowej, a w przypadku przesłuchania małoletnich również z psychologii rozwojowej dziecka, pedagogiki i socjologii. Jak więc widać, oczekiwania wobec organu procesowego są ogromne, ale kluczowym pytaniem jest, czy i ewentualnie w jakim stopniu te teoretyczne założenia przekładają się na praktykę? Trudno oczywiście oczekiwać od sędziów, aby poza tytułem magistra prawa byli także magistrami psychologii, socjologii czy pedagogiki. Niemniej jednak w celu podnoszenia swych kompetencji zawodowych również w tak specjalistycznej dziedzinie, jaką jest przesłuchanie małoletnich pokrzywdzonych, mają oni możliwość podejmowania studiów podyplomowych oraz uczestnictwa w organizowanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości, Krajową Szkołę Sądownictwa i Prokuratury, sądy apelacyjne czy inne instytucje, fundacje lub stowarzyszenia kursach i szkoleniach poświęconych tej problematyce. Należy jednak zauważyć, że to czy lub w jakim zakresie korzystają z powyższych możliwości jest już wyłącznie ich indywidualną kwestią.

Nielatwo natomiast jednoznacznie określić, w jakim przedziale wiekowym powinna być osoba przesłuchująca małoletniego. Z jednej strony osoby starsze charakteryzują się większym doświadczeniem i wiedzą, ale z drugiej strony dzieci zwykle lepiej dogadują się z osobami młodszymi, które ich aż tak bardzo nie onieśmiewają. Ponadto, właśnie ze względu na łatwość nawiązywania kontaktu, postuluje się, aby małoletni byli przesłuchiwanymi przez

osoby tej samej płci, co ma szczególne znaczenie w przypadku dzieci pokrzywdzonych przestępstwami przeciwko wolności seksualnej i obyczajności.

Oprócz wymienionych powyżej cech i umiejętności, jakimi powinna odznaczać się osoba przesłuchująca małoletniego, oraz poza szerokim zasobem wiedzy z określonych dziedzin, kluczowe jest także niezwykle precyzyjne zaplanowanie i przygotowanie przesłuchania. A. Budzyńska podkreśla, że: „wartość uzyskanego materiału (...) zależy nie tylko od możliwości rozwojowych, cech indywidualnych oraz środowiska rodzinnego dziecka, ale również, w zdecydowanie większym stopniu niż w wypadku osób dorosłych, od warunków i sposobu prowadzonej czynności procesowej”¹⁴.

Przygotowując się do przesłuchania małoletniego, przesłuchujący powinien:

- zapoznać się z dotychczasowo zebranych w sprawie materiałem i uzyskanymi wynikami postępowania;
- uzupełnić zdobytą wiedzę o najważniejsze informacje;
- dowiedzieć się możliwie jak najwięcej o osobie małoletniego;
- poczynić ustalenia natury taktyczno-organizacyjnej;
- sporządzić plan przesłuchania¹⁵.

Zapoznanie się z dotychczasowo zebranych w sprawie materiałem i uzyskanymi wynikami postępowania obejmuje dokładną analizę akt sprawy, tj. m.in. zaznajomienie się z treścią protokołów przesłuchań innych świadków czy podejrzanych, poznanie opinii biegłych, dokonanie oględzin zgromadzonych dowodów rzeczowych. „Słaba znajomość materiałów wpływa na ograniczenie przesłuchania tylko do ogólnikowych ustaleń, przy których łatwo jest popełnić błąd”¹⁶. Co więcej, zwiększa to ryzyko konieczności powtórnego przesłuchania małoletniego.

Uzupełnienie zdobytej wiedzy o najważniejsze informacje polega m.in. na dokonaniu, o ile tylko jest to możliwe, oględzin miejsca zdarzenia, poznaniu topografii terenu i warunków dokonywania spostrzeżeń. Może to również obejmować zaznajomienie się z literaturą fachową i poszerzenie wiedzy z danej dziedziny dla celów związanych z przesłuchaniem.

Bez wątpienia jednym z najważniejszych elementów przygotowania przesłuchania jest zebranie przez przesłuchującego możliwie jak największej ilości informacji o małoletnim. Można je uzyskać od rodziców lub opiekunów, przedszkolank lub nauczycieli oraz innych osób mających bezpośredni kontakt z dzieckiem. Ponadto przesłuchujący powinien się także zapoznać z wynikami badań lekarsko-psychologicznych małoletniego, jeżeli takowe zostały przeprowadzone. Zebrany w ten sposób wywiad środowiskowy pozwoli na określenie, we współpracy z biegłym psychologiem, poziomu rozwoju intelektualnego, poznawczego, emocjonalnego oraz społecznego przesłuchiwanego dziecka jeszcze przed przystąpieniem do przesłuchania, co na pewno będzie znacznym ułatwieniem dla przesłuchującego.

Poczynienie ustaleń natury taktyczno-organizacyjnej sprowadza się przede wszystkim do ustalenia terminu, czasu, miejsca przesłuchania, określenia osób, które będą brały w nim

¹⁴ A. Budzyńska, *Psychologiczne aspekty zeznań małoletnich świadków*, „Dziecko krzywdzone. Teoria. Badania. Praktyka” 2010, nr 1, s. 7.

¹⁵ Por. E. Gruza, *Psychologia sądowa dla prawników*, Warszawa 2009, s. 90; Z. Czeczot, T. Tomaszewski, *Kryminalistyka ogólna*, Toruń 1996, s. 111; M. Kornak, *op. cit.*, s. 121–126.

¹⁶ B. Holyst, *op. cit.*, s. 967, cyt. za: P. Horoszowski, *Kryminalistyka*, Warszawa 1985.

udział, przygotowania pomieszczeń i sprzętów technicznych niezbędnych do przeprowadzenia tej czynności oraz do określenia taktyki przesłuchania.

Nie bez znaczenia jest sporządzenie planu przesłuchania, który uwzględniałby wszystkie kwestie, jakie mają być wyjaśnione w trakcie przeprowadzania tej czynności. Może on zawierać zarówno pytania ogólne, jak i bardziej szczegółowe. Według P. Horoszowskiego na plan przesłuchania powinny się składać trzy zasadnicze elementy:

- okoliczności, które trzeba wyjaśnić;
- istniejące dane o tych okolicznościach;
- sposób sformułowania pytań¹⁷.

Jednakże w przypadku przesłuchania małoletnich „(...) psychologowie nie zalecają przygotowywania sztywnego zestawu gotowych, szczegółowych pytań”¹⁸, gdyż jest to czynność dynamiczna, której przebieg uzależniony jest nie tylko od przesłuchującego, ale również od przesłuchiwanego i uzyskanych od niego informacji. J.E.B. Myers zaznacza, że: „kompetentna osoba przesłuchująca działa według pewnego planu, ale w razie konieczności potrafi też improwizować”¹⁹. Brak właściwych predyspozycji i kompetencji zawodowych przesłuchującego obniża jakość przesłuchania, a tym samym niekorzystnie oddziałuje na wartość uzyskanych zeznań.

Bez wątplenia „negatywny wpływ na przesłuchanie mają rutynowe zachowania u niektórych prokuratorów i sędziów, które mogą się przejawiać w powierzchownym przesłuchaniu, przesadnej pewności siebie, nadmiernej wierze w intuicję i wyczucie zawodowe oraz ignorowaniu tego wszystkiego, co nie jest zgodne z własnym przekonaniem”²⁰. Takie podejście może z kolei doprowadzić do powstania u przesłuchującego wstępnej autosugestyjnej hipotezy, wpływającej niekorzystnie na sposób formułowania pytań oraz prawidłowość stosowanej metody przesłuchania, co w konsekwencji może spowodować zniekształcenie obrazów i wspomnień zapamiętanych przez małoletniego i dostosowywanie przez niego odpowiedzi do oczekiwań przesłuchującego²¹.

J. Sokółowska uważa, iż w przesłuchaniu małoletnich poniżej 15. roku życia: „nie jest wskazana ani nadmierna żartobliwość, ani sztuczne zniżanie się do poziomu dziecka (...), gdyż dziecko ma bardzo czule ucho i łatwo chwyta wszelki fałszywy ton, a to je usposabia nieufnie”²².

Niepożądane jest także przesłuchiwanie małoletniego przez osobę silnie wzburzoną „ponieważ emocje przesłuchującego zazwyczaj wpływają hamująco na badanego. (...) rzeczowe, spokojne, pozbawione emocji przesłuchanie daje lepsze wyniki. W takim

¹⁷ V. Kwiatkowska-Darul, *Przesłuchanie małoletniego świadka w polskim procesie karnym*, Toruń 2007, s. 199, cyt. za: P. Horoszowski, *op. cit.*, s. 110.

¹⁸ E. Gruza, *op. cit.*, s. 92.

¹⁹ J.E.B. Myers, *Dziecko jako świadek*, [w:] M. Sajkowska (red.), *Przyjazne przesłuchanie dziecka*, Warszawa 2007, s. 23.

²⁰ B. Holyst, *op. cit.*, s. 976, cyt. za: Z. Czeczot, *Kryminalistyczna problematyka osobonych środków dowodowych*, Warszawa 1976, s. 49.

²¹ V. Kwiatkowska-Darul, *Przesłuchanie małoletniego...*, *op. cit.*, s. 176–177, cyt. za: M. Grčar, T. Jaśkiewicz, *Zeznania świadków jako przedmiot ekspertyzy psychologicznej*, „Z zagadnień kryminalistyki” 1976, nr XI, s. 95.

²² J. Sokółowska, *Dziecko jako świadek*, Warszawa 1959, s. 124.

przesłuchaniu powinno (...) koniecznie brzmieć współczucie²³, bowiem „dzieci lepiej radzą sobie z odpowiadaniem na pytania, jeśli osoba przesłuchująca zachowuje się w sposób wspierający i przyjazny. (...) I. Hershkowitz i jego współpracownicy doszli do wniosku, że «wspierająca postawa osoby przesłuchującej wywiera pozytywny wpływ na ilość informacji udzielanych przez dzieci podczas przesłuchania»²⁴.

3. Biegły psycholog

„W nauce psychologii uznano, że najlepsze wyniki badań psychologicznych aspektów zeznań świadków osiągnęte są w rezultacie obserwacji zeznań w ich naturalnym środowisku, a zatem w trakcie przesłuchań w postępowaniu przygotowawczym lub sądowym, w warunkach zachowania wymogu bezpośredniości. Dlatego też doniosłą rolę spełnia udział psychologa w przesłuchaniu, zwłaszcza dzieci²⁵. Dostrzegł to również ustawodawca i na mocy art. 185a § 2 k.p.k. wprowadził obligatoryjny udział biegłego psychologa w przesłuchaniu małoletnich pokrzywdzonych przestępstwami z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej, przestępstwami przeciwko wolności, wolności seksualnej i obyczajności oraz przeciwko rodzinie i opiece, którzy w trakcie przeprowadzania tej czynności nie ukończyli 15 lat. Natomiast wobec pozostałej grupy pokrzywdzonych tego typu przestępstwami, tj. wobec małoletnich powyżej 15. roku życia, możliwe jest dopuszczenie do udziału w przesłuchaniu biegłego psychologa, gdy zachodzi uzasadniona obawa, że przesłuchanie mogłoby wywrzeć negatywny wpływ na ich stan psychiczny (art. 185a § 4 k.p.k.). „Oceny zaistnienia tej przesłanki dokonywałby organ procesowy na tle okoliczności konkretnej sprawy, przy czym zasadą powinno być uzyskanie opinii biegłego psychologa na tę okoliczność²⁶. W tym miejscu należy nadmienić, że powyższa regulacja dopiero od niedawna funkcjonuje w procedurze karnej. Została ona bowiem wprowadzona do kodeksu postępowania karnego ustawą z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego²⁷. Przed jej wejściem w życie, tj. przed dniem 27 stycznia 2014 r., małoletnich pokrzywdzonych wyżej wymienionymi przestępstwami, którzy w trakcie przesłuchania ukończyli 15. rok życia można było przesłuchać z udziałem biegłego psychologa tylko wówczas, gdy istniały wątpliwości co do ich stanu psychicznego, stanu rozwoju umysłowego, zdolności postrzegania lub odtwarzania spostrzeżeń (art. 192 § 2 k.p.k.).

Powołany przez sąd biegły psycholog musi odznaczać się wysokimi kwalifikacjami zawodowymi, szeroką wiedzą z zakresu psychologii sądowej i dziecięcej, oraz powinien posiadać takie same cechy charakteru, jakich wymaga się od profesjonalnego przesłuchującego. Wskazana byłaby również wiedza z zakresu kryminalistyki, prawa karnego

²³ F. Arntzen, *Psychologia zeznań świadków*, Warszawa 1989, s. 51.

²⁴ J.E.B. Myers, *op. cit.*, s. 23.

²⁵ K. Sitkowska, *Świadek w procesie karnym*, Bielsko-Biała 1999, s. 18–19.

²⁶ Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego, druk sejmowy nr 998 (VII kadencja), s. 17–18, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/EC596B237378B3FCC1257AD7002C05FC/%24File/998.pdf>, dostęp: 19.04.2015.

²⁷ Ustawa z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2013 r., poz. 849).

materialnego i procesowego oraz doświadczenie w pracy z dziećmi. Częstokroć są to jednak postulaty czysto teoretyczne i nielatwe do zrealizowania w praktyce, przede wszystkim z uwagi na niewystarczającą liczbę psychologów dziecięcych, będących biegłymi sądowymi, w stosunku do faktycznego zapotrzebowania organów procesowych na tego typu specjalistów. Wobec powyższego zazwyczaj już samo znalezienie biegłego psychologa, który ze względu na obciążenie pracą dla wymiaru sprawiedliwości i inne zobowiązania zawodowe byłby w stanie podjąć się udziału w przesłuchaniu małoletniego pokrzywdzonego w trybie art. 185a k.p.k. i sporządzić na tej podstawie opinię psychologiczną, bywa skomplikowane. Tym trudniej jest odnaleźć takiego specjalistę, który spełniałby wszystkie, albo przynajmniej większość wymienionych wyżej kryteriów, zwłaszcza jeśli chodzi o znajomość poszczególnych gałęzi prawa.

W trakcie przesłuchania małoletniego biegły psycholog pełni rolę pomocniczą – jest konsultantem organu procesowego. Nie oznacza to jednak, iż jest tylko biernym obserwatorem. Jak słusznie zauważa M. Cieślak: „w żadnym wypadku udział biegłego w przesłuchaniu nie może być sprowadzony do jego obecności. Zawsze biegły ma prawo zadawać świadkowi pytania oraz zapoznać się z materiałami sprawy”²⁸. Potwierdza to również wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie: „Biegły psycholog, uczestnicząc w przesłuchaniu świadka (art. 192 § 2 k.p.k.), nie tylko obserwuje przebieg przesłuchania, ale ma prawo zadawać pytania dotyczące kwestii istotnych dla wykonywania zadania biegłego, to jest wydania opinii co do stanu psychicznego świadka”²⁹. „Biegły może przejawiać aktywność zwłaszcza we wstępnej rozmowie z dzieckiem, gdy celem jest poznanie małoletniego oraz jego stanu psychicznego i zdrowotnego, a w rezultacie ustalenie warunków przesłuchania. Psycholog może również wskazać prowadzącemu przesłuchanie stosowną taktykę, udzielać rad, uczestniczyć w trójstronnej rozmowie z dzieckiem”³⁰.

Poza aktywnością przejawianą w trakcie trwania przesłuchania niebagatelne znaczenie mają również przygotowania podejmowane przez biegłego przed przystąpieniem do tej czynności, a mające na celu zebranie jak największej liczby informacji o małoletnim. Należy tu wskazać takie działania, jak³¹:

- ustalenie poziomu rozwoju umysłowego, emocjonalnego i społecznego dziecka;
- analiza sytuacji środowiskowej;
- dane anamnestyczne dotyczące przebiegu, rozwoju i historii życia (na podstawie rozmowy z rodzicami) oraz przebiegu nauki i jej wyników (na podstawie rozmów z rodzicami i dzieckiem oraz ewentualnie konfrontacji przez wywiad w szkole);
- wybijające się właściwości osobowości dziecka, mające znaczenie dla charakteru sprawy, w której ono zeznaje;
- podatność na sugestie;
- sposób relacjonowania przy różnych treściach;
- stosunek pokrzywdzonego dziecka do oskarżonego.

²⁸ M. Cieślak, K. Spett, A. Szymusik, W. Wolter, *Psychiatria w procesie karnym*, Warszawa 1991, s. 119.

²⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 28 listopada 2002 r., II Aka 319/02 (KSZ 2003, nr 1, poz. 22).

³⁰ M. Kornak, *op. cit.*, s. 146.

³¹ A. Sokolowska, *Psychologiczna ekspertyza sądowa w sprawach dzieci i młodzieży*, Warszawa 1977, s. 320, 324.

A. Budzyńska wskazuje, że do działań podejmowanych przez biegłego psychologa przed przesłuchaniem należy także dodać: „(...) przygotowanie dziecka do składania zeznań przez stosowne do możliwości rozwojowych wyjaśnienie jego roli w postępowaniu, zadbanie o możliwie korzystną jego kondycję emocjonalną, sprzyjającą właściwej motywacji do współpracy i swobodzie wypowiedzi, wspieranie go w czasie prowadzonej czynności procesowej”³².

„W sprawach, w których skrzywdzone dziecko zostało przesłuchane z udziałem biegłego, celem ekspertyzy psychologicznej jest dostarczenie organowi procesowemu informacji, które pozwolą mu na ocenę zeznań świadka, a także umożliwią czynienie ustaleń, czy dziecko było ofiarą seksualnego wykorzystania (...). Przedmiotem ekspertyzy w tego typu sytuacjach są nie tylko zeznania świadka, ale też skutki w wymiarze psychicznym zdarzeń karygodnych i ewentualne, wynikające z nich, przeciwwskazania dla składania zeznań przez małoletniego świadka”³³.

„Biegły – na podstawie analizy akt, badania specjalistycznego świadka i udziału w jego przesłuchaniu – dostarcza organowi procesowemu materiału do oceny wiarygodności wypowiedzi przesłuchiwanej osoby”³⁴, jednakże jemu samemu „w konkluzji opinii nie wolno wypowiadać się odnośnie do wiarygodności zeznań świadków”³⁵. „Opinia biegłego psychologa powinna wskazywać jedynie na przesłanki wiarygodności bądź ich brak, które mogłyby mieć istotne znaczenie dla oceny dokonywanej przez sąd. (...) Biegły, formułując oceny co do wiarygodności, przekracza swoje kompetencje”³⁶.

4. Biegły lekarz

W przypadku małoletnich pokrzywdzonych przestępstwami popełnionymi z użyciem przemocy lub przestępstwami przeciwko wolności seksualnej i obyczajności niejednokrotnie konieczne jest przeprowadzenie odpowiednich badań medycznych. W sytuacji, gdy karalność czynu zależy od stanu zdrowia pokrzywdzonego, nie może się on sprzeciwić oględzinom i badaniom nie połączonym z zabiegiem chirurgicznym lub obserwacją w zakładzie leczniczym, co wynika z brzmienia art. 192 § 1 k.p.k. Sprzeciwu nie może również wyrazić rodzic lub opiekun dziecka.

Badanie musi być oczywiście przeprowadzone przez lekarza odpowiedniej specjalizacji, który poza fachowością i wysokimi kwalifikacjami zawodowymi, będzie się również charakteryzował odpowiednim podejściem do małego pacjenta, taktem i delikatnością. Powinien być on także zaznajomiony z okolicznościami, w jakich doszło do popełnienia przestępstwa.

Małoletni nie może się również sprzeciwić przeprowadzeniu przesłuchania z udziałem biegłego lekarza, jeżeli tak zarządził prokurator lub sąd, ze względu na wątpliwości co do

³² A. Budzyńska, *Psychologiczne...*, s. 8.

³³ J. Biederman, *Oczekiwania organu procesowego wobec biegłego psychologa w sprawach karnych dotyczących seksualnego wykorzystania dzieci*, „Dziecko krzywdzone. Teoria. Badania. Praktyka” 2007, nr 4, s. 112.

³⁴ A. Budzyńska, *Psycholog...*, s. 7.

³⁵ M. Leśniak, *Wybrane problemy badań psychologicznych w procesie karnym*, Prok. i Pr. 1998, nr 5, s. 65–66.

³⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 1984 r., I KR 48/84 (OSNGP 1985, nr 2, poz. 26).

stanu psychicznego przesłuchiwanego, jego stanu rozwoju umysłowego, zdolności postrzegania lub odtwarzania przez niego postrzeżeń (art. 192 § 2 k.p.k.). Udział lekarza w przesłuchaniu jest szczególnie ważny w przypadku przesłuchania małoletnich z różnego rodzaju zaburzeniami, którzy znajdują się pod stałą opieką lekarską.

5. Rodzice, opiekunowie lub inne osoby bliskie dziecku

Zapisek budzącym w doktrynie liczne kontrowersje jest trzecie zdanie art. 185a § 2 k.p.k., zgodnie z którym osoba wymieniona w art. 51 § 2 k.p.k., tj. przedstawiciel ustawowy lub osoba, pod której stałą pieczęcią znajduje się małoletni, a od wejścia w życie ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego³⁷ również osoba pełnoletnia wskazana przez pokrzywdzonego, ma prawo być obecna przy przesłuchaniu, jeżeli nie ogranicza to swobody wypowiedzi przesłuchiwanego. Wprowadzona w tym zakresie nowelizacja, chociaż może się wydawać jedynie kosmetyczną zmianą, na pewno będzie miała olbrzymie znaczenie w przypadkach, gdy podejrzanym czy też oskarżonym o popełnienie względem dziecka jednego z przestępstw wskazanych w § 1 art. 185a k.p.k. jest ktoś z jego rodziców lub faktycznych opiekunów. W takiej sytuacji udział osoby bliskiej, wskazanej bezpośrednio przez małoletniego, „stwarza poczucie bezpieczeństwa i pewności, może także pełnić funkcję gwarancyjną i ochronną jego praw, pozytywnie wpływać na nawiązanie kontaktu z przesłuchującym, pomagać w zrozumieniu reakcji dziecka”³⁸. Podobną rolę pełnią rodzice albo faktyczni opiekunowie małoletniego – oczywiście w sytuacji, gdy nie występują w sprawie w charakterze podejrzanych.

Jak już wcześniej wspomniano, obecność rodzica, opiekuna dziecka czy też wybranej przez niego osoby pełnoletniej ma wyłącznie charakter bierny. W przeciwieństwie do biegłych i pozostałych podmiotów wymienionych w art. 185a § 2 k.p.k. nie mogą oni bezpośrednio uczestniczyć w przesłuchaniu małoletniego. W trakcie trwania tej czynności powinni się znajdować w zasięgu jego wzroku, ale jednocześnie w miejscu jak najbardziej oddalonym od dziecka. Z jednej strony zapewni mu to komfort psychiczny, a z drugiej umożliwi tym osobom ciche opuszczenie pokoju przesłuchań, gdy tylko małoletni poczuje się pewniej i zacznie współpracować z przesłuchującym. W literaturze³⁹ podkreśla się bowiem, iż obecność rodzica, opiekuna małoletniego czy też wskazanej przez niego osoby pełnoletniej powinna być ograniczona jedynie do etapu zapoznawczo-orientacyjnego/wstępnego przesłuchania.

Jednakże organ procesowy musi liczyć się także z tym, że obecność wskazanych powyżej osób może być zarówno bardzo pożądana, jak i wielce niewskazana lub wręcz nawet niedopuszczalna. W niektórych bowiem przypadkach rodzice, opiekunowie małoletniego lub wskazana przez niego osoba pełnoletnia mogą działać na niego onieśmialająco, krępować go i zawstydząć, co w efekcie utrudni nawiązanie kontaktu z przesłuchującym. Dziecko

³⁷ Ustawa z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2013 r., poz. 849).

³⁸ E. Gruza, *op. cit.*, s. 146.

³⁹ Zob.: M. Brojek, *op. cit.*, s. 7; A. Budzyńska, *Jak przesłuchiwać...*, s. 19.

może również bać się negatywnych reakcji ze strony dorosłego. Na szczęście ustawodawca przewidział wystąpienie sytuacji ograniczających swobodę wypowiedzi przesłuchiwanego, dzięki czemu udział rodzica, opiekuna małoletniego czy też wskazanej przez niego osoby pełnoletniej jest w takich sytuacjach niedopuszczalny. Z oczywistych powodów zabroniony jest także udział w przesłuchaniu tego rodzica czy opiekuna dziecka, który jest podejrzany/oskarżony o popełnienie względem niego przestępstwa popełnionego z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej, przestępstwa przeciwko wolności, wolności seksualnej i obyczajności oraz przeciwko rodzinie i opiece.

Podjęcie decyzji o dopuszczeniu lub niedopuszczeniu do udziału w przesłuchaniu małoletniego osoby wskazanej w art. 51 § 2 k.p.k. lub wybranej bezpośrednio przez dziecko, należy do sądu i musi zapaść przed rozpoczęciem tej czynności procesowej.

6. Podsumowanie

Powyższy wywód miał na celu wykazanie, że chociaż faktycznie nie istnieją żadne proceduralne reguły, które precyzowałyby wymagania stawiane przesłuchującym, to jednak specjaliści zajmujący się problematyką przesłuchania małoletnich pokrzywdzonych określili pewne cechy, jakimi powinna się odznaczać taka osoba, oraz wypracowali katalog zasad, których należy przestrzegać w trakcie przeprowadzania tej czynności procesowej. Niemniej jednak zawsze trzeba mieć na uwadze to, iż przesłuchania małoletnich pokrzywdzonych przestępstwami popełnionymi z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej, przestępstwami przeciwko wolności, przestępstwami przeciwko wolności seksualnej i obyczajności oraz przeciwko rodzinie i opiece mają szczególną rangę i charakter, a przypadek każdego małoletniego jest inny i wymaga indywidualnego podejścia. Jednakże bez wątpienia „prawidłowa współpraca z biegłym pozwoli na wykorzystanie jego wiedzy specjalistycznej przy korzystaniu z tak kontrowersyjnego źródła dowodowego, jakim jest dziecko”⁴⁰.

Konkludując pragnę przytoczyć słowa B. Holysty, który stwierdził, iż: „przesłuchanie dziecka jest jedną z najbardziej odpowiedzialnych czynności w trakcie postępowania, a (...) przesłuchiwane dziecko stawia przesłuchującemu najwyższe wymagania”⁴¹.

⁴⁰ M. Czekaj, *Procesowe aspekty przesłuchania w charakterze świadka osoby nieletniej*, Prok. i Pr. 1997, nr 5, s. 40.

⁴¹ B. Holyst, *op. cit.*, s. 965.

**Interrogators and other participants of an interrogation of
a minor victim pursuant to article 185a
of the Code of Criminal Procedure**

S u m m a r y

This article covers the issue of an interrogator, as well as other people both participating in and present at an interrogation of a minor victim pursuant to crimes committed through the use of violence or an unlawful threat, as well as crimes linked to limiting the freedom of an individual, or affecting his sexuality, decency or against a family or care, where the victim at the time of the interrogation is not older than 15. In the beginning of the article a standard procedure of interrogating victims pursuant to article 185 of the Code of Criminal Procedure is provided. Additionally, the terms “participation” and “presence” are explained and a clear distinction is made between those two terms. In the further part of the paper, the professional qualifications of the person conducting an interrogation are highlighted – namely of a judge, an expert psychologist and/or doctor present at interrogations. The author explains the ways in which above-stated persons should prepare themselves in order to perform such procedural activities legitimately, as well as defines their roles within said activities. The paper closes with explanation on the parents’, legal guardians’ or child’s close ones’ situation. Such parties may be present at the interrogation of the child within the framework of the article 185a of the Code of Criminal Procedure. Moreover, a short summary of the issues raised in the paper is provided. All this is supported by a large body of gathered literature and jurisprudence.

PRZESŁUCHANIE MAŁOLETNIEGO JAKO ŚWIADKA I POKRZYWDZONEGO W SPRAWACH O PRZESTĘPSTWA SEKSUALNE

1. Wstęp

Celem artykułu jest przedstawienie problematyki przesłuchania małoletniego w procesie karnym w sprawach o przestępstwa seksualne. Przesłuchanie małoletniego jest to czynność dowodowa, która ma pomóc w zdobyciu dowodu w postaci zeznania dziecka. Zeznania świadków, obok wyjaśnień oskarżonego, stanowią w praktyce najczęściej wykorzystywany dowód w procesie karnym¹. Zasadniczym celem postępowania dowodowego jest dążenie do wykrywania przestępstw i ich sprawców oraz ustalenia przyczyn i okoliczności w jakich zostały popełnione. Realizacja tych zadań w wielu wypadkach nie byłaby możliwa bez uzyskania przez organy ścigania i wymiar sprawiedliwości wiedzy, pochodzącej od osobowych źródeł dowodowych. Historia procedury karnej wskazuje, że to właśnie zeznania świadka zyskały miano najcenniejszego i najważniejszego dowodu w hierarchii dowodów². Zeznania małoletniego również zyskały miano najczęściej wykorzystywanego źródła informacji w sprawach o przestępstwa seksualne. Bardzo dużą rolę odegrał Hans Gross uznawany za „Ojca Kryminalistyki”, który zwrócił uwagę na to, że dzieci jak również dorośli są dobrymi źródłami informacji na etapie postępowania przygotowawczego i sądowego. On też jako pierwszy zaproponował, aby w trudnych przypadkach wzywać do udziału w przesłuchaniu psychologów jako biegłych. Miało to pomóc w uzyskaniu wartościowego dowodu, jakim są zeznania dorosłej osoby czy małoletniej³. Głównym celem artykułu jest podjęcie próby udzielenia odpowiedzi na pytania:

- Czy dziecko jest dobrym, wiarygodnym świadkiem w postępowaniu karnym?
- Jaki wpływ na prawidłowość zdobycia dowodu z zeznania małoletniego ma taktyka i forma przesłuchania?
- Czy przesłuchanie niepełnoletniego wymaga tak szczególnej ochrony prawnej i psychologicznej ze strony państwa?

Rozważania zamieszczone w artykule pozwolą na wyjaśnienie wątpliwości, które dotyczą wiarygodności i niepodważalności dowodu jakim jest zeznanie dziecka. Poddanie weryfikacji tezy, że dziecko jest w takim samym stopniu dobrym i rzetelnym świadkiem, jak osoba dorosła sprawia, że wymiar sprawiedliwości będzie w stanie na podstawie jego zeznań wydać wyrok skazujący.

* J. Szydlik-Brudny, Uniwersytet Jagielloński.

¹ M. Goss, J. Ławicki, *Dowód z zeznań małoletniego w świetle nowelizacji art. 185 a i 185 b k.p.k.*, [w:] P. Czarnecki, M. Czerwińska (red.), *Katalog dowodów w postępowaniu karnym*, Warszawa 2014, s. 81.

² M. Kornak, *Małoletni jako świadek w procesie karnym*, Warszawa 2009, s. 11.

³ V. Kwiatkowska-Darul, *Przesłuchanie małoletniego świadka w polskim procesie karnym*, Toruń 2007, s. 11.

2. Dopuszczenie dowodu z przesłuchania małoletniego w sprawach o przestępstwa seksualne

Popelnianie przestępstw wobec dzieci powoduje, że w ramach ich aktywności życiowej coraz częściej zeznania dzieci są jedyną możliwością przerwania dalszego ich krzywdzenia, zadawania bólu, cierpienia i ukarania sprawcy⁴. Możliwość procesowego wykorzystania małoletniego, jego udziału w charakterze osobowego źródła dowodowego, dopuszcza procedura karna. W procedurze karnej dziecko może występować jako sprawca czynu zabronionego, jako pokrzywdzony i świadek. Dopuszczenie małoletniego świadka w procesie przez wiele wieków budziło duże zastrzeżenia. W dawnych systemach prawnych (np. w średniowieczu) udział małoletniego w procesie był wręcz wykluczony. Natomiast w systemie feudalnym w charakterze świadka w procesie nie mogły występować dzieci i kobiety. Wyjątkiem był proces inkwizycyjny, który dopuszczał przesłuchanie kilkuletniego dziecka. Udział dzieci jako świadków był negowany jeszcze na początku XX wieku⁵. Znany pediatra A. Baginsky twierdził, że dzieci w ogóle nie powinno się słuchać w charakterze świadka, a w razie konieczności zawsze należy zasięgnąć opinii lekarza o zdolności do zeznawania⁶. Podobne zdanie wyraził również E. Locard, który uznawał, że zeznania dzieci nie mają żadnej wartości⁷.

Istotne zmiany zostały wprowadzone dopiero przez współczesne ustawodawstwa. Przyjęta w procedurze karnej zasada swobodnej oceny dowodów przez sąd wyeliminowała wszelkie ograniczenia, które dotyczyły wieku świadków. Został jedynie wprowadzony zakaz odbierania przyrzeczenia od osób, które nie ukończyły 17 lat na podstawie art. 189 pkt 1 k.p.k.⁸ W konsekwencji wprowadzenia zasady swobodnej oceny dowodów status prawny małoletniego przestał budzić wątpliwości⁹. Przyjęto, iż niezależnie od wieku każda osoba może zostać świadkiem w procedurze karnej, pod warunkiem że jest zdolna dostarczyć istotnych informacji do oceny winy oskarżonego¹⁰. O ile dopuszczalność dziecka jako świadka przestała budzić zastrzeżenia, o tyle jednak w niektórych przypadkach nadal jest wiele kontrowersji przy ocenie wartości zeznań uzyskanych od małoletniego. Jest wielu autorów, którzy negują przydatność procesową zeznań dziecka. Jeżeli dopuszcza się możliwość przesłuchania małoletniego to uzależnia się to od wieku dziecka – dolna granica wynosi 7 lat. Ten pogląd podziela niemiecki psycholog W. Stern, który uważał, że jeżeli dziecko nie podlega jeszcze obowiązkowi szkolnemu, nie powinno być słuchane w charakterze świadka. Podobna granica wieku była również proponowana przez H. Schneicknerta

⁴ A. Gadomska-Radel, *Przesłuchanie dziecka jako ofiary i świadka przestępstwa w procesie karnym*, Warszawa 2015, s. 11.

⁵ M. Kornak, *Małoletni...*, *op. cit.*, s. 24–25.

⁶ A. Leniewski, *Świadek młodociany, Studium kryminalno-psychologiczne*, RPEiS 1939, z. 5, s. 213.

⁷ E. Locard, *Dochodzenie przestępstw według metod naukowych*, Łódź 1937, s. 20–85.

⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks Postępowania Karnego (Dz.U. Nr 89, poz. 55 ze zm.) – dalej: k.p.k.

⁹ M. Kornak, *Małoletni...*, *op. cit.*, s. 25.

¹⁰ J. Wojtasik, *Wartość informacyjna i procesowa zeznań małych dzieci w sprawach o przestępstwa seksualne*, Probl. Krym. 1981, nr 149, s. 82.

oraz J. Bossowskiego. H. Schneicknert reprezentował stanowisko, wypowiadając kategorię opinię, iż dzieci poniżej 7 lat nie są zdolne składać świadectwa przed sądem. Uważał, że sąd nie może opierać skazania wyłącznie na zeznaniach osoby poniżej 7 roku życia. Natomiast J. Bossowski twierdził, że dzieci poniżej siódmego roku życia są naiwne, mają niewielki zakres słów i pojęć, a niebezpieczeństwo sugestii w tym przypadku jest bardzo duże¹¹. Proponowane poglądy przez ww. autorów ograniczałyby w dużym stopniu uzyskanie informacji, które mogłyby stać się wartościowym dowodem przeciwko sprawcy. Dopiero H. Gross zauważył, iż wprawdzie dzieci, podobnie jak dorośli, popełniają błędy w spostrzeganiu, zapamiętywaniu i relacjonowaniu, co może mieć wpływ na zeznania, jednakże błędy te nie są większe, niż pomyłki dorosłych. Mają one jedynie inny charakter, co sprawia, że w pewnych wypadkach zeznania dzieci mogą mieć nawet większą wartość niż zeznania dorosłych¹².

W polskiej procedurze karnej nie ma żadnego przepisu, który wskazywałby w sposób jednoznaczny na małoletniego jako specyficzną kategorię świadka. W postępowaniu karnym dziecko jest dopuszczone do udziału w charakterze osobowego środka dowodowego – bezpośredniego i pośredniego. Art. 177 § 1 k.p.k. stanowi, że świadkiem jest każda osoba (również dziecko), która w tym charakterze została wezwana przez organ procesowy w celu złożenia zeznań. Z treści przepisu art. 177 § 3 k.p.k. wynika, że organ procesowy ma zachować określone wymogi przy przesłuchaniu osoby małoletniej, a także ma obowiązek dopuszczenia opiekuna lub przedstawiciela ustawowego do udziału w przesłuchaniu. Przepis art. 185a k.p.k. dopuszcza przesłuchanie dzieci jeżeli są one ofiarą przemocy seksualnej lub przemocy domowej, a także jeżeli ma to istotne znaczenie dla popełnionego przestępstwa. Dopuszczenie przesłuchania małoletniego jest wykluczone w przypadku, kiedy dziecko jest niemowlęciem. Przesłuchanie dziecka może nastąpić w pozostałych okresach jego życia, chociaż można się zastanowić nad okresem, kiedy dziecko jest w wieku poniemowlęcym, ponieważ w tym wieku dopiero pojawia się rozwój wszelkich procesów poznawczych, zaczynają kształtować się procesy spostrzegania, myślenia, tworzenia wyobrażeń przestrzennych. Takie zeznania mogłyby budzić wątpliwości co do ich wiarygodności. W procedurze dopuszcza się przesłuchiwanie dzieci po ukończeniu 3 lat. Świadkiem w procesie karnym również może być dziecko. Można o tym wnioskować z treści art. 360 § 3 k.p.k., który mówi o wyłączeniu jawności rozprawy na czas przesłuchania małoletniego, który nie ukończył lat 15¹³. Powołując się na: art. 171 k.p.k., art. 185a k.p.k., art. 185b k.p.k. można stwierdzić jednoznacznie, że dziecko może występować w charakterze świadka.

3. Procedura przesłuchania małoletniego na podstawie art. 185a k.p.k. i art. 185b k.p.k.

Przepis art. 185a k.p.k. wprowadza szczególny tryb przeprowadzenia dowodu z zeznań pokrzywdzonego, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat w sprawach o przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Przesłuchanie małoletniego

¹¹ M. Kornak, *Małoletni...*, *op. cit.*, s. 26–27.

¹² A. Leniewski, *Świadek...*, *op. cit.*, s. 218.

¹³ M. Kornak, *Małoletni jako świadek w procesie karnym*, Warszawa 2009, s. 28.

w charakterze świadka następuje tylko wtedy, gdy jego zeznania mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Przesłuchanie następuje w tym wypadku tylko raz. Przesłuchanie może odbyć się ponownie, jeżeli wyjdą na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania albo żąda tego oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego. Przesłuchanie przeprowadza sąd na posiedzeniu z udziałem biegłego psychologa, prokuratora, obrońcy, pełnomocnika pokrzywdzonego, przedstawiciela ustawowego, opiekuna prawnego i osoby pełnoletniej wskazanej przez pokrzywdzonego, jeżeli nie ogranicza ona swobody wypowiedzi przesłuchiwanego. Oskarżonemu, którego zawiadomiono o przesłuchaniu, a w chwili wezwania nie posiada obrońcy z wyboru, sąd wyznacza obrońcę z urzędu. Przesłuchanie małoletniego w trybie art. 185b §2 k.p.k. prowadzone jest na podstawie art. 177 § 1a k.p.k. Przesłuchanie małoletniego następuje przy użyciu środków technicznych umożliwiających przeprowadzenie tej czynności na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku jeżeli zachodzi uzasadniona obawa, że obecność oskarżonego przy przesłuchaniu mogłaby oddziaływać krępująco na zeznania świadka lub wywierać negatywny wpływ na jego stan psychiczny. W zakresie rozważań na temat technicznych aspektów przeprowadzania przesłuchania małoletniego wyjść należy od regulacji zawartej w art. 147 § 2 pkt 2 k.p.k. Przepis ten przewiduje, że jeżeli względy techniczne nie stoją na przeszkodzie, przesłuchanie pokrzywdzonego, o którym mowa w art. 185a k.p.k., oraz świadka, o którym mowa w art. 185b k.p.k., utrwała się za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk. Unormowanie to stanowi realną gwarancję urzeczywistnienia reguły jednorazowego przesłuchania. Należy zatem postulować o jak najczęstsze korzystanie z tego typu urządzeń¹⁴.

4. Przebieg przesłuchania małoletniego w sprawach o przestępstwa seksualne

Przesłuchanie małoletniego w sprawach o przestępstwa seksualne powinno być wykonane przy zapewnieniu dziecku ochrony prawnej i psychologicznej. Ustawodawca, wprowadzając przepisy na podstawie nowelizacji, uwzględnił szczególną formę przesłuchania małoletniego, która miała na celu uzyskanie wiarygodnego dowodu jakim jest zeznanie dziecka. By przesłuchać dziecko, należy stworzyć odpowiednie warunki, w których będzie się czuło bezpiecznie. Standardy przesłuchania małoletniego określone zostały w Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2013 r. w sprawie sposobu przygotowania przesłuchania przeprowadzanego w trybie określonym w art. 185a–185c Kodeksu postępowania karnego, są nimi:

1. Przygotowanie przesłuchania małoletniego;
2. Czas i miejsce przesłuchania;
3. Osoby przesłuchujące;
4. Rola biegłego w przesłuchaniu;
5. Etapy przesłuchania.

Ad 1. Przesłuchanie jak każda czynność dowodowa, by było efektywne oraz aby przebiegało prawidłowo, wymaga starannego przygotowania. Jest to bardzo ważny warunek,

¹⁴ W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, Warszawa 2014, s. 189–191, 237–238.

który organ procesowy musi spełnić, ponieważ od tego zależy jakość zeznań uzyskanych od świadka. Czynnikiem ten nabiera dużego znaczenia w przypadku konieczności przesłuchania dziecka. Przygotowanie przesłuchania powinno obejmować:

- znajomość wyników postępowania oraz akt sprawy,
- uzupełnienie niezbędnych informacji np. dotyczących zapoznania się z personaliami świadka, jak również z innymi dowodami,
- określenie taktyki przesłuchania jak również czasu, miejsca, osób, które powinny brać udział w przesłuchaniu,
- sporządzenie planu przesłuchania.

Ad 2. Ustalenie właściwego czasu przesłuchania małoletniego ma zasadnicze znaczenie dla uzyskania wiarygodnej i zgodnej z obserwacjami relacji dziecka. Niezależnie od wieku dziecka należy zadbać o to, aby małoletni świadek nie czekał zbyt długo na przesłuchanie. Jest bardzo ważne, aby przesłuchanie rozpoczęło się punktualnie. Prowadzący przesłuchanie powinien zawsze brać pod uwagę, iż dziecko potrzebuje znacznie więcej czasu, aby wyjawić posiadane informacje. Niedopuszczalne jest ponaglanie małoletniego, wymuszanie na nim określonych odpowiedzi, czy sugerowanie ich treści w celu skrócenia czasu trwania czynności. Przygotowując miejsce przesłuchania małoletniego, organ procesowy powinien je starannie wybrać, aby móc przeprowadzić tę czynność¹⁵. Miejsce przesłuchania zostało określone przez ustawodawcę w ww. rozporządzeniu. Na potrzeby prowadzenia przesłuchania wyodrębnia się pokój przesłuchań i pokój techniczny. Pokój przesłuchań służy do przeprowadzenia przesłuchania świadka przez sędziego w obecności i z udziałem biegłego psychologa oraz tłumacza, jeżeli został powołany.

Pokój techniczny to:

- 1) pomieszczenie przylegające do pokoju przesłuchań i oddzielone od niego lustrem obserwacyjnym, albo
- 2) pomieszczenie połączone z pokojem przesłuchań za pomocą środków technicznych umożliwiających przeprowadzenie przesłuchania na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku; w takim wypadku pokój techniczny może znajdować się w innym budynku niż pokój przesłuchań.

Pokój przesłuchań może znajdować się w siedzibie sądu, prokuratury, Policji, instytucji państwowej lub samorządowej albo podmiotu, do którego zadań należy pomoc małoletnim lub ofiarom przestępstwa seksualnego. Pokój przesłuchań powinien być izolowany od odgłosów dobiegających z zewnątrz w stopniu wystarczającym, by zapewnić należyty jakość zapisu dźwięku. Kolorystyka pokoju przesłuchań powinna być utrzymana w barwach jasnych i stonowanych¹⁶.

Przesłuchanie powinno być prowadzone w takim miejscu, gdzie dziecko poczuje się bezpieczne i odprężone.

¹⁵ M. Kornak, *Małoletni...*, *op. cit.*, s. 120–133.

¹⁶ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2013 r. w sprawie sposobu przygotowania przesłuchania przeprowadzanego w trybie określonym w art. 185a–185c Kodeksu postępowania karnego (Dz.U. z 2013 r., poz. 1642).

Ad 3. Uzyskanie wiarygodnych i wartościowych zeznań od dziecka jest uzależnione od umiejętnego prowadzenia tej czynności przez przesłuchującego. Przesłuchujący w dużej mierze przyczynia się do wykrycia prawdy obiektywnej, tak ważnej z punktu widzenia toczącego się postępowania karnego. Niezbędne jest również rozważenie problemu, kto powinien przesłuchać dziecko. Kwestia ta jest bardzo istotna w postępowaniu, gdyż błędy w sposobie przesłuchania świadka mogą spowodować, że nie zezna on wszystkiego lub może powiedzieć za dużo, a to może spowodować uniemożliwienie wykrycia prawdy.

Wielu autorów, którzy zajmują się psychiką dziecka, uważa, że organy ścigania nie powinny przesłuchiwać dziecka w wieku młodszym, dlatego, że dowód z zeznań mógłby być zniekształcony. Autorzy ci w swoich przekonaniach uznają, że przeprowadzenie przesłuchania powinno nastąpić przy udziale biegłego psychologa zwłaszcza w sprawach o przestępstwa seksualne. Natomiast prokurator lub sędzia powinni sprecyzować zagadnienia, które biegły psycholog powinien uwzględnić przy przesłuchaniu małoletniego. Odmienne stanowisko mieli przedstawiciele wymiaru sprawiedliwości. Uważali, że przesłuchanie jest czynnością dowodową, dlatego powinno być przeprowadzone przez funkcjonariuszy policji, prokuratorów czy sędziów. Uznają, że udział biegłego psychologa w tym przypadku nie jest potrzebny. Nie ma tutaj właściwego tzw. złotego środka. Należy uznać, iż co do zasady przesłuchanie małoletniego powinien przeprowadzić organ procesowy wraz z udziałem biegłego psychologa¹⁷.

Osoba, która ma zająć się przeprowadzeniem przesłuchania powinna być w pełni do niego przygotowana. Przesłuchujący oprócz wykazania się wiedzą merytoryczną powinien również wykazać się odpowiednimi cechami osobistymi¹⁸. Jak podkreśla W. Gutekunst, prawidłowe przesłuchanie małoletniego świadka związane jest głównie z dojrzałością psychiczną, zdolnością rozumienia i odczuwania spraw małoletnich, które nie zawsze idą w parze z wiekiem¹⁹.

W niektórych przypadkach, gdy przesłuchanie dotyczy spraw intymnych, powinno być ono przeprowadzone przez osobę tej samej płci. Tutaj należy zwrócić uwagę na to, że dzieci które były wykorzystywane seksualnie powinny być przesłuchiwane przez osoby, które były również w podobnej sytuacji. Muszą to być osoby, które do swych traumatycznych przeżyć nabrały dystansu, ale swoją postawą są w stanie pomóc przesłuchiwanemu dziecku²⁰. Z drugiej strony, taki pogląd może być błędny. Chociaż zdobyte w ten sposób zeznania mogą być bardzo dobrym dowodem, osoba, która doznała takiej krzywdy może się identyfikować z ofiarą. W takiej sytuacji może dochodzić do błędów w trakcie przesłuchania. Przesłuchujący powinien być bardzo dobrze przygotowany merytorycznie, powinien wzbudzać zaufanie, być osobą pogodną i wzbudzać sympatię u dzieci oraz reprezentować wysoki poziom inteligencji. Ważne jest tutaj, aby osoba ta była spostrzegawcza i empatyczna, aby mogła odczytywać stan emocjonalny przesłuchiwanego. Osoba ta powinna również kontrolować swoje uczucia, zachować spokój i neutralność wobec uzyskanych informacji, które dotyczą molestowania seksualnego²¹.

¹⁷ M. Kornak, *Małoletni...*, *op. cit.*, s. 126–127.

¹⁸ *Ibidem*, s. 127–128.

¹⁹ W. Gutekunst, *Taktyka przesłuchania nieletniego*, *Prob.Krym.* 1964, nr 47, s. 23.

²⁰ M. Kornak, *Małoletni...*, *op. cit.*, s. 129.

²¹ *Ibidem*, s. 129–130.

Ad 4. Udział biegłego psychologa w posiedzeniu sądu, na którym dokonuje się przesłuchanie jest obligatoryjny. Za zasadnością istnienia tego obowiązku przemawia charakter przestępstw będących przedmiotem postępowania oraz wiek świadka. W połączeniu te dwie okoliczności rzutują na potrzebę wykazania się wyjątkową delikatnością w sposobie przesłuchania czy bezwzględną znajomością aspektów psychologii zeznań szczególnie ważnych z punktu widzenia specyfiki przestępstw seksualnych, a w dalszej perspektywie na konieczność zachowania nadzwyczajnej ostrożności w ocenie złożonych zeznań przez organ procesowy. Czynności wykonywane przez biegłego wiążą się z nieodłączną analizą rozwoju umysłowego, stanów psychicznych i relacji emocjonalnych świadka, implikując oszacowanie jego zdolności do postrzegania i relacjonowania, a w konsekwencji determinując określenie wartości dowodowej zeznań²². W sprawach karnych przedmiotem opinii psychologicznej jest najczęściej analiza zeznań świadków pod kątem ich wartości dowodowej. Zakładając, że wartość zeznań świadka zależna jest od jego zdrowia i sprawności psychicznej, art. 192 § 2 k.p.k. stanowi, że jeżeli istnieją wątpliwości co do stanu psychicznego świadka, jego stanu rozwoju, zdolności postrzegania lub odtwarzania spostrzeżeń, sąd lub prokurator może zarządzić przesłuchanie świadka z udziałem biegłego lekarza lub psychologa. Biegły na podstawie analizy akt, badania specjalistycznego świadka i udziału w jego przesłuchaniu dostarcza organowi procesowemu materiał do oceny wiarygodności wypowiedzi przesłuchiwanej osoby.

W sprawach karnych, przy psychologicznej analizie zeznań świadków, w ostatnich latach, tezy dowodowe nie ograniczają się jedynie do opisanie możliwości intelektualnych przesłuchiwanej osoby, zdiagnozowania jej zdolności w zakresie postrzegania, zapamiętywania i odtwarzania spostrzeżeń, określenia skłonności do kłamstwa, czy też funkcjonowania społeczno-emocjonalnego. Obejmują one również zagadnienia związane z konsekwencjami przeżytej w wyniku przedmiotowego zdarzenia traumy oraz z możliwością udziału opiniowanej osoby w kolejnych czynnościach procesowych i określenia warunków, w jakich mogłyby one przebiegać. Te kwestie nabierają bardzo istotnego znaczenia w wypadku ofiar przestępstw oraz dzieci uczestniczących w procedurach prawnych. Maloletni świadkowie wymagają szczególnych warunków i technik przesłuchania. Takich, które z jednej strony pozwalają uzyskać od dziecka wartościowy materiał dowodowy w sposób zgodny z obowiązującymi rozwiązaniami kodeksowymi, a z drugiej zapobiegają jego traumatyzacji, wynikającej z udziału w postępowaniu prawnym. W wypadku maloletnich świadków rolą biegłego psychologa jest nie tylko aktywny udział w przesłuchaniu i ocena psychologiczna wypowiedzi, ale również przygotowanie dziecka świadka do udziału w czynności procesowej i wspieranie go podczas jej trwania²³.

Ad 5. Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa została przyjęta tzw. mieszana metoda przeprowadzenia przesłuchania polegająca na swobodnej relacji świadka i zadawaniu mu pytań ukierunkowanych i zmierzających do uzupełnienia, wyjaśnienia lub kontroli oświadczenia²⁴.

²² R. Koper, *Badania świadka w aspekcie jego ochrony w procesie karnym*, Warszawa 2015, s. 208–209.

²³ A. Budzyńska, *Psycholog w roli biegłego sądowego*, „Dziecko krzywdzone” 2007, nr 4 (21), s. 6–7.

²⁴ A. Gadomska-Radel, *Przesłuchanie dziecka jako ofiary i świadka przestępstwa w procesie karnym*, Warszawa 2015, s. 210.

Wielu autorów w literaturze wskazuje na trzy zasadnicze etapy przesłuchania świadka, a mianowicie czynności wstępne, fazę zeznań spontanicznych oraz etap pytań i odpowiedzi²⁵. Bardziej rozbudowaną propozycję podziału na pięć etapów wyróżniają K. Otlowski i T. Hanausek. Pierwszy etap dotyczy czynności wstępnych, które obejmują sprawdzenie tożsamości świadka, czy nie zachodzą przeszkody w przesłuchaniu, uprzedzenie o przysługujących mu prawach i ciążących nań obowiązkach²⁶. Dopiero po wykonaniu tych czynności przechodzi się do fazy zapoznawczo-orientacyjnej, mającej istotne znaczenie dla przebiegu całego przesłuchania oraz uzyskania od dziecka wiarygodnych i wyczerpujących zeznań. Pozwala ona na nawiązanie z dzieckiem kontaktu, obserwację jego sposobu reagowania, poznania osobowości, zorientowania się jaki jest poziom rozwoju intelektualnego, zdolności językowych oraz stan emocjonalny. Natomiast kolejnymi fazami są zeznania spontaniczne i zadawanie pytań. Zeznania spontaniczne czyli metoda swobodnej relacji, spontanicznego opisu zeznań, umożliwiała świadkowi w zasadzie nieskrępowaną wypowiedź, dotyczącą kwestii stanowiących przedmiot zainteresowania organów procesowych. Ma ona na celu zapewnienie sposobności wszechstronnego opowiedzenia o wszystkim, co świadek wie w danej sprawie. Cechą charakterystyczną tego etapu jest, oprócz nieprzerwanego przez przesłuchującego składania przez świadka wyjaśnień na temat faktów będących przedmiotem indagacji, spontaniczność tej wypowiedzi. Niniejsza faza umożliwiała dziecku samodzielne opowiedzenie o tym, co się wydarzyło²⁷. Etap zadawania pytań jest to najtrudniejsza część przesłuchania małoletniego z uwagi na niebezpieczeństwo zawarcia sugestii w sformułowanych pytaniach²⁸. Ustawodawca wyszczególnił w treści art. 171 § 1 k.p.k. trzy kategorie pytań:

1. Pytania uzupełniające – polegające na wzbogaceniu treści relacji spontanicznej o informacje istotne dla odtworzenia zdarzenia, a pominięte przez świadka.
2. Pytania wyjaśniające – mają charakter precyzujący i przypominający. Pytania precyzujące zbliżone są do pytań uzupełniających, dotyczą jednak bardziej szczegółowych kwestii. Mają na celu dostarczyć przesłuchującemu dokładniejszych informacji na temat zdarzenia. Pytania przypominające zmierzają do przypomnienia przesłuchiwanemu okoliczności, o których mógł zapomnieć.
3. Pytania kontrolne mają sprawdzić szczerść i prawdziwość informacji, uzyskanych w opisie spontanicznym, skontrolować wiarygodność małoletniego świadka²⁹.

Ostatnim etapem są czynności końcowe, na które składają się: kontrola czy nie zachodzi konieczność uzupełnienia czynności oraz zapoznanie świadka z protokołem³⁰.

²⁵ T. Hanausek, *Kryminalistyka. Zarys wykładu*, Kraków 2000, s. 153.

²⁶ A. Gadomska-Radel, *Przesłuchanie...*, *op. cit.*, s. 211.

²⁷ M. Kornak, *Małoletni...*, *op. cit.*, s. 188.

²⁸ *Ibidem*, s. 191.

²⁹ V. Kwiatkowska-Darul, *Przesłuchanie...*, *op. cit.*, s. 222–223.

³⁰ A. Gadomska-Radel, *Przesłuchanie...*, *op. cit.* s. 211.

5. Podsumowanie

Celem każdego procesu karnego jest rozstrzygnięcie sprawy oraz ustalenie, czy dana jednostka ponosi odpowiedzialność karną za popełnione przestępstwo. W procesie karnym najważniejszym źródłem dowodowym jest świadek naoczny, który widział bezpośrednio zdarzenie. Dziecko jest wyjątkowym świadkiem ze względu na jego wiek i rozwój, co sprawia, że jego przesłuchanie jest niezwykle trudną czynnością procesową. Z tym problemem każdy sąd, w każdej instancji musi sobie poradzić i to nie tylko w procesie karnym, lecz również w procesie cywilnym, np. przy rozwodzie małżonków, który dla dziecka jest bardzo trudnym przeżyciem. Dziecko musi być chronione pod względem prawnym, by mogło się czuć bezpiecznie i by nie było narażone na niepotrzebne dodatkowe bodźce z otoczenia.

Podsumowując rozważania należy się przychylić do twierdzenia, że dziecko jest wyjątkowym świadkiem w postępowaniu sądowym. Nie można również się zgodzić z założeniami, że zeznania złożone przez dzieci nie są wiarygodne i nie mają tak dużej wartości. Dokładne i przygotowane przesłuchanie dziecka dostarcza w dużym stopniu wiarygodny materiał dowodowy. Przesłuchanie małoletniego powinno pozostawać pod szczególną ochroną prawną i psychologiczną ze względu na jego wiek i rozwój psychiczny. Należy podkreślić, że zasada prawdy materialnej powinna być także realizowana przy pomocy informacji zebranych na podstawie zeznań dzieci, które są już w stanie komunikować się z otoczeniem na tyle, aby móc przekazać istotne dla sprawy fakty i okoliczności³¹.

³¹ A. Antoniak-Drożdż, *Przesłuchanie dziecka w procesie karnym – uwagi praktyczne*, „Prokuratura i Prawo” 2006, s. 1, 61, <http://www.ies.krakow.pl/wydawnictwo/prokuratura/pdf/2006/06/4antoniak.pdf>.

Hearing of a minor as a witness and an injured party in sexual offence cases

S u m m a r y

The paper presents an outline of problems of a witness who is an injured child as a special form of hearing in a criminal trial in sexual offence cases. Interrogation is one of the methods of establishing the facts which occurred during the perpetration of the offence. The testimonies of a minor in a criminal trial may constitute a reliable and unchallengeable piece of evidence. This is the personal source of evidence which is very important for criminal proceedings. A minor is heard following the standards set out in §5 – §8 of the Regulation of the Minister of Justice of 2013 on the Method of Preparing the Hearing in accordance with the Procedure specified in Articles 185a–185c of the Code of Criminal Procedure. The hearing of a minor is very difficult to conduct and requires great commitment on the part of the interrogator. This type of evidence is very controversial as the reliability of testimonies in preparatory and in-court proceedings may be questioned. In the hearing of a minor, which is a special form of interrogation, the welfare of the child who is a witness or an injured party is specially protected. Furthermore, particular care should be taken of the child's psychic and emotional development.

**PROBLEM STRUKTURY MAJĄTKOWEJ SPÓŁKI Z O.O.
DE LEGE FERENDA A SYTUACJA PRAWNA WIERZycIELI**

1. Uwagi wstępne

Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością są bardzo popularną formą organizacyjno-prawną prowadzenia działalności gospodarczej w Polsce. Według danych Głównego Urzędu Statystycznego takich podmiotów jest ponad 330 tys.¹ W związku z tym każda zmiana materii kodeksu spółek handlowych², która dotyczy tej ważkiej materii, zasługuje na baczną uwagę.

Przyjęty przez Radę Ministrów w maju 2014 r. projekt nowelizujący k.s.h. ma na celu reformę struktury majątkowej spółki z o.o. oraz ustanowienie nowych instytucji mających na celu ochronę wierzycieli³. Przyczyn powstania projektu należy szukać z jednej strony w przewartościowaniu instytucji kapitału zakładowego⁴, z drugiej zaś, w liberalnych reformach dotyczących struktur majątkowych spółek z o.o. przeprowadzonych w kilku państwach europejskich na przestrzeni ostatnich lat⁵.

Artykuł ma na względzie przybliżenie podstaw, na jakich ustawodawca oparł się, tworząc projekt, jego celów, treści a także argumentów krytycznych pod adresem proponowanych rozwiązań. Wspomniane rozważania zaprezentowane zostaną ze szczególnym uwzględnieniem pozycji wierzycieli spółek z o.o.

2. Obecny model struktury majątkowej spółki z o.o. i jego krytyka

Spółka z o.o. *de lege lata* opiera się na instytucji kapitału zakładowego. Pomijając różne definicje tego pojęcia, należy na potrzeby artykułu stwierdzić, że wszyscy autorzy są zgodni co do tego, że jest to określona w umowie spółki kwota pieniężna, nie mniejsza niż 5.000 PLN, która stanowi równowartość wniesionych przez wspólników wkładów pieniężnych lub niepieniężnych za objęte udziały⁶. Kapitał zakładowy spełnia trzy podstawowe funkcje: prawną, ekonomiczną oraz gwarancyjną.

* Autor jest studentem prawa na Uniwersytecie Mikołaja Kopernika w Toruniu.

¹ Główny Urząd Statystyczny, *Zmiany strukturalne grup podmiotów gospodarki narodowej w rejestrze REGON. I półrocze 2014*, s. 148.

² Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. Nr 94, poz. 59 ze zm.).

³ Obecnie najbardziej aktualna treść projektu pochodzi z 2 kwietnia 2015 r. Nie różni się ona w istotny sposób od pierwotnych założeń. Zobacz: <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/237400>, dostęp: 13.04.2015.

⁴ Niebagatelną rolę w dyskusji nad kapitałem zakładowym odgrywa anglosaski model ochrony wierzycieli oparty na innych instrumentach prawnych, za: J. Modrzejewski, C. Wiśniewski, *Zmierzyć minimum kapitałowego – i co dalej?*, PPH 2010, nr 12, s. 28.

⁵ Chodzi tutaj o Francję, Niemcy oraz Holandię, *Uzasadnienie projektu ustawy (...)*, s. 2.

⁶ Por.: A. Herbet, [w:] S. Soltysiński (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 17A, Warszawa 2010, s. 185–186; A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2012, s. 363–364; T. Siemiątkowski, R. Potrzebszcz, *Kodeks spółek*

Funkcja prawna polega na tym, że jest on podstawą uczestnictwa w spółce⁷, a ilość posiadanych udziałów w kapitale zakładowym wyznacza zakres uprawnień korporacyjnych poszczególnych wspólników. **Funkcja gospodarcza** przejawia się w tym, że kwota kapitału zakładowego jest kapitałem podstawowym spółki oraz stanowi wartość jej pierwotnego majątku. Jest to więc podstawa finansowa działalności każdej spółki z o.o. i jej swoisty „próg powagi”⁸.

Najważniejsza z perspektywy obrotu gospodarczego i ochrony wierzycieli jest jednak **funkcja gwarancyjna**, która przejawia się w tym, że wysokość kapitału zakładowego uwzględniana jest w bilansie spółki po stronie jej pasywów. Oznacza to, że wszelkie wypłaty na rzecz wspólników *causa societatis* mogą nastąpić wyłącznie wówczas, gdy aktywa spółki przewyższają sumę jej zobowiązań oraz kapitału spółki⁹. Takie uregulowanie powyższej materii to fundament, na którym opiera się zabezpieczenie wierzycieli. Idąc tym rozumowaniem, im większa jest kwota kapitału zakładowego, tym interesy wierzycieli są lepiej chronione. Dodatkowo, obniżenie kapitału zakładowego wiąże się z obowiązkiem przeprowadzenia specjalnego postępowania konwokacyjnego, podczas którego każdy z wierzycieli może żądać wykonania przez spółkę zobowiązania lub jego zabezpieczenia.

Institucja kapitału zakładowego, a przede wszystkim jej funkcja gwarancyjna, poddawana jest krytyce jako przeceniana, szczególnie po nieudanej nowelizacji z 2008 r., znacznie obniżającej próg jego minimalnej wysokości¹⁰.

Po pierwsze, zwraca się uwagę, że wysokość kapitału zakładowego jest ustalana przez jej wspólników w sposób arbitralny, często nie mając nic wspólnego z rodzajem i zakresem prowadzonej działalności¹¹. Ustawodawca nie jest jednak w stanie określić odpowiedniej kwoty dla każdej ze spółek z uwagi na istotę gospodarki wolnorynkowej i jej ogromną dyferencjacje sektorową.

Po drugie, określona i stała wartość abstrakcyjnego kapitału zakładowego nie jest równoznaczna z faktem jego rzeczywistego pokrycia w aktywach spółki¹², co więcej, brak jest relewantnej kontroli realnej wartości wkładów niepieniężnych¹³. W istocie funkcję ochronną dla wierzycieli nie pełni sam fakt istnienia kapitału zakładowego jako zapisu bilansowego,

handlowych. Komentarz, t. 2, Warszawa 2011, s. 28; Z. Gordon, *Kapitał zakładowy spółek kapitałowych w prawie polskim. Istota – funkcje – perspektywy*, „Roczniki Naukowe Wyższej Szkoły Bankowej w Toruniu” 2010, nr 9, s. 137; K. Kruczałak, *Prawo handlowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2004, s. 161.

⁷ A. Wowerka, [w:] J. Ciszewski (red.), *Polskie prawo handlowe*, Warszawa 2013, s. 151.

⁸ A. Szajkowski, M. Tarska, A. Herbet, [w:] S. Sołtyński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2014, s. 49; Z. Gordon, *op. cit.*, s. 139.

⁹ Z. Jara, [w:] Z. Jara (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 524.

¹⁰ Obszerna krytyka wraz z literaturą przedmiotu: A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 1–300 Kodeksu spółek handlowych*, stan prawny na 30 września 2014, komentarz do art. 154 k.s.h.

¹¹ M. Romanowski, *W sprawie spółki z o.o. „light” i efektywności kapitału zakładowego*, PPH 2010, nr 1, s. 6.

¹² T. Siemiątkowski, R. Potrzeuszcz, *Kodeks...*, s. 29, 167; A. Opalski, *Kapitał zakładowy, zysk, umorzenie*, Warszawa 2002, s. 20–24.

¹³ W. Łukowski, [w:] *Debata DGP. Spółki bez kapitału: czy jeśli będą legalne, staną się bezpieczne*, „Gazeta Prawna” z 2 grudnia 2014 r.

ale posiadany majątek¹⁴ oraz normy prawne mające tę część majątku chronić przed uszczerpleniem¹⁵. Dlatego za najbardziej efektywny i rzeczywisty sposób ochrony wierzycieli niektórzy autorzy uznają indywidualną kontrolę rachunkową spółek sprawowaną przez ich wierzycieli¹⁶.

W związku z powyższym za wskazane wydaje się skonstatowanie, iż mamy w istocie do czynienia z funkcją uwiarygodniającą kapitału zakładowego, którego wysokość jest informacją, stanowiącą jeden z elementów oceny ekonomicznej spółki¹⁷.

3. Struktura majątkowa spółek z o.o. w wybranych ustawodawstwach zagranicznych

Podobnie jak w Polsce, również w innych państwach Europy kontynentalnej, spółka z o.o. opiera się na instytucji kapitału zakładowego. Jednakże w ciągu ostatnich lat w kilku krajach doszło do liberalnych reform ich struktur majątkowych.

Francja, jako pierwsze państwo z kręgu kultury *civil law*, zniosła ustawowe minimum wysokości kapitału zakładowego już w 2003 r. Przeprowadzając reformę francuskiej spółki z o.o.: SARL (*Société à responsabilité limitée*) ustawodawca uzasadniał zmiany zwiększeniem dostępności tej formy prawnej oraz utratą pierwotnej funkcji gwarancyjnej przez kapitał zakładowy. Warto podkreślić, że brak obowiązywania ustawowego minimum kapitału zakładowego nie zwalnia faktycznych zarządców od odpowiedzialności cywilnej i karnej za niedostosowanie kapitału spółki do rozmiarów prowadzonej działalności¹⁸.

Do zmian doszło również w Niemczech, których system, oparty na kapitale zakładowym, był inspiracją dla innych systemów europejskich¹⁹. Na skutek orzecznictwa ETS powstało w Niemczech kilkadziesiąt tysięcy spółek prawa angielskiego, które były konkurencją dla tradycyjnych GmbH (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*)²⁰. W związku z tym ustawodawca niemiecki w 2008 r. postanowił stworzyć podtyp GmbH – UG (*Unternehmensgesellschaft*)²¹. Cechuje go: odmienne oznaczenie, zakaz wnoszenia wkładów aportowych oraz brak określonego minimum kapitału zakładowego, który *de iure* może wynosić 1 EUR. Jednak w myśl reformy stan ten jest przejściowy, gdyż UG musi odprowadzać 25% zysku na kapitał rezerwowy, który po osiągnięciu minimalnego progu kapitału zakładowego wynoszącego 25.000 EUR, automatycznie powoduje przekształcenie UG w tradycyjną GmbH²².

¹⁴ A. Szumański, *Problem funkcji gwarancyjnej kapitału zakładowego (akcyjnego) spółki kapitałowej*, PiP 1997, nr 6, s. 81.

¹⁵ A. Herbet, [w:] S. Soltysiński (red.), *System...*, s. 196–197; R. Pabis, [w:] J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Tofel (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 469–470.

¹⁶ T. Siemiątkowski, R. Potrzyszcz, *Kodeks...*, s. 167.

¹⁷ A. Rachwał, [w:] S. Włodyka (red.), *System prawa handlowego*, Warszawa 2012, s. 770; A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany...*, komentarz do art. 151 k.s.h.

¹⁸ M. Romanowski, *op. cit.*, s. 7–8.

¹⁹ J. Modrzejewski, C. Wiśniewski, *Zmierzch...*, s. 28.

²⁰ M. Lutter, *Reforma GmbH w Niemczech*, MoP 2008, nr 23, s. 1266.

²¹ *Ibidem*, s. 1266.

²² *Ibidem*, s. 1267.

Do liberalizacji struktur majątkowych spółek z o.o. opartych na kapitale zakładowym doszło również w 2012 r. w Holandii²³ oraz w 2014 r. w Czechach²⁴. Jako pierwsze w Europie kontynentalnej udziały beznominalowe wprowadziły Finlandia oraz Portugalia²⁵.

Amerykańska spółka *close corporation*, najbliższa ustrojowo do spółki z o.o., w większości przypadków posiada strukturę beznominalową. Inne aniżeli w Europie kontynentalnej podejście do obrotu gospodarczego i ochrony wierzycieli jest podyktowane zarówno odmiennym rozwojem politycznym i społecznym, jak i inną tradycją prawną opartą na systemie *common law*. Prawo spółek w USA jest regulowane na poziomie stanowym. Istotny wpływ na ukształtowanie struktur majątkowych w większości rozwiązań stanowych ma *Model Business Corporation Act*, stworzony przez *American Bar Administration* w 1959 r. i następnie znowelizowany w 1980 r.²⁶

Ustawa modelowa zakłada całkowity brak istnienia kapitału zakładowego, brak ograniczeń co do postaci wkładów aportowych oraz elastyczne formy dokonywania wypłat na rzecz akcjonariuszy, co uzasadnia stanowisko o bardzo liberalnej strukturze majątkowej takiej spółki. Jedynym, dość ograniczonym, sposobem ochrony wierzycieli jest test płynności finansowej (*equity insolvency test*), którego celem jest uniemożliwienie wypłat z majątku spółki zagrażających regulowaniu jej zobowiązań²⁷.

4. Propozycje nowych rozwiązań

Krytykowana przez część przedstawicieli doktryny instytucja kapitału zakładowego oraz pewna liberalizacja struktur majątkowych w kilku państwach europejskich przyczyniły się do rozpoczęcia prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego nad projektem nowelizacyjnym k.s.h.²⁸

Celami projektu są z jednej strony zwiększenie konkurencyjności polskiej gospodarki poprzez liberalizację i uelastycznienie struktury majątkowej spółki z o.o., z drugiej zaś, stworzenie nowych instrumentów mających na celu skuteczniejsze zabezpieczenie interesów wierzycieli spółek²⁹. Najważniejszymi środkami mającymi zapewnić realizację celów, które zostaną omówione w tym rozdziale, są:

- kapitał udziałowy oparty na udziałach bez wartości nominalnej;
- test wypłacalności;
- odpis z zysku na kapitał zapasowy i okresowa ocena wypłacalności.

Polski ustawodawca, opierając się na zasadzie autonomii woli stron oraz równouprawnieniu udziałów niezależnie od ich rodzaju, pragnie w jak najszerszym stopniu ukształtować strukturę majątkową spółki z o.o., proponując trzy możliwe warianty: tradycyjny,

²³ Zobacz: http://www.sadkowskiiwspolnicy.pl/holandia/h_rozdz2.html, dostęp: 14.04.2015.

²⁴ S. Soltysiński, [w:] *Debata DGP...*, *op. cit.*

²⁵ T. Siemiątkowski, [w:] *Debata DGP...*, *op. cit.*

²⁶ A. Opalski, *Kapitał zakładowy: skuteczny instrument ochrony wierzycieli czy przestarzała koncepcja prawna? Próba porównania modeli ochrony wierzycieli w prawie państw europejskich i Stanów Zjednoczonych*, KPP 2004, nr 2, s. 434–439.

²⁷ *Ibidem*, s. 447–448.

²⁸ W skład komisji weszli: A. Opalski, K. Oplustil, T. Siemiątkowski, S. Soltysiński, A. Szumański, J. Wachol.

²⁹ *Uzasadnienie...*, s. 1.

alternatywny albo mieszany³⁰. Przewidziana jest możliwość swobodnej zmiany obranego modelu w toku działalności spółki³¹.

Model tradycyjny ma być oparty na instytucji kapitału zakładowego. W związku z tym jego omówienie zostanie pominięte. Warto jedynie podkreślić, że ustawodawca planuje całkowicie znieść minimalną kwotę kapitału zakładowego, ustanawiając ją na poziomie symbolicznego 1 PLN³².

Model alternatywny, jako *novum* w polskim porządku prawnym, ma zostać oparty na kapitale udziałowym. Ma być to nieujawniany w umowie spółki jej kapitał podstawowy, którego wysokość będzie elastycznie kształtowana przez wspólników dostosowujących ją do zmieniających się potrzeb spółki oraz sytuacji ekonomicznej panującej na rynku. Dlatego też z kapitałem tym związane mają być udziały bez wartości nominalnej. Nie stanowią one jednak ułamka tegoż kapitału (co oznaczałoby *de facto* stworzenie bliźniaczej instytucji do kapitału zakładowego), lecz udziały w samej spółce³³.

Istotą tego modelu jest brak związania środków wniesionych na rzecz kapitału udziałowego, które cechuje środki wniesione na pokrycie kapitału zakładowego. W związku z tym wartość kapitału udziałowego będzie uwzględniana przy ustalaniu nadwyżki przeznaczanej do wypłaty na rzecz wspólników z majątku spółki. W tym modelu uniknie się przeprowadzania wielu formalnoprawnych obowiązków związanych ze zmianami wysokości kapitału zakładowego (np. podczas restrukturyzacji spółki)³⁴. Jedynym obowiązkiem pozostanie zgłoszenie ewentualnej zmiany wartości kapitału udziałowego do Krajowego Rejestru Sądowego przed wykonaniem wypłaty pod tytułem korporacyjnym.

Natomiast **model mieszany** to połączenie modelu tradycyjnego i alternatywnego. W takim systemie współistnieć będzie zarówno kapitał zakładowy, jak i kapitał udziałowy, a zakres uprawnień korporacyjnych będzie zależał od stosunku posiadanych udziałów do ich ogólnej liczby, realizując zasadę równouprawnienia udziałów nominalowych i beznominalowych.

W zamian za liberalizację i uelastycznienie struktury majątkowej spółki z o.o. autorzy reformy starają się zabezpieczyć interes wierzycieli proponując nową instytucję – test wypłacalności. Wymaga podkreślenia, że jego stosowanie będzie uniwersalne, niezależne od obranego rodzaju struktury majątkowej. Będzie on uzupełnieniem obecnie istniejącego na gruncie art. 191 k.s.h. testu bilansowego. Test wypłacalności ma uniemożliwić uszczuplenie majątku spółki w sytuacji, gdy zagrożona będzie jej płynność finansowa, pomimo pozytywnego wyniku kryterium bilansowego³⁵.

³⁰ Autorzy reformy podkreślają, że podstawowym założeniem reformy ma być z jednej strony brak ponoszenia przez już istniejące podmioty obligatoryjnych kosztów jej wdrażania, z drugiej strony możliwość swobodnego ukształtowania przez nie struktury majątkowej, zobacz: *Uzasadnienie...*, s. 5.

³¹ Zachowując jednak procedurę konwokacyjną przy zmianie ze struktury opartej na kapitale zakładowym na kapitał udziałowy, zobacz art. 264¹ k.s.h., *ibidem*, s. 7.

³² Wartość 1 PLN jest podyktowana przepisami o rachunkowości, *ibidem*, s. 4.

³³ *Ibidem*, s. 6, 13–14.

³⁴ Takich jak chociażby: zmiana umowy spółki; zmiana wartości nominalnych udziałów; procedura konwokacyjna, zobacz: *ibidem*, s. 6–7.

³⁵ *Uzasadnienie...*, s. 9.

Polegać ma on na tym, iż przed każdą wypłatą z majątku spółki na rzecz jej wspólników pod tytułem korporacyjnym³⁶, zarząd, w drodze uchwały, będącej oświadczeniem wiedzy i zapadającej bezwzględną większością głosów, zapewni o tym, iż pomimo wypłaty środków na rzecz wspólników spółka nie utraci możliwości regulowania swoich zobowiązań w okresie roku, przy zachowaniu zwykłej działalności spółki. Zwraca się więc uwagę, że przy dokonywaniu testu nie będą brane pod uwagę zdarzenia wyjątkowe, takie jak chociażby gwałtowne kryzysy gospodarcze czy niepokoje społeczne³⁷.

Członkowie zarządu stosowną uchwałę będą musieli podjąć z uwzględnieniem kryteriów należytej staranności, o której mowa w art. 293 k.s.h. W przypadku dokonania wypłaty z naruszeniem wspomnianych przepisów członkowie zarządu oraz wspólnicy, na rzecz których została dokonana wypłata środków, będą odpowiadać solidarnie wobec spółki za jej zwrot. Ponadto będzie istniało domniemanie ich winy przy jednoczesnym braku możliwości wyłączenia odpowiedzialności.

Projekt przewiduje, w celu wzmocnienia prewencyjnej ochrony wierzycieli, obowiązek odprowadzania przez spółkę minimum 10% rocznego zysku na kapitał zapasowy³⁸. Jego docelowa wysokość ma wynosić 5% wartości zobowiązań, nie mniej jednak niż 50.000 PLN. Celem takiego rozwiązania jest dostosowanie wielkości kapitału zapasowego do zakresu prowadzonej działalności gospodarczej oraz jego zmiennej wysokości. A. Rachwał zwraca uwagę, że takowe rozwiązanie jest swoistą „cena”, jaką płacić mają wspólnicy za brak uciążliwego obowiązku wnoszenia wkładów kapitałowych na początku prowadzenia działalności gospodarczej³⁹.

Projekt nakłada również na zarząd spółki z o.o. obowiązek kwartalnej oceny wystąpienia znacznej straty związanej z prowadzeniem działalności oraz zachowania przez spółkę wystarczającej wypłacalności nawet wówczas, gdy nie są dokonywane żadne wypłaty na rzecz wspólników. Treść art. 233 k.s.h. ma być więc korelatem testów bilansowego i wypłacalności przewidzianych w art. 192 k.s.h., a tym samym ostatnim elementem zapewniającym spójność proponowanych rozwiązań i należyłą ochronę wierzycieli⁴⁰.

5. Krytyczna analiza nowych propozycji

Postulowane rozwiązania spotkały się z dwojakim przyjęciem ze strony przedstawicieli doktryny. Z jednej strony projekt cieszy się aprobatą i jest uznawany za odważną reformę dostosowującą polski porządek prawny do tendencji europejskich, z drugiej jednak, zarzuca mu się nieadekwatność rozwiązań i zagrożenie dla obrotu gospodarczego⁴¹.

³⁶ Test miałby być przeprowadzany nie tylko przed wypłatą dywidendy (art. 191 k.s.h.), ale także przed wypłatą wynagrodzenia za umorzone udziały (art. 199 k.s.h.), nabyciem udziałów własnych na podstawie upoważnienia wspólników udziały (art. 200 k.s.h.) oraz zwrotem dopłat (art. 179 k.s.h.), *ibidem*, s. 22.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Maksymalny próg ma wynosić 25% i ma na względzie ochronę wspólników mniejszościowych przed nadmierną tezauryzacją zysków, art. 231¹ k.s.h., zobacz: *ibidem*, s. 27.

³⁹ A. Rachwał, [w:] S. Włodyka (red.), *System...*, s. 773.

⁴⁰ *Uzasadnienie...*, s. 9, 28–29.

⁴¹ Ciekawym przeglądem stanowisk doktryny była dyskusja tocząca się w 2010 i 2011 r. na łamach PPH a także debata dotycząca reformy, przeprowadzona przez „Gazetę Prawną”, opublikowana 2 grudnia 2014 r.

Przeciwnicy reformy zwracają uwagę na brak podstaw do przeprowadzenia zmian, podważenie aksjologicznego systemu spółek handlowych, zagrożenie dla bezpieczeństwa obrotu gospodarczego oraz zdecydowanie słabszą pozycję wierzycieli.

Wielu autorów neguje istnienie praktycznych przyczyn uzasadniających reformę struktury majątkowej spółki z o.o., wskazując brak empirycznych przesłanek potwierdzających tezę o nieefektywności systemu opartego na kapitale zakładowym, zarówno na gruncie wewnętrznego funkcjonowania spółek, jak i jego niższości w zakresie ochrony wierzycieli w stosunku do rozwiązań obecnych w systemie *common law*⁴².

Krytycy reformy przypominają, że istotą spółek kapitałowych, w tym spółki z o.o., jest wyłączenie odpowiedzialności wspólników majątkiem osobistym za zobowiązania spółki. Jednocześnie jednak wspólnicy ponoszą ryzyko ekonomiczne poprzez zainwestowanie wniesionych wkładów. Natomiast istotą spółek osobowych jest brak wymogu początkowych wkładów kapitałowych przy jednoczesnym ponoszeniu przez wspólników odpowiedzialności osobistej za zobowiązania spółki.

W związku z tym, postulowana spółka z o.o. bez kapitału lub z minimalnym kapitałem na poziomie 1 PLN, *de facto* podważa sens obecnego systemu prawa spółek, a przede wszystkim istnienia spółek osobowych⁴³. Możliwość wyboru prowadzenia działalności gospodarczej w formie organizacyjno-prawnej niewymagającej wniesienia wkładów kapitałowych i jednoczesnego braku ponoszenia odpowiedzialności osobistej, może doprowadzić do utraty znaczenia gospodarczego przez spółki osobowe⁴⁴.

Również bezpieczeństwo obrotu oraz pozycja wierzycieli wydają się zagrożone. Faktem jest, że model oparty na kapitale zakładowym, szczególnie po jego reformie w 2008 r., nie jest wolny od wad i wymaga modyfikacji, jednak przedmiotowy projekt jedynie utrwała wady poprzez dopuszczenie do tworzenia spółek nieposiadających majątku⁴⁵. Abstrahując również od zasadności samej idei spółki bezkapitałowej, wydaje się niezbędne stworzenie bądź nowego typu spółki, bądź co najmniej sygnalizowanie tej różnicy w nazwie tak, aby kontrahenci takich spółek wiedzieli z jakim rodzajem podmiotów mają do czynienia⁴⁶.

W kontekście ochrony wierzycieli warto wspomnieć, iż co do zasady aprobatą cieszy się instytucja testu wypłacalności oraz obowiązek periodycznej oceny sytuacji finansowej spółki z o.o.

⁴² W. Katner, A. Kappes, J. Janeta, *Kontrowersyjny projekt reformy struktury majątkowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością*, PPH 2011, nr 4, s. 9; J. Frąckowiak, *Demontaż spółki z o.o. czy nowy rodzaj spółki kapitałowej – uwagi na tle proponowanej nowelizacji kodeksu spółek handlowych*, PPH 2011, nr 6, s. 8; pośrednio potwierdzają to również autorzy reformy przytaczając konkluzje raportu KPMG z 2008 r., przygotowanego dla Komisji Europejskiej, *Uzasadnienie...*, s. 2.

⁴³ A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak, *Spółka kapitałowa bez kapitału zakładowego – głos w dyskusji nad projektem zmiany kodeksu spółek handlowych*, PPH 2011, nr 3, s. 9–10.

⁴⁴ Z wyjątkiem tych sytuacji, gdy dany rodzaj działalności może być realizowany tylko w formie spółki osobowej, *ibidem*, s. 9.

⁴⁵ W. Katner, A. Kappes, J. Janeta, *Kontrowersyjny projekt reformy struktury majątkowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością*, PPH 2011, nr 4, s. 14.

⁴⁶ A. Koch, *O potrzebie odrębnej regulacji nowej postaci spółki z o.o.*, PPH 2011, nr 9, s. 24.

Jednakże zdaniem niektórych autorów test wypłacalności powinien być jedynie uzupełnieniem obecnie istniejącego modelu opartego na kapitale zakładowym, gdyż w istocie jedynie pośrednio chroni wierzycieli⁴⁷. Po pierwsze jest on instrumentem, który ma chronić przed nieuprawnionymi wypłatami *causa societatis*, za których naruszenie określone podmioty odpowiadają wobec spółki, a nie kontrahentów. Co prawda można wyobrazić sobie możliwość zajęcia stosownej wierzytelności spółki w stosunku do członków zarządu i wspólników na podstawie tytułu wykonawczego przeciwko spółce, jednak taka możliwość dla wierzycieli jest iluzoryczna⁴⁸. Po drugie, projektowi zarzuca się brak określonych przesłanek przedmiotowych owego testu wypłacalności, co będzie skutkowało jego subiektywizacją⁴⁹. Po trzecie, projekt ustawy zakłada osłabienie odpowiedzialności za wypłaty z majątku spółki, dokonane z naruszeniem reguł testów bilansowego i wypłacalności, poprzez wyłączenie jej w stosunku do pozostałych wspólników, a wspólnika, który wypłatę otrzymał wówczas, gdy był w dobrej wierze. W połączeniu z elastycznym kształtowaniem struktury majątkowej taka regulacja może doprowadzić do sytuacji, w której wierzyciel będzie zawierał umowę ze spółką posiadającą znaczny kapitał udziałowy, a która nie będzie go miała wcale w momencie wymagalności zobowiązania. Wierzyciel, pozbawiony ochrony w postaci procedury konwokacyjnej, może nie mieć świadomości zmian jakie zaszły w międzyczasie w strukturze majątkowej spółki. Wówczas jedyną realną możliwością dla wierzycieli będzie ewentualna odpowiedzialność członków zarządu w myśl art. 299 k.s.h.⁵⁰

Brak zestandaryzowanego modelu ochrony wierzycieli, którego zinstytucjonalizowaną formą jest właśnie kapitał zakładowy, może dodatkowo prowadzić do wzrostu kosztów transakcyjnych związanych z oceną wypłacalności spółki z o.o. oraz indywidualizacją zabezpieczeń. W kontekście prawnej ochrony wierzycieli przywoływane są pojęcia formalnej i materialnej równości wobec prawa. Wskazuje się, że o ile w obrocie gospodarczym pomiędzy dużymi podmiotami, system alternatywnych i indywidualnych zabezpieczeń jest powszechny, o tyle w relacji na linii mały przedsiębiorca–duża spółka, nie wspominając o obrocie konsumenckim, iluzoryczna jest faktyczna równość negocjacyjna oraz symetria informacyjna⁵¹.

W związku z powyższymi zarzutami kierowanymi przez licznych przedstawicieli doktryny, projekt reformy może doprowadzić, mimo szczytnych haseł, do wystąpienia wielu niepożądanych zjawisk na rynku, które negatywnie odbiją się zarówno na bezpieczeństwie samych wspólników i wierzycieli, jak i zaufaniu do stanowionego prawa⁵².

6. Wnioski

Spór o ocenę proponowanej reformy jest w dużej mierze zależny od stosunku autorów do instytucji kapitału zakładowego i pełnienia przez niego funkcji gwarancyjnej. Ponadto

⁴⁷ J. Frąckowiak, *Demontaż...*, s. 10.

⁴⁸ W. Katner, A. Kappes, J. Janeta, *Kontrowersyjny...*, s. 15.

⁴⁹ J. Gajownik-Zienkiewicz, *Kilka uwag o teście wypłacalności*, PPH 2011, nr 9, s. 55–56.

⁵⁰ J. Frąckowiak, *Demontaż...*, s. 10.

⁵¹ Z. Gordon, *op. cit.*, s. 147–148.

⁵² J. Frąckowiak, [w:] *Debata DGP...*, *op. cit.*

wydaje się, że stosunek do przedmiotowych rozwiązań jest również uzależniony od odpowiedzi na pytanie, w jakim zakresie ustawodawca powinien chronić interesy wspólników, a w jakim wierzycieli spółek z o.o.⁵³

Pomimo dużej fali krytyki, moim zdaniem, reforma zasługuje na aprobatę. Słusznie argumentuje się, że o kapitałowym charakterze spółki z o.o. wcale nie świadczy istnienie kapitału zakładowego, lecz kapitałowy charakter udziału wspólnika⁵⁴. Nie wydaje się również uzasadniona obawa o istnienie spółek osobowych, gdyż ten wybór organizacyjno-prawny jest podyktowany przede wszystkim rozmiarem prowadzonej działalności oraz względami podatkowymi⁵⁵.

Pozycja wierzycieli w modelu spółki bezkapitałowej, co prawda teoretycznie, wydaje się słabsza, jednakże nie można zapominać, że brak arbitralnych norm nakazujących posiadanie określonych zasobów kapitałowych, zostaje zastąpiony przez dostosowanie ich do płynności danego podmiotu poprzez wprowadzenie instytucji testu wypłacalności oraz periodycznej oceny wystąpienia ryzyka niewypłacalności. Te instrumenty w sposób wystarczający powinny zabezpieczyć interesy majątkowe wierzycieli⁵⁶.

Przedmiotowa reforma zasługuje na aprobatę przede wszystkim dlatego, że konsekwencją jej wprowadzenia będzie poszerzenie autonomii woli wspólników spółki z o.o. i dostosowanie jej struktury majątkowej do indywidualnych potrzeb każdego podmiotu. Ta swoista „deregulacja” może wpłynąć pozytywnie na rozwój przedsiębiorczości i konkurencyjności polskiej gospodarki. Ponadto ten kompromisowy projekt nie zakłada derogacji z polskiego porządku prawnego kapitału zakładowego, a jedynie istnienie trzech alternatywnych modeli, które będą wobec siebie konkurencyjne, pozwoli w praktyce dnia codziennego ocenić, który z nich jest najlepszy dla prowadzenia określonej działalności⁵⁷.

Nie wydają się zasadne wątpliwości dotyczące braku ukształtowania się w Polsce należytej kultury przedsiębiorczości obecnej w państwach wysoko rozwiniętych, co miałyby rzekomo prowadzić do ogromnej ilości nadużyć związanych z liberalizacją struktur majątkowych spółek z o.o.⁵⁸ Moim zdaniem, nawet jeżeli przyjmemy, iż w Polsce etyka prowadzenia działalności gospodarczej oraz społecznej odpowiedzialności biznesu pozostawiają wiele do życzenia, to w perspektywie długofalowej reforma może mieć pozytywne oddziaływanie na kształtowanie się szeroko rozumianej etyki biznesu, gdyż brak wzmoczonej interwencji państwa może jedynie pomóc w ukształtowaniu wewnętrznych standardów określonych grup społecznych, w tym przypadku przedsiębiorców.

⁵³ P. Sobolewski, *W sprawie przyszłości kapitału zakładowego i innych środków ochrony wierzycieli spółek z o.o.*, PPH 2011, nr 9, s. 52.

⁵⁴ Obszerniejsza argumentacja: A. Opalski, *Kilka uwag na temat reformy spółki z o.o. i jej kontrowersyjnej krytyki*, PPH 2011, nr 9, s. 12.

⁵⁵ M. Romanowski, *op. cit.*, s. 4.

⁵⁶ K. Oplustil, *Krytycznie o zarzutach krytyków projektu reformy struktury majątkowej spółki z o.o.*, PPH 2011, nr 9, s. 31.

⁵⁷ Opinia autora wygłoszona w trakcie referatu: *Struktura majątkowa spółki z o.o. w świetle projektu nowelizacji k.s.b.* wygłoszonego podczas ogólnopolskiej konferencji naukowej „Prawo spółek i ład korporacyjny w perspektywie wyzwań współczesnego obrotu gospodarczego”, zorganizowanej w Warszawie w dniach 27–28 marca 2015 r.

⁵⁸ Uwagi dotyczące referatu: *Struktura majątkowa spółki z o.o.*...

Na koniec wypada nadmienić, że nadużycia prawa były, są i będą. Stanowiąc prawo prywatne, ustawodawca powinien traktować potencjalnych adresatów norm jako uczciwe jednostki i tworzyć rozwiązania korzystne dla ogółu, a nie tworzyć je w obawie przed nieliczną grupą, która w wyniku zmiany prawa będzie szukać sposobności do jego nadużywania.

Problem of a future financial structure of the Polish limited liability company and legal position of their creditors

S u m m a r y

Limited liability company (LLC) is the most popular form of doing business in Poland. Its current financial structure is based on the share capital. This solution has been increasingly criticized as ineffective and outdated. Because of that, Civil Law Codification Commission presented in 2014 an amendment to the Polish Code of Commercial Companies that includes numerous far-reaching changes. Its authors took inspiration from present regulations in USA and European countries like Germany, France and Finland. This proposition is based on the principle of party autonomy. It envisions greater flexibility of the LLC financial structure and new protection measures for its creditors. Aforementioned proposition has triggered a lively debate among experts who divided into two groups: supporters and obstinate opponents of the reform. This article presents current financial structure of the LLC and assumptions, goals and critiques of the proposed amendment with a special regard to the legal situation of creditors.

WYKREŚLENIE SPÓŁKI PRAWA HANDLOWEGO Z KRAJOWEGO REJESTRU SĄDOWEGO A ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA NIESPŁACONE ZOBOWIĄZANIA

1. Wprowadzenie

Ustawą z dnia 28 listopada 2014 r. o zmianie ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym oraz niektórych innych ustaw¹ wprowadzono zapis umożliwiający sądowi rejestrowemu wszczęcie z urzędu postępowania w przedmiocie wykreślenia wpisanego do Krajowego Rejestru Sądowego podmiotu bez przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego. Wskazany powyżej sposób likwidacji odnosi się do wszystkich podmiotów podlegających wpisowi do Krajowego Rejestru Sądowego, aczkolwiek największe znaczenie ma w odniesieniu do spółek prawa handlowego. Jest to istotne *novum* w prawie polskim, znane dotychczas w takich państwach europejskich, jak np. Niemcy, Austria czy Wielka Brytania². Wprowadzony tym aktem prawnym sposób zakończenia bytu prawnego stanowi wyjątek od zasady, zgodnie z którą rozwiązanie spółki inicjuje podjęcie przez właściwy organ tudzież wspólników stosownej uchwały lub przeprowadzenie przez sąd postępowania upadłościowego obejmującego likwidację majątku upadłego. W razie podjęcia przez wspólników uchwały o rozwiązaniu spółki prawa handlowego wykreślenie podmiotu z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego następuje po przeprowadzeniu postępowania likwidacyjnego, chyba że zgodnie z ustawą z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych³, wspólnicy mogli w umowie spółki zastrzec inny sposób zakończenia jej działalności. W sytuacji zaś wszczęcia postępowania upadłościowego, sąd rejestrowy wykreśla podmiot z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego po złożeniu przez syndyka wniosku w tym zakresie. Wprowadzenie do polskiego systemu prawa modelu rozwiązania spółki bez przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego, wymaga zatem omówienia zasad odpowiedzialności za zobowiązania podmiotu wykreślonego z Krajowego Rejestru Sądowego, jak również porównania sytuacji prawnej wierzycieli spółki wykreślonej z Krajowego Rejestru Sądowego na podstawie art. 25a u.k.r.s. z sytuacją prawną innych wierzycieli, tj. wierzycieli podmiotu wykreślonego z Krajowego Rejestru Sądowego po przeprowadzeniu likwidacji.

* Autorka jest studentką drugiego roku administracji, studia drugiego stopnia, absolwentką prawa Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz aplikantką radcowską drugiego roku w OIRP w Krakowie.

¹ Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. o zmianie ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym i innych ustaw (Dz.U. Nr 1924), dalej: u.k.r.s.

² Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. o zmianie ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym i innych ustaw, nr druku: 2816, s. 23, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?documentId=9B93E-5ADF7E39E0DC1257D70003944D1>, dostęp: 30.08.2015.

³ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r., Nr 1030 ze zm.) – dalej: k.s.h.

W pierwszej części artykułu przedstawiono zasady wykreślenia z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego podmiotów nieaktywnych oraz zasady odpowiedzialności Skarbu Państwa jako sukcesora wykreślonej spółki handlowej. W drugiej części artykułu przedstawiono skutki wykreślenia spółki z Krajowego Rejestru Sądowego po zakończeniu postępowania likwidacyjnego oraz przedstawiono sposoby dochodzenia przez wierzycieli od współników spółek osobowych oraz członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością niespłaconych zobowiązań wykreślonej spółki handlowej. W trzeciej, ostatniej części artykułu, dokonano porównania wachlarza uprawnień wierzycieli spółek wykreślonych na podstawie art. 25a i n. u.k.r.s. z uprawnieniami wierzycieli podmiotów, które przeprowadziły uprzednio postępowanie likwidacyjne.

2. Wykreślenie z Krajowego Rejestru Sądowego tzw. spółek martwych a odpowiedzialność za ich zobowiązania

Głównym celem omawianej nowelizacji u.k.r.s. było zapewnienie pewności obrotu gospodarczego i wiarygodności danych zamieszczonych w Krajowym Rejestrze Sądowym poprzez możliwość przyznania sądom rejestrowym kompetencji do wykreślenia z Krajowego Rejestru Sądowego, bez przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego, tzw. „podmiotów martwych”. Przed wejściem w życie nowelizacji, tj. przed dniem 1 stycznia 2015 r., sąd rejestrowy, na podstawie art. 25 u.k.r.s., z ważnych powodów władny był jedynie orzec o rozwiązaniu spółki, a następnie ustanowić dla niej likwidatora. W konsekwencji w Krajowym Rejestrze Sądowym wpisanych było bardzo wiele podmiotów nieaktywnych gospodarczo, które również nie wykonywały nałożonych na nie obowiązków sprawozdawczych, tj. np. złożenia sprawozdania finansowego. Wprowadzenie zapisu umożliwiającego wykreślenie z Krajowego Rejestru Sądowego podmiotu bez przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego, spowodowało, iż koniecznym stało się uregulowanie zasad dziedziczenia majątku wykreślonego podmiotu oraz zasad odpowiedzialności za jego zobowiązania. Aby omówić wskazane powyżej zagadnienia, należy jednak uprzednio przedstawić przesłanki, których zaistnienie umożliwia sądom rejestrowym skorzystanie z tej procedury.

2.1. Przesłanki wykreślenia spółki z Krajowego Rejestru Sądowego, na podstawie art. 25a u.k.r.s. a źródła danych sądów rejestrowych

Przesłanki umożliwiające sądom rejestrowym wykreślenie spółki handlowej z Krajowego Rejestru Sądowego, bez przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego, zostały uregulowane w art. 25a u.k.r.s. Zgodnie z ww. normą prawną, przesłanki warunkujące wszczęcie stosownego postępowania można podzielić na dwie grupy, tj. przesłanki związane z odmową wszczęcia lub umorzeniem postępowania upadłościowego oraz przesłanki związane z niewykonywaniem przez dany podmiot obowiązków sprawozdawczych. Do pierwszej grupy zaliczamy wydanie przez sąd upadłościowy postanowienia o oddaleniu wniosku o ogłoszenie upadłości lub umorzeniu postępowania upadłościowego, w razie uznania, że zgromadzony w sprawie materiał daje podstawę do rozwiązania podmiotu bez przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego tudzież, że majątek spółki nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania (art. 25a ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo

upadłościowe i naprawcze)⁴. Z kolei do przesłanek związanych z niewykonaniem przez dany podmiot obowiązków sprawozdawczych zaliczamy:

- wydanie przez sąd rejestrowy postanowienia o odstąpieniu od postępowania przymuszającego lub jego umorzeniu,
- nie przedłożenie na wezwanie sądu rocznych sprawozdań finansowych za 2 kolejne lata obrotowe,
- nie wykonanie innych obowiązków, o których mowa w art. 24 ust. 1 u.k.r.s. pomimo dwukrotnego wezwania sądu rejestrowego (art. 25a ust. 1 pkt 3–5 p.u.n.).

Pomimo zaistnienia wskazanych powyżej przesłanek, jakkolwiek aktywność gospodarcza podmiotu, jak i posiadanie przez niego zbywalnego majątku, powinno wykluczać wydanie postanowienia w przedmiocie wykreślenia spółki z Krajowego Rejestru Sądowego (art. 25a § 2 w zw. z art. 25d § 1 u.k.r.s.).

Zgodnie z treścią art. 25c u.k.r.s., w celu ustalenia czy dany podmiot posiada zbywalny majątek, tudzież prowadzi działalność gospodarczą, sąd rejestrowy jest uprawniony do zwrócenia się o udzielenie stosownych informacji do organów podatkowych, skorzystania z rejestrów publicznych, tj. Centralnej Ewidencji Pojazdów, Centralnej Informacji Ksiąg Wieczystych, Centralnej Informacji Rejestru Zastawów, tudzież wyszukiwania ksiąg wieczystych w centralnej bazie danych ksiąg wieczystych działającej na podst. art. 36⁴ ust. 8 i nast. ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece⁵. Dodatkową informację mogą stanowić akta upadłościowe udostępnione sądowi rejestrowemu przez sąd upadłościowy. Kwestia przekazywania ww. danych pomiędzy sądami nie została jednak odrębnie uregulowana ani w u.k.r.s., ani w p.u.n. Skorzystanie z kolei z danych sądu upadłościowego będzie w praktyce możliwe jedynie w dwóch przypadkach, tj. kiedy sąd upadłościowy oddalając wniosek o ogłoszenie upadłości lub umarzając postępowanie upadłościowe, stwierdził, że zgromadzony w sprawie materiał daje podstawę do rozwiązania podmiotu bez przeprowadzania postępowania likwidacyjnego, tudzież oddalił wniosek o ogłoszenie upadłości lub umorzył postępowanie upadłościowe z tego powodu, że majątek niewypłacalnego dłużnika nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania. Pomocne mogą być również informacje uzyskane od Urzędów Skarbowych i Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Należy jednak zwrócić uwagę, iż informacje te, co do zasady, opierać się będą wyłącznie na zeznaniach złożonych przez osoby reprezentujące daną spółkę i mogą być nieaktualne. W kontekście wskazanych powyżej uwag należy również zauważyć, iż przy ocenie wskazanych powyżej okoliczności mogą pojawić się wątpliwości związane z interpretacją terminu „prowadzenia działalności gospodarczej”, jak i terminu „zbywalnego majątku”. W polskim ustawodawstwie prawnym, pomimo zdefiniowania terminu „działalności gospodarczej” w wielu aktach prawnych, zawarte w nich legalne definicje nie są tożsame⁶. Na podstawie

⁴ Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (tekst jednolity Dz.U. z 2012 r., poz. 1112 ze zm.) – dalej: p.u.n.

⁵ Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (tekst jednolity Dz.U. z 2013 r., Nr 707 ze zm.).

⁶ Definicję „działalności gospodarczej” zawierają m.in. następujące ustawy, tj.: ustawa o swobodzie działalności gospodarczej z dnia 2 lipca 2004 r. (Dz.U. z 2013 r., Nr 672 ze zm.) – dalej: u.s.d.g., ustawa z dnia z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja Podatkowa (Dz.U. z 2012 r., Nr 749 ze zm.) – dalej: o.p., ustawa z dnia

definicji legalnej zawartej w u.s.d.g., zgodnie z którą działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły, może dojść do pokrzywdzenia wierzyciela. W kontekście jego ochrony definicja ta powinna być jak najszersza, aby tym samym rzeczywiście ustalić, czy dany podmiot prowadzi działalność gospodarczą. Niewątpliwie jednak sąd rejestrowy może nie być w posiadaniu potrzebnych ku temu informacji. Co więcej, w posiadaniu takich informacji może nie być również sam wierzyciel. Na uwagę zasługuje także definicja terminu „zbywalny majątek”. Jak trafnie wskazuje T. Szczurowski „zachodzi bowiem pytanie, czy sąd rejestrowy powinien rozwiązać spółkę, czy raczej umorzyć postępowanie w przypadku, gdy ustali, że przedsiębiorca np. ma nieruchomości, ale jej próby egzekucyjnego zbycia zakończyły się niepowodzeniem”⁷. Wydaje się, iż wskazane powyżej problemy interpretacyjne będą musiały indywidualnie, w zależności od okoliczności sprawy, rozwiązywać sądy rejestrowe.

2.2. Nabycie mienia spółki wykreślonej z Krajowego Rejestru Sądowego przez Skarb Państwa

Zgodnie z art. 25d u.k.r.s., z chwilą wykreślenia podmiotu z Krajowego Rejestru Sądowego Skarb Państwa nabywa nieodpłatnie z mocy prawa mienie pozostałe po wykreślonym

11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2011 r., Nr 177, poz. 1054 ze zm.) – dalej: u.p.t.u., ustawa o podatku dochodowym od osób fizycznych z dnia 26 lipca 1991 r. (Dz.U. z 2012 r., Nr 361 ze zm.) – dalej: u.p.d.o.f. Poniżej podano definicje wskazane w trzech pierwszych aktach prawnych. Najbardziej rozpowszechnioną definicję zawiera art. 2 u.s.d.g.: „działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły”. Zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 2 lutego 2009 r., V KK 330/08 (Legalis nr 210139), definicja wskazana w wyżej wymienionej ustawie „powinna być (...) traktowana jako powszechnie obowiązujące rozumienie tego pojęcia w polskim systemie prawnym”. Definicje zawarte w ustawach podatkowych są co do zasady szersze. Zgodnie z art. 9 pkt 3 o.p. przez działalność gospodarczą „rozumie się (...) każdą działalność zarobkową w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, w tym wykonywanie wolnego zawodu, a także każdą inną działalność zarobkową wykonywaną we własnym imieniu i na własny lub cudzy rachunek, nawet gdy inne ustawy nie zaliczają tej działalności do działalności gospodarczej lub osoby wykonującej taką działalność – do przedsiębiorców”. Najszerszą zaś definicję działalności gospodarczej wskazuje u.p.t.u., zgodnie z którą za działalność gospodarczą uznaje się „wszelką działalność producentów, handlowców lub usługodawców, w tym podmiotów pozyskujących zasoby naturalne oraz rolników, a także działalność osób wykonujących wolne zawody”. Działalność gospodarcza obejmuje w szczególności czynności polegające na wykorzystywaniu towarów lub wartości niematerialnych i prawnych w sposób ciągły dla celów zarobkowych. Za samodzielną działalność gospodarczą nie uznaje się czynności: z tytułu których przychody zostały wymienione w art. 12 ust. 1–6 u.p.d.o.f. oraz z tytułu których przychody zostały wymienione w art. 13 pkt 2–9 u.p.d.o.f., jeżeli z tytułu wykonania tych czynności osoby te są związane ze zlecającym wykonanie tych czynności prawnymi więzami, tworzącymi stosunek prawny pomiędzy zlecającym wykonanie czynności i wykonującym zlecane czynności, co do warunków wykonywania tych czynności, wynagrodzenia i odpowiedzialności zlecającego wykonanie tych czynności wobec osób trzecich.

⁷ T. Szczurowski, *Nowe kompetencje i obowiązki sądu rejestrowego*, MoP 2015, nr 5, s. 238.

podmiocie, bez względu na przyczynę wykreślenia. Literalne brzmienie przepisu, jak i treść uzasadnienia projektu ustawy wskazuje, iż na Skarb Państwa przechodzi majątek nie tylko podmiotu wykreślonego na podstawie art. 25a u.k.r.s., ale i np. majątek, który nie został podzielony przez współników spółki po zakończeniu likwidacji. Przed wejściem w życie nowelizacji, w analizowanej materii zarysowały się dwa odmienne stanowiska. Pierwsze z nich, wyrażone jeszcze na gruncie rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. Kodeks handlowy⁸ zakłada, iż brak postanowień regulujących przejście majątku po zlikwidowanej spółce bezpośrednio na współników nie pozwala na przyjęcie, iż majątek ten w konsekwencji nie należy do nikogo, „skoro zasadniczo majątek spółki przypada po likwidacji byłym współnikom (art. 275 k.h.) i skoro oni tych uprawnień przez wykreślenie spółki nie mogli utracić (...)”⁹. Drugie odmienne stanowisko wyrażono w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2007 r.¹⁰ W uchwale tej Sąd Najwyższy przyjął, że w razie wykreślenia z Krajowego Rejestru Sądowego spółki, która posiada majątek nieobjęty uprzednio przeprowadzoną likwidacją, dopuszczalne jest ustanowienie likwidatora w celu jej dokończenia. Tym samym Sąd Najwyższy słusznie stwierdził, iż jego poprzednie stanowisko „nie ma oparcia w ustawie, gdyż zarówno kodeks handlowy, jak i kodeks spółek handlowych nie przewidują przejścia *ex lege* w takiej sytuacji wprost majątku spółki na rzecz jej współników. Tym bardziej nie jest tu możliwe przejście pochodne”¹¹. Trafnym jest również argument sądu, iż uregulowanie omawianej kwestii poprzez przyznanie prawa własności współnikom zlikwidowanej spółki mogłoby prowadzić do nadużyć przez zatajanie majątku. Stanowisko to zasługuje na poparcie również w kontekście sposobu podziału masy likwidacyjnej, gdzie najpierw z majątku spółki spłaca się zobowiązania, a pomiędzy współników dzielona jest wyłącznie nadwyżka (np. art. 82 i art. 286 k.s.h.). Niemniej jednak, art. 25e u.k.r.s. jednoznacznie unicestwia przedstawiony powyżej problem sukcesji praw majątkowych po wykreślonej spółce.

2.3. Odpowiedzialność Skarbu Państwa za zobowiązania wykreślonego podmiotu

Zgodnie z art. 25e § 2 u.k.r.s. Skarb Państwa ponosi odpowiedzialność za zobowiązania wykreślonego z Krajowego Rejestru Sądowego podmiotu z nabytego mienia. Jest to tzw. odpowiedzialność *cum viribus patrimonii*. „Odpowiedzialność Skarbu Państwa jako następcy podmiotu, który utracił byt prawny, będzie zatem ukształtowana identycznie jak odpowiedzialność spadkobiercy za długi spadkowe przed przyjęciem spadku (art. 1030 k.c.)”¹². Wierzyciel, którego dłużnik został wykreślony z Krajowego Rejestru Sądowego, jest uprawniony do dochodzenia swoich roszczeń w terminie zawitym jednego roku od dnia nabycia mienia wykreślonego podmiotu przez Skarb Państwa (art. 25e u.k.r.s.). Nabycia mienia następuje *ex*

⁸ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. Kodeks handlowy (Dz.U. z 1934 r., Nr 57, poz. 502) – dalej: k.h.

⁹ Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 26 maja 1936 r., II C 331/36 (LEX nr 4307).

¹⁰ Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 24 stycznia 2007 r., III CZP 143/06 (Legalis nr 80078).

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Uzasadnienie projektu...*, s. 22.

lege z dniem wykreślenia spółki z Krajowego Rejestru Sądowego. Literalna wykładnia art. 25e § 4 u.k.r.s. wskazuje, iż do zachowania wskazanego powyżej terminu rocznego wystarczy skuteczne złożenie pozwu. Z kolei w przypadku dysponowania przez wierzyciela tytułem egzekucyjnym nabytym przed dniem wykreślenia podmiotu z Krajowego Rejestru Sądowego, roszczenie stwierdzone przedmiotowym tytułem egzekucyjnym wygaśnie, jeśli nie będzie dochodzone w terminie roku od chwili nabycia mienia przez Skarb Państwa. Wylączenie zastosowania art. 1060 k.p.c.¹³, zgodnie z którym wszczęcie egzekucji, jak i uzyskanie klauzuli, poprzedza uprzednie wezwanie do spełnienia świadczenia, wskazuje, iż zaspokojenie przez Skarb Państwa wiarytelności może nastąpić wyłącznie po wszczęciu postępowania egzekucyjnego. Dla sprawnego przeprowadzenia tego postępowania niezbędne jest jednak wskazanie właściwego *statio fisci*. Zgodnie z art. 25e § 11 u.k.r.s., właściwym w wyżej wymienionych sprawach byłby starosta właściwy ze względu na siedzibę wykreślonego podmiotu. Idea wskazanego powyżej rozwiązania jest słuszną, albowiem rzeczywiście, jak wskazano w uzasadnieniu do projektu ustawy, należy przyjąć, że „majątek po podmiocie, który utracił byt prawny, z reguły położony będzie właśnie w miejscowości, w której podmiot miał siedzibę lub w jej najbliższym sąsiedztwie”¹⁴. Treść wskazanego powyżej przepisu koresponduje również z art. 23 i n. ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami¹⁵, zgodnie z którym zasobem nieruchomości Skarbu Państwa, co do zasady, gospodarują starostowie.

W sytuacji, gdy wierzyciel posiada już tytuł egzekucyjny wystawiony przeciwko podmiotowi wykreślonemu z Krajowego Rejestru Sądowego, sąd na wniosek wierzyciela nada klauzulę wykonalności przeciwko Skarbowi Państwa (art. 25e § 6 u.k.r.s.). W klauzuli tej poprzez odesłanie z art. 25e § 6 u.k.r.s. do art. 792 k.p.c., sąd powinien zastrzec ograniczoną odpowiedzialność Skarbu Państwa za zobowiązania wykreślonego podmiotu. Wspólnicy spółek wykreślonych z Krajowego Rejestru Sądowego mogą dochodzić swoich praw, jedynie gdy reprezentują łącznie co najmniej dwie trzecie głosów i wszyscy wierzyciele zostali zaspokojeni lub zabezpieczeni. W praktyce przy założeniu, że z Krajowego Rejestru Sądowego wykreślane są wyłącznie spółki nieaktywne, porzucone przez strony stosunku korporacyjnego, procesy z udziałem wspólników mogą należeć jednak do rzadkości. Należy natomiast bezspornie zauważyć, iż grupa ta jest niejednolita, a wspólnik wykreślonej spółki może być jej wierzycielem również z tytułu udzielonych pożyczek. Wówczas do takiego podmiotu będą stosowane przepisy dotyczące wierzycieli będących osobami trzecimi względem spółki.

Wątpliwości budzi kwestia terminu, w którym wierzyciele mogą skutecznie dochodzić zaspokojenia roszczeń od Skarbu Państwa. Termin ten jest znacznie krótszy niż terminy przedawnienia wskazane w art. 118 k.c.¹⁶ Niemniej jednak, w uzasadnieniu projektu ustawy wskazano, iż termin ten „nie uchybia przepisom o przedawnieniu roszczeń”¹⁷, a ma „skłonić wierzycieli do jak najszybszego inicjowania postępowań przeciwko Skarbowi Państwa

¹³ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (tekst jednolity Dz.U. z 2014 r., Nr 101 ze zm.).

¹⁴ *Uzasadnienie projektu...*, s. 24.

¹⁵ Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jednolity Dz.U. z 2014 r., Nr 518 ze zm.).

¹⁶ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jednolity Dz.U. z 2014 r., Nr 121 ze zm.).

¹⁷ *Uzasadnienie projektu...*, s. 22.

i w ten sposób przyczynić się do ograniczenia stanu niepewności co do możliwości dysponowania przez Skarb Państwa nabytym mieniem¹⁸.

3. Wykreślenie spółki z Krajowego Rejestru Sądowego po zakończeniu postępowania likwidacyjnego a odpowiedzialność za niezaspokojone zobowiązania spółki

Likwidacja zasadniczo stanowi podstawowy sposób zakończenia działalności spółki. W spółkach osobowych, z wyjątkiem spółki komandytowo-akcyjnej, dopuszczalne jest zakończenie działalności spółki w inny sposób niż poprzez przeprowadzenie likwidacji. Rozwiązanie to jednak podyktowane jest sposobem uregulowania zasad odpowiedzialności za zobowiązania spółek kapitałowych, w których co do zasady jedynym źródłem zaspokojenia wierzycieli jest majątek spółki¹⁹. Co prawda na gruncie m.in. art. 299 k.s.h. odpowiedzialność za zobowiązania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością mogą ponosić członkowie zarządu, jednakże ich odpowiedzialność ma charakter odszkodowawczy²⁰.

Jak wskazał A. Witosz²¹, likwidacja to faza pomiędzy dwoma zdarzeniami, tj. otwarciem likwidacji, a rozwiązaniem spółki jako ustaniem bytu prawnego. Jej celem „jest zakończenie działalności spółki, poprzedzone doprowadzeniem jej majątku do stanu płynności, co umożliwi splatecie długów i podział ewentualnej nadwyżki między wspólników²². W konsekwencji, po zatwierdzeniu przez zgromadzenie wspólników sprawozdania likwidacyjnego i zakończeniu likwidacji, spółka na wniosek likwidatorów zostanie wykreślona z Krajowego Rejestru Sądowego. Jednocześnie likwidację można uznać za zakończoną „gdy w majątku spółki nie ma już żadnych składników majątkowych i okoliczność ta zostanie stwierdzona sprawozdaniem likwidacyjnym²³. Uważa się, że wpis odnośnie zakończenia likwidacji i wykreślenia spółki z Krajowego Rejestru Sądowego ma charakter konstytutywny, a więc od momentu jego dokonania spółka utraci podmiotowość prawną²⁴. Na marginesie

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie – Wydział I Cywilny z dnia 24 września 2012 r., I ACz 1363/12 (Legalis nr 730636).

²⁰ W doktrynie i orzecznictwie istnieją rozbieżne podglądy, czy odpowiedzialność członków zarządu z art. 299 k.s.h. ma charakter odszkodowawczy czy gwarancyjny. Za przyjęciem odpowiedzialności odszkodowawczej członków zarządu opowiedział się Sąd Najwyższy np. w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 7 listopada 2008 r., III CZP 72/08 (Legalis nr 109029).

²¹ A. Witosz, *Likwidacja a czynności likwidacyjne*, PPH 2010, nr 5, s. 18.

²² Postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 20 września 2007 r., II CSK 240/07 (Legalis nr 104990).

²³ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2007 r., II CSK 240/07 (LEX nr 487505).

²⁴ W postanowieniu Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 20 września 2007 r., II CSK 240/07 (Legalis nr 487505), sąd uznał, iż „nie zasługuje na aprobatę pogląd, że wykreślenie spółki z rejestru prowadzi do zwolnienia jej z zobowiązań, bez potrzeby zaspokojenia wierzycieli”. Z kolei Sąd Najwyższy w postanowieniu Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 10 maja 2012 r., IV CSK 369/11 (Legalis nr 537798) uznał, iż „wierzitelność, której dłużnikiem osobistym jest osoba prawna, nie wygasa z chwilą wykreślenia dłużnika z rejestru na skutek zakończenia postępowania upadłościowego, jeżeli charakter tej wierzitelności jest tego rodzaju, że możliwe jest jej zaspokojenie z substratu majątkowego pozostającego po osobie prawnej

należy jednak zauważyć, iż zgodnie z orzecznictwem²⁵ wykreślenie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z Krajowego Rejestru Sądowego po wytoczeniu przez wspólnika na rzecz spółki powództwa na podstawie art. 295 k.s.h., tj. powództwa *actio pro socio*, nie stanowi przyczyny umorzenia postępowania z powodu niedopuszczalności wydania wyroku.

3.1. Odpowiedzialność za zobowiązania spółek osobowych

Każdy wspólnik spółki jawnej odpowiada za zobowiązania bez ograniczenia całym swoim majątkiem solidarnie z pozostałymi wspólnikami oraz ze spółką (art. 22 k.s.h.). Jednocześnie odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki jest subsydiarna (art. 31 k.s.h.). W istocie oznacza to, że „wspólnik jest odpowiedzialny za zobowiązania spółki od momentu jej powstania”²⁶, a jedynie spełnienie świadczenia w drodze przymusu zostało ograniczone czasowo, tj. do chwili stwierdzenia bezskuteczności egzekucji z majątki spółki. Wykreślenie podmiotu z Krajowego Rejestru Sądowego w żaden sposób nie modyfikuje charakteru tej odpowiedzialności. „Uznaje się bowiem, że na podstawie art. 22 § 2 k.s.h. (...), każdy wspólnik za zobowiązania spółki jawnej odpowiada (...) aż do chwili zaspokojenia wierzycieli spółki i odpowiedzialność ta istnieje także wówczas, gdy dłużnik główny (spółka) uległ likwidacji”²⁷. Zmniejsza się jedynie liczba podmiotów odpowiedzialnych solidarnie. W przypadku zaś rozwiązania spółki w inny sposób niż poprzez przeprowadzenie likwidacji, gdy w uchwale wspólników nie doszło do wskazania podmiotów odpowiedzialnych za zobowiązania spółki, to właśnie wspólnicy, do czasu rozliczenia się z innymi uczestnikami obrotu, są uznawani za następców prawnych spółki²⁸. Wskazane powyżej koncepcje łączą ten sam podmiot odpowiedzialny za zobowiązania wykreślonej z Krajowego Rejestru Sądowego spółki, jakim są jej wspólnicy. Słusznie zatem Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 4 września 2009 r. przyjął, iż wykreślenie spółki z Krajowego Rejestru Sądowego po uzyskaniu tytułu egzekucyjnego nie stoi na przeszkodzie nadaniu klauzuli wykonalności przeciwko jej wspólnikom. W tym przypadku, kiedy rozwiązanie spółki następuje zgodnie z procedurą wskazaną w k.s.h. lub umowie spółki, podmiot wykreślony z Krajowego Rejestru Sądowego, co do zasady, nie ma już żadnego majątku, a zatem można uznać, iż nie istnieje inny sposób zaspokojenia wierzycieli spółki niż z majątku jej wspólników. Wydaje się, iż aktualizuje się tym samym przesłanka związana z subsydiarną odpowiedzialnością wspólników. Podobna sytuacja ma miejsce w sytuacji, gdy wierzyciel spółki wykreślonej z Krajowego Rejestru

np. w razie złożenia odpowiednich kwot do depozytu sądowego, czy też z zabezpieczeń tej wierzytelności na przedmiotach majątkowych osób trzecich”. Calkowicie odmiennie z kolei Sąd Najwyższy – Izba Cywilna z dnia 7 października 2008 r., III CSK 112/08 (Legalis nr 127032) w wyroku w którym uznał, iż „nieistnienie dłużnika osobistego prowadzi do wygaśnięcia wierzytelności”. Na potrzeby niniejszego artykułu przyjęto, iż zobowiązania wykreślonego podmiotu nie wygasają z momentem wykreślenia spółki z Krajowego Rejestru Sądowego. W ocenie autora potwierdza to brzmienie art. 25e u.k.r.s., gdzie wprost wskazano, iż za zobowiązania wykreślonego podmiotu odpowiada Skarb Państwa.

²⁵ Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 12 grudnia 2012 r., III CZP 83/12 (Legalis nr 549473).

²⁶ G. Nita-Jagielski, [w:] J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Tofel, R. Zawłocki, *Kodeks prawa spółek. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 186.

²⁷ Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 4 września 2009 r., III CZP 52/09 (Legalis nr 166073).

²⁸ Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 28 października 2005 r., II CK 275/05 (Legalis nr 78471).

Sądowego nie dysponuje przeciwko spółce tytułem egzekucyjnym. Co prawda dyspozycja art. 778¹ k.p.c. nie ma w tym przypadku zastosowania, jednak wierzyciel może od razu wytoczyć powództwo przeciwko wspólnikom²⁹. Na etapie wyrokowania sąd nie będzie badał, czy egzekucja przeciwko spółce okazała się bezskuteczna. W postępowaniu klauzulowym wykazanie bezskuteczności egzekucji może nastąpić na kilka sposobów. W doktrynie „proponuje się, aby przesłankę bezskuteczności uznać za spełnioną m.in. w razie ogłoszenia upadłości spółki, bezskuteczności egzekucji prowadzonej przez innego wierzyciela lub gdy z wykazu majątku lub bilansu sporządzonego na żądanie wierzycieli wynika, że spółka nie ma wystarczającego majątku na pokrycie jej zobowiązań”³⁰. Niektóre ze wskazanych powyżej sposobów mogą budzić wątpliwości, jak np. ogłoszenie upadłości. Niemniej jednak, w sytuacji wykreślenia spółki z Krajowego Rejestru Sądowego zanim wierzyciel uzyskał przeciwko niej tytuł egzekucyjny powinno nastąpić domniemanie nieściągalności zobowiązania z majątku podmiotu, który z momentem wykreślenia z Krajowego Rejestru Sądowego utracił byt prawny. Przedstawione wyżej uwagi odnoszą się również do partnerów w spółce partnerskiej oraz komplementariuszy w spółce komandytowej i komandytowo-akcyjnej (art. 89 k.s.h., art. 103 k.s.h. i art. 126 § 1 pkt 1 k.s.h.).

3.2. Odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki kapitałowej

Art. 299 k.s.h., zgodnie z którym członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w sytuacji bezskutecznej egzekucji przeciwko spółce odpowiada za jej zobowiązania solidarnie, był już wielokrotnie przedmiotem analizy zarówno doktryny i orzecznictwa³¹, dlatego też w niniejszym artykule zostanie zasygnalizowana jedynie kwestia związana z udowodnieniem przez wierzyciela przesłanki tzw. „bezskutecznej egzekucji” w razie wykreślenia spółki z o.o. z Krajowego Rejestru Sądowego.

Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 299 k.s.h., jak i większościowym poglądem orzecznictwa, w postępowaniu wytoczonym przeciwko członkom zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wierzyciel powinien wykazać istnienie stwierdzonego tytułem

²⁹ Zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2006 r., III CSK 164/06 (LEX nr 355404), „przyznanie spółce osobowej zdolności sądowej i procesowej ma taki skutek, że wyrok wydany przeciw takiej spółce nie korzysta, co do zasady, z powagi rzeczy osądzonej przeciwko wspólnikom oraz, że wyrok zapadły przeciwko wspólnikom nie ma powagi rzeczy osądzonej przeciwko spółce”.

³⁰ G. Nita-Jagielski, [w:] J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Tofel, R. Zawlocki, *Kodeks prawa spółek. Komentarz*, Warszawa 2014, Legalis.

³¹ Por. m.in.: T. Szczurowski, [w:] M. Chomiuk, A. Gierat, A. Krysiak, B. Borowy, D. Czura-Kalinowska, D. Kupryjańczyk, I.B. Mika, K. Bilewska, M. Chomiuk, M. Stanik, M.J. Skrodzka, K. Skrodzki, R. Pabis, R. Siwik, S. Zarębińska, T. Bieniek, R. Machaj, T. Szczurowski, U. Roge, Z. Jara, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 299 k.s.h.*, Warszawa 2014, Legalis; A. Szajkowski, T. Tarska, [w:] S. Soltysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, M. Tarska, A. Herbet, *Kodeks spółek handlowych, Komentarz do art. 299 k.s.h.*, t. 2, Warszawa 2014, Legalis; R. Pabis, [w:] J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Tofel, R. Zawlocki, *Kodeks prawa spółek. Komentarz do art. 299 k.s.h.*, Warszawa 2014, Legalis; J. Strzępka, E. Zielińska, [w:] J. Strzępka (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 299 k.s.h.*, Warszawa 2013, Legalis; M. Rodzynkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 299 k.s.h.*, Warszawa 2014, LEX.

egzekucyjnym zobowiązania powstałego w czasie, gdy pozwany był członkiem zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. W świetle wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2014 r.³², prawomocny wyrok zapadły przeciwko spółce korzysta z powagi rzeczy osądzonej, toteż w sprawie wytoczonej na podstawie art. 299 k.s.h. nie można skutecznie kwestionować istnienia zobowiązania z uwagi na zaistnienie jakiegokolwiek okoliczności, mającej miejsce przed wydaniem orzeczenia. Jedyne zarzuty jakie mogą unicestwić istnienie zobowiązania, to zarzuty powstałe już po wydaniu przedmiotowego tytułu egzekucyjnego. W takim przypadku nie dochodzi do podważenia ustaleń faktycznych leżących u podstaw wydania wyroku, a ma się do czynienia jedynie z wygaśnięciem zobowiązania. W kontekście powyższego należy stwierdzić, iż wierzyciel nie może wykazywać istnienia zobowiązania przeciwko spółce dopiero w postępowaniu o zapłatę przeciwko członkowi zarządu. Na etapie postępowania powinien bowiem istnieć już tytuł egzekucyjny. Wskazuje na to również sama wykładnia literalna art. 299 k.s.h. W konsekwencji, w kwestii odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania spółki należy rozważyć dwa przypadki. Pierwszy, gdy wierzyciel nie uzyskał przeciwko spółce tytułu egzekucyjnego przed jej wykreśleniem z Krajowego Rejestru Sądowego. Drugi, w sytuacji gdy spółka zostanie wykreślona z Krajowego Rejestru Sądowego zaraz po uprawomocnieniu się orzeczenia, a więc w praktyce postępowanie egzekucyjne albo nie zostało jeszcze wszczęte, albo jest we wstępnej fazie. W pierwszym wypadku, Sąd Najwyższy w drodze wyjątku, w wyroku z dnia 13 grudnia 2006 r.³³ dopuścił możliwość skierowania przeciwko członkom zarządu powództwa pomimo braku uprzedniego wydania jakiegokolwiek tytułu egzekucyjnego. Na gruncie wyżej wymienionego orzeczenia uznano, iż „wobec utraty przez spółkę bytu prawnego (...) zachodzi szczególnie uzasadniony wypadek (...) pozwalający w drodze wyjątku na wykazanie istnienia wierzytelności wobec spółki w procesie przeciwko członkom jej zarządu”. Jednocześnie jednak Sąd Najwyższy podtrzymał, iż zasadą jest uzyskanie przez wierzyciela tytułu egzekucyjnego, bądź to w postaci wyroku bądź w postaci wyciągu z ustalonej na podstawie art. 296 p.u.n. listy wierzytelności. W konsekwencji, wskazany powyżej wyjątek nie powinien być interpretowany rozszerzająco. Potwierdza to wskazywane już powyżej orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2014 r., w którym odwrotnie niż w wyroku z dnia 13 grudnia 2006 r., uznano, iż pomimo wykreślenia spółki, w powództwie na podstawie art. 299 k.s.h. niewystarczającym jest przedłożenie przez wierzyciela niewykonalnego tytułu egzekucyjnego, tj. np. uchylonego wyroku. W ocenie Sądu Najwyższego samo wykreślenie spółki z Krajowego Rejestru Sądowego „nie daje zaś podstaw do odejścia od wymogu przedłożenia przez wierzyciela tytułu egzekucyjnego”. Odmienna interpretacja art. 299 k.s.h. doprowadziłaby do zbędnego rozszerzenia zakresu odpowiedzialności członków zarządu, którzy mogą być pozwani przez wierzyciela również na podstawie art. 415 k.c. Przechodząc do drugiego przypadku, należy wskazać, iż samo wykreślenie spółki z Krajowego Rejestru Sądowego po uprawomocnieniu się wydanego przeciwko niej orzeczenia nie stanowi przeszkody do wytoczenia powództwa z 299 k.s.h. Wszelkie wskazane w podrozdziale 3.1. okoliczności uzasadniające wykazanie bezskutecznej egzekucji pozostają bowiem aktualne również w omawianym przypadku, a więc wierzyciel, wykazując bezskuteczność egzekucji,

³² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2014 r., I CSK 286/13 (Legalis nr 1160419).

³³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 2006 r., II CSK 300/06 (Legalis nr 88372).

może się oprzeć się na postanowieniu o umorzeniu egzekucji wydanym innemu wierzycielowi spółki tudzież odmowie wszczęcia egzekucji.

4. Porównanie pozycji wierzyciela w razie wykreślenia dłużnika po przeprowadzeniu likwidacji oraz na zasadzie art. 25a u.k.r.s.

Jak wskazano w podrozdziale 3.1. wspólnicy spółek osobowych, w przeciwieństwie do wspólników i akcjonariuszy spółek kapitałowych, odpowiadają za zobowiązania spółki. Ich odpowiedzialność jest osobista, nieograniczona i subsydiarna³⁴. W konsekwencji, jeżeli egzekucja z majątku spółki okaże się bezskuteczna, mogą oni po spełnieniu przesłanek określonych w k.p.c., skierować egzekucję do majątku wspólnika. W przypadku spółek kapitałowych sytuacja wygląda inaczej. Wspólnicy oraz akcjonariusze odpowiadają, co do zasady, jedynie wtedy, gdy w zamian za udziały lub akcje wnieśli oni wkłady niepieniężne mające wady (art. 14 k.s.h.). Niemniej jednak, jak wskazano w podrozdziale 3.2., za zobowiązania spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, na podstawie art. 299 k.s.h., mogą odpowiadać członkowie zarządu. W k.s.h., w dziale drugim, rozdziale 8, regulującym odpowiedzialność cywilnoprawną członków zarządu w spółce akcyjnej nie zamieszczono odpowiednika art. 299 k.s.h. W celu usystematyzowania wyводу osobno porównano odpowiedzialność za zobowiązania spółek osobowych wykreślonych z Krajowego Rejestru Sądowego po zakończeniu likwidacji oraz na zasadzie art. 25a u.k.r.s., a osobno sytuację prawną wierzycieli spółek kapitałowych.

4.1. Sytuacja wierzyciela spółek osobowych

Jak wskazano w pkt 3.2., sąd nada klauzulę wykonalności przeciwko wspólnikowi spółki jawnej dopiero, gdy egzekucja z majątku spółki okaże się bezskuteczna (art. 31 k.s.h.). Jednocześnie istnieją dwie możliwości uzyskania klauzuli wykonalności przeciwko wspólnikowi spółki jawnej. Pierwszą z nich stanowi art. 778¹ k.p.c., zgodnie z którym sąd może nadać klauzulę wykonalności przeciwko wspólnikowi ponoszącemu odpowiedzialność bez ograniczenia całym swoim majątkiem za zobowiązania spółki na podstawie tytułu egzekucyjnego wydanemu przeciwko spółce osobowej. Drugą, jest możliwość uzyskania w procesie przeciwko wspólnikowi lub przeciwko spółce i wspólnikowi prawomocnego orzeczenia. Z uwagi na fakt, iż w pierwszej sytuacji sąd nie może nadać klauzuli wykonalności w trybie art. 787 k.p.c. przeciwko małżonkowi wspólnika, co jednocześnie ogranicza egzekucję wyłącznie do majątku osobistego wspólnika, w artykule analizowano sytuację, w której wierzyciel pozywa wspólnika spółki jawnej w odrębnym procesie i uzyskuje przeciwko niemu tytuł egzekucyjny³⁵. W konsekwencji powyższego, w klasycznej sytuacji dochodzenia przez wierzyciela zaspokojenia wierzytelności z majątku wspólnika spółki jawnej, nadanie klauzuli wykonalności przeciwko wspólnikom poprzedzać będzie wytoczenie powództwa

³⁴ B. Borowy, [w:] M. Chomiuk, A. Gierat, A. Krysiak, B. Borowy, D. Czura-Kalinowska, D. Kupryjańczyk, I.B. Mika, K. Bilewska, M. Chomiuk, M. Stanik, M.J. Skrodzka, K. Skrodzki, R. Pabis, R. Siwik, S. Zarębińska, T. Bieniek, R. Machaj, T. Szczurowski, U. Roge, Z. Jara, *Kodeks: ... , op. cit.*, Legalis.

³⁵ Tak Sąd Najwyższy – Izba Cywilna w uchwale z dnia 12 maja 2005 r., III CZP 21/05 (Legalis nr 68573).

przeciwko spółce, a następnie przeprowadzenie przeciwko niej postępowania egzekucyjnego. W innym wypadku wierzyciel, pomimo uwzględnienia przez sąd jego powództwa, nie uzyska przeciwko współnikowi odpowiadającemu osobiście za zobowiązania spółki klauzuli wykonalności, a tym samym nie będzie mógł żądać spełnienia zasądanego wyrokiem świadczenia w drodze przymusu państwowego. W kontekście wykreślenia spółki z Krajowego Rejestru Sądowego, należy rozważyć zatem dwa przypadki. Pierwszy, gdy wierzyciel wytacza powództwo przeciwko Skarbowi Państwa, jako następcy prawnemu wykreślonego z Krajowego Rejestru Sądowego podmiotu, w terminie roku od chwili nabycia mienia przez Skarb Państwa, czyli w terminie po którym wygasa odpowiedzialność następcy prawnego wykreślonej spółki. Drugi, gdy wierzyciel wytacza to samo powództwo przeciwko Skarbowi Państwa, ale już po upływie wskazanego powyżej terminu. Przedstawione powyżej zagadnienia są o tyle istotne, iż co do zasady podstawą wszczęcia egzekucji, a tym samym wykazania jej bezskuteczności, jest tytuł egzekucyjny w postaci prawomocnego orzeczenia. Wykreślenie spółki z Krajowego Rejestru Sądowego powoduje utratę zdolności sądowej, a więc możliwości występowania w procesie jako strona³⁶. W pierwszym przypadku, a więc przed upływem rocznego terminu, po wykazaniu przez wierzyciela istnienia roszczenia, sąd powinien uwzględnić powództwo wierzyciela wobec Skarbu Państwa. Bez znaczenia przy tym jest okoliczność, czy w momencie wyrokowania przejęty przez Skarb Państwa majątek wykreślonej spółki wystarczy na zaspokojenie roszczenia. Oprócz wykazania przez wierzyciela ogólnych przesłanek umożliwiających uwzględnienie powództwa, istotnym jest jedynie wskazanie, że Skarb Państwa jest następcą prawnym dłużnika oraz, że nie upłynął termin z art. 25e u.k.r.s. W drugim przypadku sytuacja wygląda odmiennie. Zgodnie z art. 25e u.k.r.s., upływ rocznego terminu powoduje bowiem wygaśnięcie odpowiedzialności Skarbu Państwa za zobowiązania wykreślonego z Krajowego Rejestru Sądowego podmiotu. Wniezione przez wierzyciela powództwo powinno zatem zostać oddalone. Sytuacja ta rodzi poważne konsekwencje. Co prawda, zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2006 r., wyrok wydany przeciwko spółce nie korzysta z powagi rzeczy osądzonej w postępowaniu przeciwko spółce, niemniej jednak wierzyciel, wnosząc powództwo przeciwko spółce, może mieć trudności w wykazaniu bezskuteczności egzekucji przeciwko spółce. Bez wątpliwości jednak, jak wskazano w uzasadnieniu do projektu ustawy³⁷ upływ terminu z art. 25e u.k.r.s. nie powoduje wygaśnięcia odpowiedzialności współników za zobowiązania wykreślonego podmiotu. Tym samym, jeżeli nie upłynął termin przedawnienia roszczenia lub współnik nie podniósł w procesie zarzutu przedawnienia, powództwo przeciwko spółce powinno zostać uwzględnione. Bezskuteczność egzekucji może być zaś wykazana przez wierzyciela za pomocą różnych środków dowodowych. Wydaje się, że nie jest konieczne stwierdzenie jej w postępowaniu egzekucyjnym. Dostateczne może być, aby wierzyciel wykazał, iż majątek spółki nie wystarczył na zaspokojenie roszczenia innego wierzyciela. Niemniej jednak, w praktyce może to nastęrczać trudności. Brak zaś klauzuli wykonalności przeciwko spółce powoduje, iż odpowiedzialność współników spółek osobowych za zobowiązania spółki będzie iluzoryczna. Wierzyciel nie będzie bowiem mógł w drodze przymusu domagać się spełnienia zasądanego mu świadczenia. Być może

³⁶ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 listopada 2005 r., II CK 320/05 (LEX nr 186819).

³⁷ *Uzasadnienie projektu...*, s. 22.

rozwiązaniem niniejszego problemu jest uznanie, iż już samo wykreślenie podmiotu z Krajowego Rejestru Sądowego na zasadzie art. 25a i nast. u.k.r.s. jest równoznaczne z bezskutecznością egzekucji. Za wskazanym powyżej rozwiązaniem przemawia wykładnia celowościowa art. 25a u.k.r.s., jak i analiza przesłanek wykreślenia podmiotu z Krajowego Rejestru Sądowego. Bardzo ważna jest zatem wykładnia przez sąd rejestrowy przesłanek „prowadzenia działalności gospodarczej” i „zbywalnego majątku” w postępowaniu o wykreślenie podmiotu bez przeprowadzenia likwidacji. Nadto, wykreślenie spółki z Krajowego Rejestru Sądowego powoduje, iż wierzyciel nie może uzyskać klauzuli wykonalności przeciwko współnikowi na podstawie tytułu egzekucyjnego wydanego przeciwko spółce (art. 778¹ k.p.c.), więc jedyną ewentualną drogą jest uzyskanie tytułu egzekucyjnego przeciwko współnikowi. Generuje to jednak dodatkowe koszty postępowania. Sytuacja wygląda zupełnie inaczej, gdy podmiot pomimo zaprzestania prowadzenia działalności jest nadal wpisany do Krajowego Rejestru Sądowego. Niemniej jednak, ma się wtedy do czynienia z utrzymywaniem fikcji prawnej. Można uznać, iż koniecznym jest wyważenie z jednej strony interesów wierzyciela, z drugiej strony pewności obrotu gospodarczego.

4.2. Sytuacja wierzycieli spółek kapitałowych

Jak wskazano powyżej, na podstawie art. 299 k.s.h. członkowie zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością ponoszą odpowiedzialność za jej zobowiązania, jeżeli egzekucja z majątku spółki okazała się bezskuteczna. Ich odpowiedzialność za zobowiązania spółki jest solidarna, subsydiarna oraz odszkodowawcza³⁸. „Ustawodawca, dostrzegając możliwe do wystąpienia w niektórych sytuacjach po stronie wierzyciela trudności dowodowe w zakresie wykazania szkody i jej wysokości, zdecydował się na powiązanie z wykazaniem przesłanki bezskuteczności egzekucji wierzytelności dochodzonej od spółki wzruszalnego domniemania prawnego (*praesumptio iuris tantum*) doznania szkody w wysokości niewyegzekwowanej wierzytelności”³⁹. Tym samym, w procesie przeciwko członkom zarządu na podstawie art. 299 k.s.h., inaczej niż w procesie wszczętym na podstawie art. 415 i n. k.c., na wierzycielu spoczywa jedynie wymóg wykazania istnienia wierzytelności przeciwko spółce oraz bezskuteczność egzekucji z jej majątku. Niemniej jednak, jak wskazano w podrozdziale 3.2., zgodnie z przeważającą linią orzeczniczą, w postępowaniu wszczętym na podstawie art. 299 k.s.h., wierzyciel musi już posiadać tytuł egzekucyjny wystawiony przeciwko spółce. Nie może on wykazywać bowiem istnienia przysługującej mu wierzytelności dopiero w procesie przeciwko członkom zarządu. Tym samym wykreślenie podmiotu z Krajowego Rejestru Sądowego, skutkujące utratą przez spółkę zdolności sądowej, uniemożliwi wierzycielowi uzyskanie wystawionego przeciwko spółce tytułu egzekucyjnego. W razie wykreślenia spółki z Krajowego Rejestru Sądowego przed wytoczeniem powództwa, sąd na podstawie art. 199 § 3 k.p.c. powinien odrzucić pozew. W razie zaś wykreślenia spółki z Krajowego Rejestru Sądowego w trakcie postępowania, postępowanie, zgodnie z art. 355 k.p.c., powinno zostać umorzone. W konsekwencji, jak wskazano powyżej, w obu przypadkach

³⁸ W doktrynie i orzecznictwie istnieje spór co do charakteru odpowiedzialności członka zarządu za zobowiązania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

³⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 września 2014 r., II CSK 790/13 (LEX nr 1506784).

uzyskanie tytułu egzekucyjnego przeciwko spółce będzie niemożliwe. Wprowadzony nowelizacją art. 25e u.k.r.s., w razie wykreślenia dłużnika z Krajowego Rejestru Sądowego bez przeprowadzenia likwidacji, umożliwia pozwanie Skarbu Państwa, tj. następcy prawnego wykreślonego podmiotu. Uwzględniając powództwo sąd „w wyroku przyzna Skarbowi Państwa prawo do powołania się w toku postępowania egzekucyjnego na ograniczenie odpowiedzialności (art. 319 k.p.c.)”. Egzekucja w takim przypadku będzie prowadzona wyłącznie z majątku wykreślonego podmiotu przejętego przez Skarb Państwa. Niemniej jednak w razie niezaspokojenia roszczenia, wierzyciel nie będzie miał problemów z wykazaniem bezskuteczności egzekucji przeciwko spółce w postępowaniu na zasadzie art. 299 k.s.h. Może on w takiej sytuacji przedstawić w postępowaniu dokument stwierdzający bezskuteczność egzekucji przeciwko Skarbowi Państwa (następcy prawnemu wykreślonego z Krajowego Rejestru Sądowego podmiotu). Tym samym, w sytuacji wykreślenia spółki na zasadzie art. 25a u.k.r.s. w trakcie postępowania sądowego dojdzie do zawieszenia postępowania (art. 174 § 1 pkt 1 k.p.c.), a nie jego umorzenia (art. 355 k.p.c.). W przypadku braku normy prawnej wyrażonej w art. 25e u.k.r.s. zawieszenie postępowania, co do zasady nie byłoby możliwe, bowiem brak zdolności sądowej spółki nie mógłby zostać usunięty i postępowanie musiałoby zostać umorzone.

Wątpliwości nasuwają się jednak w razie wytoczenia przez wierzyciela powództwa przeciwko Skarbowi Państwa po upływie roku od chwili wykreślenia podmiotu z Krajowego Rejestru Sądowego. Zgodnie z uzasadnieniem do projektu ustawy, jak i redakcją art. 25e u.k.r.s., wskazany w przepisie termin roczny powoduje wygaśnięcie roszczenia wierzycieli wobec Skarbu Państwa. Jak wskazano w uzasadnieniu do projektu⁴⁰ dyspozycja art. 25e nie narusza przepisów o przedawnieniu roszczenia, niemniej jednak, w takiej sytuacji wierzyciel może w postępowaniu na zasadzie art. 299 k.s.h. mieć trudności z wykazaniem bezskutecznej egzekucji przeciwko spółce. W konsekwencji, wątpliwe jest czy w sytuacji wykreślenia podmiotu z Krajowego Rejestru Sądowego i braku wszczęcia przez wierzyciela postępowania przeciwko Skarbowi Państwa w terminie roku od dnia wykreślenia podmiotu z wyżej wymienionego rejestru, wierzyciel mógłby poszukiwać ochrony na zasadzie art. 299 k.s.h. Wykazanie przez wierzyciela istnienia roszczenia musiałoby bowiem nastąpić w procesie przeciwko członkom zarządu, na co nie pozwala orzecznictwo. Co prawda, w pewnych przypadkach Sąd Najwyższy dopuścił możliwość przyznania ochrony wierzycielowi, pomimo niedysponowania przez niego tytułem egzekucyjnym, niemniej należy przyjąć, iż jest to sytuacja wyjątkowa. Ocena, czy w przypadku wykreślenia tzw. martwego podmiotu z rejestru zachodzi nadzwyczajna okoliczność uzasadniająca dopuszczenie możliwości przyznania wierzycielowi ochrony na zasadzie art. 299 k.s.h. bez uprzedniego uzyskania tytułu egzekucyjnego, zapewne będzie przedmiotem rozważań sądów powszechnych.

5. Zakończenie

Analiza zmian wprowadzonych ustawą o zmianie ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym i innych ustaw wskazuje, iż głównym celem nowelizacji było zagwarantowanie większej pewności obrotu gospodarczego i wiarygodności danych poprzez wykreślenie z Krajowego

⁴⁰ *Uzasadnienie projektu...*, s. 22.

Rejestru Sądowego tzw. podmiotów martwych. Jest to słuszne założenie, aczkolwiek w postępowaniu o rozwiązanie podmiotu wpisanego do Krajowego Rejestru Sądowego bez przeprowadzenia likwidacji bardzo ważnym jest, aby dane zapewnione sądom rejestrowym jak najbardziej odzwierciedlały stan majątkowy i faktyczny wykreślonej spółki. W przeciwnym razie może dojść do pokrzywdzenia wierzyciela, który nie wytoczy w upływie roku powództwa przeciwko Skarbowi Państwa. Jest to o tyle istotne, iż termin przedawnienia roszczenia związanego z prowadzeniem działalności gospodarczej wynosi 3 lata, a więc jest o dwa lata dłuższy. W związku z powyższym, w obrocie gospodarczym mogą zdarzać się przypadki, w których wierzyciel spółki, wykreślonej z Krajowego Rejestru Sądowego bez przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego, nie wytoczy powództwa przeciwko Skarbowi Państwa w terminie roku, a tym samym realna możliwość zaspokojenia jego roszczenia będzie dużo mniejsza i bardziej czasochłonna niż wierzyciela spółki wykreślonej z rejestru po zakończeniu postępowania likwidacyjnego.

Deleting a commercial company from the National Court Register and responsibility for its outstanding liabilities

S u m m a r y

The introduction to the Polish legal system of the model of dissolution of companies without going into liquidation has caused the necessity to control the security interests of the creditors removed from the register of companies. As a result, in a section 25a of the Act on the National Court Register it was indicated that the Treasury will be responsible for the liabilities of the acquired entities plotted property. There is a need to analyze the issue of member's liability of partnerships and board members of limited liability for the obligations of the company, where the execution of the assets has been taken over by the Treasury proved ineffective. The first part of the article presents the principles of deletion of the entity from the Register of Entrepreneurs which constitutes part of the National Court Register. This part of article also presents the liability rules of the State Treasury as a successor to the entity which was deleted from the National Court Register. Second part of the article presents the situation when the company was deleted from the Register of Entrepreneurs after winding-up proceedings. The main attention is focused on methods of the investigation by the creditors of the shareholders, and members of board, deleted company's outstanding liabilities. In the third and final part of the article, you can find a comparison of the range of powers of creditors of the companies plotted pursuant to paragraph 25 of the Act on the National Court Register with a legal situation and range of power of company's creditors which was deleted from the National Court Register after liquidation proceedings.

**OBOWIĄZEK ZWROTU ODPRAWY PIENIĘŻNEJ WYPŁACONEJ NA PODSTAWIE USTAWY
O SZCZEGÓLNYCH ZASADACH ROZWIĄZYWANIA Z PRACOWNIKAMI STOSUNKÓW PRACY
Z PRZYCZYNY NIEDOTYCZĄCYCH PRACOWNIKÓW**

1. Uwagi wstępne

Zwolnienia z przyczyn niedotyczących pracowników¹ są nieodłącznym elementem funkcjonowania gospodarki rynkowej². Ta bowiem, cechując się z jednej strony wysoką konkurencyjnością, z drugiej zaś coraz częstszym występowaniem okresów dekonunktury, wymusza częstą restrukturyzację przedsiębiorstw, której elementem jest również zmiana struktury zatrudnienia, polegająca m.in. na jego ograniczaniu.

Problematyka ta w latach 60. i 70. XX wieku została dostrzeżona przez Międzynarodową Organizację Pracy³ oraz Wspólnotę Europejską⁴, które przyjęły regulacje mające na celu wprowadzenie do ustawodawstw krajowych systemu osłon dla zwalnianych pracowników, którego istotnym składnikiem jest odprawa pieniężna dla pracowników zwalnianych z przyczyn ich niedotyczących⁵.

Głównym aktem prawa krajowego⁶ regulującym tę kwestię jest ustawa z dnia 13 marca 2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników⁷ (dalej: u.z.g.), która z dniem 1 stycznia 2004 r. zastąpiła⁸ ustawę z 28 grudnia 1989 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami

* Autor jest studentem na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

¹ Na temat pojęcia przyczyny niedotyczącej pracownika por. Ł. Pisarczyk, [w:] Ł. Pisarczyk, M. Latos-Milkowska, *Zwolnienia z przyczyn niedotyczących pracownika*, Warszawa 2005, s. 29–39.

² W gospodarce centralnie sterowanej postulat pełnego zatrudnienia i praktyka jego realizacji wykluczały możliwość rozwiązania stosunku pracy z przyczyn niedotyczących pracowników.

³ Por. nieratyfikowaną przez Polskę Konwencję MOP nr 158 dotyczącą rozwiązania stosunku pracy z inicjatywy pracodawcy oraz Zalecenie nr 166 MOP.

⁴ Dyrektywa Nr 98/59/WE Rady z 20 lipca 1998 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do zwolnień grupowych (Dz. Urz. WE L 225 z dnia 12 sierpnia 1998 r., s. 16; tekst polski: Dz. Urz. UE *Polskie Wydanie Specjalne*, rozdz. 05, t. 3, s. 327).

⁵ Konwencja MOP nr 158 posługuje się w tym względzie pojęciem przyczyn gospodarczych, technologicznych, strukturalnych lub podobnych (ang. *economic, technological, structural or similar reasons*).

⁶ Na temat pozostałych regulacji krajowych por. Ł. Pisarczyk, *op. cit.*, s. 17–23.

⁷ Ustawa z dnia 13 marca 2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników (tekst jednolity Dz.U. z 2015 r., poz. 192).

⁸ Na temat najistotniejszych zmian w obu ustawach zob. K. Walczak, *Zasady zwolnień grupowych pracowników w latach 2003–2004 – podobieństwa i różnice*, MoPR 2004, nr 1.

stosunków pracy z przyczyn dotyczących zakładu pracy⁹. Ustawa o zwolnieniach grupowych przyznaje pracownikom prawo do odprawy pieniężnej, której wysokość wyrażona w miesięcznych wynagrodzeniach zwalnianego pracownika uzależniona jest od zakładowego stażu pracy. Odprawa ta przysługuje jednak wyłącznie pracownikom zatrudnianym przez pracodawców, których stan zatrudnienia wynosi co najmniej dwudziestu pracowników, z którymi rozwiązano stosunek pracy z przyczyn ich niedotyczących w jednym z trybów przewidzianych ustawą o zwolnieniach grupowych (grupowym – art. 1 lub indywidualnym – art. 10). Prawa do odprawy pozbawieni zostali zatem pracownicy zatrudniani przez pracodawców nieobjętych podmiotowym zakresem regulacji, jak również pracownicy, z którymi stosunek pracy został rozwiązany w innym trybie¹⁰. Powstanie prawa do odprawy następuje z chwilą rozwiązania stosunku pracy¹¹.

2. Obowiązek zwrotu odprawy w razie uwzględnienia przez Sąd odwołania od wypowiedzenia umowy na podstawie ustawy o zwolnieniach grupowych

Pracownikom, którym wypowiedziano stosunki pracy na podstawie u.z.g. przysługuje prawo odwołania do sądu pracy na zasadach ogólnych określonych w k.p.¹² Pracownikom tym przysługują zatem roszczenia o uznanie wypowiedzenia umowy za bezskuteczne lub o odszkodowanie, zaś po upływie okresu wypowiedzenia o przywrócenie do pracy. W konsekwencji w praktyce orzeczniczej pojawiały się wątpliwości dotyczące tego, czy odprawy pieniężne wypłacone pracownikom na podstawie u.z.g. nie stały się świadczeniami nienależnymi wskutek uznania przez sąd zasadności odwołań pracowników od wypowiedzeń umów o pracę. Wątpliwości te z oczywistych względów nie dotyczyły obowiązku zwrotu odprawy w razie uwzględnienia przez sąd pracy żądania uznania wypowiedzenia za bezskuteczne – w tym jedynym bowiem wypadku roszczenie o zapłatę odprawy pieniężnej w ogóle nie powstaje.

2.1. Zwrot odprawy pieniężnej w razie uwzględnienia powództwa o odszkodowanie za niezgodne z prawem rozwiązanie stosunku pracy

Kwestia zwrotu odprawy pieniężnej wypłaconej na podstawie u.z.g. pojawiła się w sprawach, w których pracownicy wnosili o odszkodowanie za niezgodne z prawem wypowiedzenie umowy o pracę. Problem dopuszczalności zbiegu roszczenia o odprawę z roszczeniem o odszkodowanie został w tej kwestii przesądzony uchwałą Sądu Najwyższego z 13 grudnia 1990 r., w uzasadnieniu której Sąd Najwyższy słusznie wskazał na niezależność obu roszczeń

⁹ Ustawa z dnia 28 grudnia 1989 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn dotyczących zakładu pracy (tekst jednolity Dz.U. z 2002 r. Nr 112, poz. 980 ze zm.).

¹⁰ Tak też: L. Krysińska-Wnuk, *Regulacja prawna zwolnień grupowych pracowników*, Warszawa 2009, s. 153. Na temat prawa do odprawy pracowników rozwiązujących stosunki pracy z własnej inicjatywy z przyczyn dotyczących pracodawcy por. uwagi K. Barana, *Zbiorowe prawo pracy. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 489.

¹¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 października 1999 r., I PKN 320/99, (OSNAPiUS 2001 nr 5, poz. 156) (*a contrario*). Inaczej K. Baran, *Uprawnienia pracowników w ramach zwolnień grupowych*, MoPR 2006, nr 5, s. 245.

¹² Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz.U. z 2014 r., poz. 1502 ze zm.).

wynikającą z faktu, że dotyczą one dwóch różnych uprawnień pracownika przysługujących mu w odmiennych sytuacjach, opartych na innych podstawach faktycznych i prawnych¹³.

Pogląd ten, jakkolwiek aktualny i powszechnie przyjęty w praktyce orzeczniczej, został przez część składów orzekających w stosunku do zwolnień indywidualnych dokonywanych na podstawie art. 10 ust. 1 u.z.g. zrelatywizowany do treści zarzutów podnoszonych przez pracownika w odwołaniu od wypowiedzenia umowy o pracę.

Między innymi w wyroku z 5 października 2007 r.¹⁴ wydanym w sprawie, w której pracownik skutecznie wykazał przed sądem pozorność przyczyny wypowiedzenia, Sąd Najwyższy przyjął, iż skutkiem ustalenia w toku procesu sądowego braku przyczyn niedotyczących pracownika, które uzasadniałyby wypowiedzenie umowy o pracę, musi być uznanie bezpodstawności (art. 410 § 2 k.c.) wypłaty odprawy pieniężnej¹⁵.

Powyższe stwierdzenie Sądu Najwyższego wydaje się być jedynie częściowo zasadne. Przesłanką nabycia przez pracownika prawa do odprawy pieniężnej na podstawie art. 8 w związku z art. 10 ust. 1 u.z.g. jest, co prawda, dokonanie zwolnienia z wyłącznej przyczyny niedotyczącej pracownika, jednakże stwierdzenie w toku procesu pozorności przyczyny wypowiedzenia umowy o pracę nie uzasadnia *per se* wniosku, że przyczyna niedotycząca pracownika nie istnieje w ogóle¹⁶.

W związku bowiem z wprowadzonym nową u.z.g. dychotomicznym¹⁷ podziałem przyczyn uzasadniających wypowiedzenie umowy o pracę na przyczyny dotyczące i niedotyczące pracowników prawidłowa wykładnia art. 1 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 w zw. z art. 10 ust. 1 u.z.g. nakazywałaby uznać za przyczyny niedotyczące pracownika wszystkie okoliczności niezwiązane z jego cechami psychofizycznymi i sposobem wywiązywania się przez niego z obowiązków pracowniczych¹⁸. Do przyczyn tych zaliczyć należy okoliczności leżące po stronie pracodawcy i inne, które nie leżą po stronie pracodawcy, ale również nieleżące po stronie pracownika stanowiące wyłączną przyczynę rozwiązania stosunku pracy¹⁹. Konsekwentnie

¹³ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 1990 r., III PZP 22/90 (OSNCP 1991, nr 5–6, poz. 64); wyroki Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2000 r., I PKN 499/99 (OSNAPiUS 2001, nr 12, poz. 407); z dnia 21 czerwca 2005 r., II PK 304/04 (OSNAPiUS 2006, nr 3–4, poz. 45).

¹⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 października 2007 r., II PK 29/07, (MoPr 2008 nr 1, s. 30).

¹⁵ Por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 5 października 2007 r., I PK 22/08 (OSNAPiUS 2010, nr 3–4, poz. 32); z dnia 6 stycznia 2009 r., II PK 117/08 (Legalis nr 230689); z dnia 22 czerwca 2011 r., II PK 4/11 (OSNAPiUS 2012, nr 15–16, poz. 192); z dnia 25 stycznia 2012 r., II PK 102/11 (OSNAPiUS 2012, nr 23–24, poz. 289).

¹⁶ Analogicznie Sąd Najwyższy przyjął, iż samo ustalenie pozorności dotyczącej pracownika przyczyny wypowiedzenia umowy o pracę nie oznacza, że wypowiedzenie zostało dokonane z przyczyn pracownika niedotyczących – por. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 września 2008 r., I PK 22/08 (OSNAPiUS 2010, nr 3–4, poz. 32).

¹⁷ Por. art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 29 grudnia 1989 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn dotyczących zakładu pracy (*a contrario*).

¹⁸ Podobnie Ł. Pisarczyk, *op. cit.*, s. 30.

¹⁹ Por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 24 marca 2011 r., I PK 185/10 (Legalis nr 429238); z dnia 6 lipca 2011 r., II PK 51/11 (OSNAPiUS 2012, nr 17–18, poz. 219); z 30 września 2011 r., III PK 14/11 (OSNAPiUS 2012, nr 21–22, poz. 256); z dnia 21 września 2012 r., II PK 53/12 (Legalis nr 550519) i powołane w nich orzeczenia.

zatem rozwiązanie z pracownikiem umowy o pracę bez jakiegokolwiek przyczyny²⁰ kwalifikować należałoby jako rozwiązanie stosunku pracy z przyczyny pracownika niedotyczącej i przeto wypełniającej warunek, o którym mowa w art. 10 ust. 1 u.z.g. Ciężar dowodu okoliczności przeciwnej, tj. istnienia nieujawnionej w oświadczeniu pracodawcy przyczyny lub współprzyczyny dotyczącej pracownika i uzasadniającej wypowiedzenie umowy o pracę w sporze sądowym o zwrot odprawy pieniężnej zgodnie z zasadą *ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat* obciążać powinien w konsekwencji pracodawcę²¹.

2.2. Zwrot odprawy w razie przywrócenia pracownika do pracy

Za utrwalony w praktyce orzeczniczej Sądu Najwyższego uznać należy pogląd, że w razie przywrócenia pracownika do pracy wyrokiem sądowym, wypłacone pracownikowi poprzednio świadczenia w związku z rozwiązaniem stosunku pracy na podstawie u.z.g. stają się świadczeniami nienależnymi i jako takie podlegają zwrotowi na podstawie art. 405 w związku z art. 410 § 2 k.c. oraz w związku z art. 300 k.p.²²

Pogląd ten wyrażony został po raz pierwszy w wyroku z dnia 9 listopada 1990 r., w którym Sąd Najwyższy przyjął, iż przywrócenie pracownika zwolnionego na podstawie u.z.g. do pracy skutkuje odpadnięciem podstawy prawnej świadczenia (*condictio causa finita*), zaś wypłacona odprawa, jako nienależna podlega zaliczeniu na poczet wynagrodzenia, o którym mowa w art. 47 k.c.²³

Stanowisko powyższe jest jednak dyskusyjne. Przede wszystkim bowiem nie uwzględnia ono charakteru orzeczenia przywracającego pracownika do pracy. Zgodnie zaś z powszechnie przyjmowanym poglądem, orzeczenie przywracające pracownika do pracy nie działa *ex tunc* i nie czyni naruszającego przepisy prawa oświadczenia pracodawcy nieważnym z mocą wsteczną od momentu, w którym oświadczenie to zostało złożone, ale restytuuje stosunek pracy *ex nunc*, od dnia ziszczenia się warunku, o którym mowa (*a contrario*) w art. 48 § 1 k.p., tj. zgłoszenia przez pracownika gotowości do pracy w związku z prawomocnym orzeczeniem przywracającym go do pracy²⁴. Wypowiedzenie umowy o pracę nawet sprzeczne z prawem lub nieuzasadnione nie jest nieważne z mocy prawa²⁵.

Skoro zatem *de lege lata* wyłączną przesłanką nabycia przez zwalnianego pracownika prawa do odprawy pieniężnej na podstawie art. 8 u.z.g. jest rozwiązanie stosunku pracy

²⁰ Na przykład w sytuacji, w której przyczyna wypowiedzenia okazała się być pozorna, a brak jest jakiegokolwiek innej przyczyny uzasadniającej wypowiedzenie umowy o pracę.

²¹ Analogicznie w odwrotnej konfiguracji procesowej ciężar dowodu spoczywałby na pozywającym pracowniku.

²² Por. np. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 5 października 2007 r., II PK 29/07 (MoPr 2008, nr 1, s. 30); z dnia 11 września 2007 r., II PK 21/07 (Legalis nr 179132); z dnia 26 czerwca 2006 r., II PK 330/05 (OSNP 2007, Nr 13–14, poz. 188); z dnia 3 lutego 2006 r., II PK 158/05 (OSNP 2006, Nr 23–24, poz. 357); z dnia 3 października 2005 r., III PK 82/05 (OSNP 2006, Nr 15–16, poz. 239).

²³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 1990 r., I PR 351/90 (OSP 1991, nr 7, poz. 169).

²⁴ Tak chociażby: L. Florek, [w:] L. Florek (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 271 oraz J. Wrątny, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 134.

²⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 1997 r., I PKN 170/97 (OSNAPiUS 1998, nr 8, poz. 239).

w jednym z trybów przewidzianych tą ustawą²⁶, to ewentualne orzeczenie o przywróceniu go do pracy (skuteczne na przyszłość i bez mocy wstecznej) nie może przemawiać za odpadnięciem *causa* wypłaty tego świadczenia.

Wydaje się ponadto, że intencją ustawodawcy by warunkiem nabycia prawa do odprawy było wyłącznie rozwiązanie stosunku pracy z danym pracodawcą, nie zaś definitywne zakończenie z nim współpracy wskazuje instytucja prawa pierwszeństwa w zatrudnieniu uregulowana w art. 9 u.z.g.²⁷ Przyjęcie tezy przeciwnej prowadziłoby natomiast do kontrowersyjnego wniosku, że pracownik, który zwolniony z przyczyn go nie dotyczących zgłosił chęć powrotu do pracy u danego pracodawcy i zostanie następnie zatrudniony przez byłego pracodawcę odprawy zwracać nie musi, zaś pracownik przywrócony do pracy wręcz przeciwnie. Wydaje się, że intencją ustawodawcy nie było mniej korzystne uregulowanie sytuacji prawnej pracowników, wobec których pracodawca naruszył prawo niż tych, wobec których prawa nie przestrzegano.

3. Podsumowanie

Reasumując dotychczasowe uwagi poświęcone obowiązkowi zwrotu odprawy wypłaconej na podstawie ustawy o zwolnieniach grupowych, wskazać należy, że dotychczasowe orzecznictwo Sądu Najwyższego skłania się zdecydowanie w kierunku odmowy przyznania prawa do odprawy pieniężnej pracownikom, którym udało się skutecznie zakwestionować przyczynę wypowiedzenia umowy o pracę lub wygrać proces o przywrócenie do pracy.

Podstawy intelektualne, na których Sąd Najwyższy, a za nim sądy powszechne opierają swoje stanowisko o nienależności świadczenia nie wydają się być jednak zasadne. I tak, gdy chodzi o niespełnienie przesłanek ustawowych prawa do odprawy, to wskazać należy, że stanowisko Sądu Najwyższego oparte jest na zbyt wąskim rozumieniu pojęcia przyczyny niedotyczącej pracownika. Z kolei twierdzenie o odpadnięciu *causa* świadczenia w skutek wyroku przywracającego zwolnionego pracownika do pracy nie koresponduje z poglądem samego Sądu Najwyższego ani doktryny prawa pracy na kwestię charakteru prawnego orzeczenia o przywróceniu pracownika do pracy.

W ocenie autora, ze względu na argumenty przywołane w treści niniejszego opracowania, dotychczasową linię orzeczniczą uznać należy za niewłaściwą i postulować jej zmianę poprzez uznanie prawa zwalnianych na podstawie ustawy o zwolnieniach grupowych pracowników do odprawy zarówno w przypadku skutecznego zakwestionowania przez nich przyczyny wypowiedzenia umowy o pracę, jak również – niezależnie od podnoszonych zarzutów – przywrócenia ich do pracy na mocy orzeczenia sądu.

²⁶ Na temat przypadków, w których pracownikowi przysługuje odprawa pieniężna por. K. Walczak, [w:] J. Wratny, K. Walczak (red.), *Zbiorowe prawo pracy. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 559–561.

²⁷ Autor stoi przy tym na stanowisku, że nieprzyznanie przez ustawodawcę prawa pierwszeństwa w zatrudnieniu pracownikom zwalnianych w trybie indywidualnym stanowi niespójność aksjologiczną, którą należy rozwiązywać na korzyść tych pracowników, tj. przyznając również im prawo pierwszeństwa w zatrudnieniu.

**The obligation to return the severance allowance paid
on the basis of the law on the specific principles of terminating labour
relationships for reasons not attributable to employees**

S u m m a r y

Polish laws on collective dismissals grant employees right to severance allowance in case of dismissals based on reasons unrelated to employees. Prerequisites to the right mentioned rise question whether in case of successful appeal against dismissal of employment contract the severance allowance becomes undue. Current jurisprudence on this issue indicates that if the reason for dismissal turns out apparent or the employee is reinstated into work the legal basis of enrichment drops out and the severance allowance as undue becomes subject to reimbursement. The above statement is subject to critical analysis from the perspective of both Supreme Court's rulings on the legal character of judgement reinstalling the employee into the work and the range of the notion "reasons unrelated to employees" as well. Author postulates change in the jurisdiction that would grant wider right to severance allowance both to the employees that have been reinstalled into work or dismissed on the basis of reasons that have been appealed against.

GLOSÝ
(COMMENTARIES)

**GŁOSA DO WYROKU SĄDU NAJWYŻSZEGO
Z DNIA 18 GRUDNIA 2014 R. III UK 54/14****

„MAŁŻONKA ROZWIEDZIONA, KTÓRA PO ROZWODZIE NADAL OTRZYMYWAŁA OD BYŁEGO MĘŻA USTALONE UGODĄ SĄDOWĄ KWOTY UGODZONEGO OBOWIĄZKU PRZYCZYNIANIA SIĘ DO ZASPOKAJANIA POTRZEB RODZINY (ART. 27 K.R.O.), LEGITYMUJE SIĘ PO ŚMIERCI BYŁEGO MĘŻA DOBROWOLNYM TYTUŁEM ALIMENTACYJNYM WYMAGANYM DO NABYCIA PRAWA DO RENTY RODZINNEJ”.

1. Wprowadzenie

Odpowiedź na pytanie, kiedy osobie rozwiedzionej przysługuje prawo do renty rodzinnej z tytułu utraty żywiciela, przysparza coraz więcej poważnych problemów Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych Sądu Najwyższego. Artykuł 70 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (dalej: u.e.)¹ przyznaje rozwiedzionej małżonce prawo do renty rodzinnej, jeżeli oprócz spełniania warunków określonych w ust. 1 lub 2 art. 70 u.e., w dniu śmierci męża miała prawo do alimentów z jego strony, ustalone wyrokiem lub ugodą sądową. Określenie, jakie stany faktyczne wchodzi w zakres pojęcia „prawo do alimentów ustalone wyrokiem lub ugodą sądową” zdaje się stanowić istotę problemu. By ustalić tenże zakres, sięga się do k.r.o.² Artykuł 60 § 1 k.r.o. stanowi, iż małżonek rozwiedziony, który nie został uznany za wyłącznie winnego rozkładu pożycia i który znajduje się w niedostatku, może żądać od drugiego małżonka rozwiedzonego dostarczania środków utrzymania w zakresie odpowiadającym usprawiedliwionym potrzebom uprawnionego oraz możliwościom zarobkowym i majątkowym zobowiązanego. Z kolei § 2 dopuszcza możliwość sądowego ustalenia alimentacji wobec małżonka wyłącznie winnego rozkładu pożycia, chociażby ten nie znajdował się w niedostatku. W praktyce pojawia się również konieczność oceny w tym kontekście art. 27 k.r.o., na podstawie którego współmałżonek może uzyskać, na mocy orzeczenia sądu lub ugody, zobowiązanie drugiego małżonka do świadczenia na rzecz współmałżonka³. SN wielokrotnie wypowiedział się w tej kwestii⁴.

* Autorka jest studentką IV roku prawa na WPIA UW.

** Wyrok jest dostępny w bazie orzeczeń SN pod adresem: <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczzenia3/III%20UK%2054-14-1.pdf>, dostęp: 22.04.2015.

¹ Ustawa z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz.U. Nr 162, poz. 1118 ze zm.).

² Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jednolity: Dz.U. z 2012 r., poz. 788 ze zm.).

³ Art. 27 k.r.o.: Oboje małżonkowie obowiązani są, każdy według swych sił oraz swych możliwości zarobkowych i majątkowych, przyczyniać się do zaspokajania potrzeb rodziny, którą przez swój związek założyli (...).

⁴ Wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 22 stycznia 1998 r., II UKN 461/97 (OSNP 1999, nr 1, poz. 22); z dnia 12 września 2001 r., V CKN 445/00 (LEX nr 52490); z dnia 9 sierpnia 2007 r., I UK 67/07 (OSNP

Były to głównie rozstrzygnięcia podejmowane w składach trzyosobowych⁵. I tak oto SN 9 marca 2011 r. stwierdza, że małżonka rozwiedziona nabywa prawo do renty rodzinnej tylko wówczas, gdy w dniu śmierci męża miała – wyrokiem lub ugodą sądową – ustalone prawo do alimentów na podstawie art. 60 k.r.o. i że nie można tego prawa wywodzić z art. 27 k.r.o.⁶ Tymczasem 5 stycznia tego samego roku został wydany wyrok tej samej Izby, stwierdzający, że rozwiedziona legitymująca się ugodą sądową zobowiązującą małżonka do łożenia na jej rzecz na mocy art. 27 k.r.o., jest osobą uprawnioną do renty rodzinnej⁷.

Z odsieczą Sądowi Najwyższemu przybył Trybunał Konstytucyjny wydając 13 maja 2014 r. wyrok w przedmiocie zgodności z Konstytucją art. 70 ust. 3 u.e.⁸ Wyrok zakresowy Trybunału tym razem zostaje przywitany z ulgą. W będącym przedmiotem analizy orzeczeniu pada stwierdzenie: „Opisany wyrok Trybunału Konstytucyjnego, który wiąże z mocy art. 190 ust. 1 Konstytucji RP także Sąd Najwyższy, pozwolił usunąć wstępnie ujawnione rozbieżności w orzecznictwie najwyższej instancji sądowej, bez potrzeby poddania ich pod osąd składu powiększonego Sądu Najwyższego”.

Czy aby na pewno? Czy wyrok Trybunału faktycznie zakończył rozbieżności orzecznictwa w kwestii art. 70 ust. 3 u.e.? Trybunał wprawdzie zawęził pole dogmatycznych rozbieżności, jednak nie uniemożliwił zupełnie skrajnych rozstrzygnięć sądów na gruncie wspomnianego art. 70 w połączeniu z przepisami k.r.o. W końcu do Trybunału należy orzekanie o zgodności z Konstytucją, a nie porządkowanie rozbieżnego orzecznictwa w danej kwestii. To misja Sądu Najwyższego.

2. Stan faktyczny

Wnioskodawczyni E.T. w 2002 r. zawarła ze swoim ówczesnym mężem J.T. ugodę sądową, w której zobowiązał się on do łożenia na utrzymanie żony w kwocie 200 zł w wymiarze miesięcznym (na podstawie obowiązku z art. 27 k.r.o.). 17 kwietnia 2009 r. małżeństwo zostało rozwiązane. W wyroku rozwodowym sąd odstąpił od orzekania o winie, nie orzekł też obowiązku alimentacyjnego. Mimo tego J.T. aż do swojej śmierci świadczył na rzecz E.T. kwoty odpowiadające wysokością kwocie określonej w zawartej podczas trwania małżeństwa ugodzie sądowej z 2002 r. Po śmierci byłego męża, E.T. zwróciła się do ZUS z wnioskiem o przyznanie jej renty rodzinnej na podstawie art. 70 ust. 3 u.e. ZUS, odmawiając, argumentował, że kobieta nie spełnia warunków do otrzymania świadczenia ze względu na to, iż w chwili

2008, nr 19–20, poz. 97); z dnia 5 stycznia 2011 r., III UK 69/10 (LEX nr 1001326); z dnia 9 marca 2011 r., III UK 84/10 (OSNP 2012 nr 7–8, poz. 100) oraz uchwała SN z dnia 13 lipca 2011 r., III CZP 39/11 (OSNC 2012, nr 3, poz. 33) i uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 2 lipca 1955 r., I CO 27/55 (OSN 1956, poz. 33).

⁵ M.in.: III UK 84/10, III UK 69/10, II UKN 461/97, III CZP 39/11.

⁶ III UK 84/10.

⁷ III UK 69/10.

⁸ Art. 70 ust. 3 jest niezgodny z Konstytucją RP w zakresie, w jakim uprawnienie małżonki rozwiedzionej do uzyskania renty rodzinnej uzależnia od wymogu posiadania w dniu śmierci męża prawa do alimentów z jego strony, ustalonych wyłącznie wyrokiem lub ugodą sądową (Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 maja 2014 r., sygn. akt SK 61/13).

śmierci byłego małżonka nie posiadała prawa do alimentów ustalonego wyrokiem lub ugodą sądową. Zdanie zakładu ubezpieczeń podzieliły Sądy: Okręgowy i Apelacyjny, stojąc na stanowisku, że prawo do alimentów, od którego zależy prawo do renty rodzinnej dla małżonki rozwiedzionej, wynikać może wyłącznie z art. 60 k.r.o., a art. 70 ust. 3 ustawy emerytalnej nie ma zastosowania w razie ustalenia obowiązku przyczyniania się do zaspokajania potrzeb rodziny, który obciąża oboje małżonków w czasie małżeństwa według art. 27 k.r.o. Sprawa dotarła do Sądu Najwyższego, który po rozpoznaniu skargi kasacyjnej uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania.

3. Uzasadnienie orzeczenia

Tłumacząc motywy stojące za przyjętym przez Sąd Najwyższy rozwiązaniem, chciałoby się móc napisać, że wyrok w tej sprawie jest kolejną cegiełką w ugruntowanej linii orzeczniczej dotyczącej przyznawania renty rodzinnej osobie rozwiedzionej. Jednak, jak wskazywano powyżej, sam Sąd przyznaje, że na jego forum istnieją poważne rozbieżności w tej kwestii. Można co najwyżej napisać o dwóch liniach orzeczniczych SN. Przy czym nie jest tak, że jedna z nich ma charakter dominujący. Praktyka wygląda tak, że sądy muszą orzekać „w ciemno”, opowiadając się za którąś z dwu koncepcji, a następnie po wniesieniu kasacji przez stronę liczyć na to, iż trafią na 3-osobowy skład opowiadający się za ich wersją

Dlatego tak ważna w tym przypadku jest siła argumentów zawarta w wyroku. Skoro bowiem istnieje spór doktrynalny, również w Izbie SN, samo stwierdzenie przez Sąd w wyroku, że jest tak, jak Sąd postanowił, nie rozwiązuje sprawy. Istnieje potrzeba przedstawienia mocnych argumentów na rzecz wybranej koncepcji, tak by uniemożliwić dalsze rozbieżności orzecznicze. W przeciwnym razie orzeczenie będzie miało jedynie wartość oddziaływania indywidualnego na sprawę, w której orzekano. Nie wpływa to korzystnie na urzeczywistnianie zasady pewności prawa w praktyce sądowej.

Należy podkreślić, że argumentacja w omawianym wyroku jest lakoniczna i mało przekonująca. Sąd zarysowuje leżące w sprzeczności nurty orzecznicze, by następnie stwierdzić, iż opowiada się za drugim z zaprezentowanych stanowisk, a konkretniej, że uгода zawarta między małżonkami na podstawie art. 27 k.r.o. pozostała w obrocie prawnym, bo mąż cały czas wykonywał uzgodnione świadczenie mimo ustania małżeństwa. Na tym Sąd poprzestał, nie zajmując się przedstawianiem toku rozumowania, który doprowadził do tego wniosku.

Następnie Sąd stwierdza, iż dla rozstrzygnięcia rozbieżności interpretacyjnych znaczenie ma wyrok Trybunału i przytacza obszerny fragment uzasadnienia, m.in. „pozwolił [on] usunąć wstępnie ujawnione rozbieżności w orzecnictwie najwyższej instancji sądowej”. Wątpliwości – zdaniem Sądu – już nie ma, bo konstytucyjnie uzasadnione jest stanowisko, że „małżonka rozwiedziona, która po rozwodzie nadal otrzymywała od byłego męża ustalone ugodą sądową kwoty uzgodzonego obowiązku przyczyniania się do zaspokajania potrzeb rodziny (art. 27 k.r.o.), legitymuje się po śmierci byłego męża dobrowolnym tytułem alimentacyjnym wymaganym do nabycia prawa do renty rodzinnej, który jest konstytucyjnie równorzędny z prawem do alimentów ustalonym wyrokiem lub ugodą sądową w związku z ustaniem małżeństwa przez rozwód”⁹.

⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 maja 2014 r., SK 61/13 (OTK ZU 2014, seria A, nr 5, poz. 52).

Końcowy argument przybiera postać przekonania Sądu o słuszności takiego rozstrzygnięcia w danej sytuacji faktycznej, inne rozstrzygnięcie w opinii Sądu krzywdziłoby wnioskującą, która wprawdzie doprowadziła do rozwodu bez orzekania o winie, ale faktycznie wina rozpadu pożycia leżała całkowicie po stronie męża alkoholika. Kobieta nie wносиła też o orzeczenie alimentów. A wszystko to, jak można przypuszczać, w celu jak najszybszego zakończenia postępowania rozwodowego. Sąd postanowił więc rozciągnąć na nią prawo do renty rodzinnej. Nie można przejść obojętnie nad krzywdą kobiety, która ze względu na ciężką sytuację osobistą nie podjęła udowodnienia w wyroku rozwodowym kwestii wyłącznej winy współmałżonka i obowiązku alimentacyjnego, zdaje się brzmieć przesłanie Sądu.

Gdyby pokusić się o jednozdaniowy skrót rozumowania wyrokowego, wystarczy napisać, że SN wysuwa twierdzenie, iż wszystko rozstrzygnął już wyrok TK i w efekcie osoba rozwiedziona, która po rozwodzie nadal otrzymywała od byłego męża „ustalone ugodą sądową kwoty ugodzonego obowiązku z art. 27”, mieści się w grupie podmiotów z art. 70 ust. 3 u.e.

4. Wyrok Trybunału nie wystarczy

Jak zarysowano powyżej, Sąd zdecydował się uczynić rozważania Trybunału czynnikiem rozstrzygającym w sprawie dookreślenia pojęcia prawa do alimentów z art. 70 ust. 3 u.e. Trybunał uznał, że przepis ten w zakresie, w jakim uprawnienie małżonki rozwiedzionej do uzyskania renty rodzinnej uzależnia od wymogu posiadania w dniu śmierci męża prawa do alimentów z jego strony, ustalonych wyłącznie wyrokiem lub ugodą sądową, jest niezgodny z art. 67 ust. 1 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji. Patrząc na brzmienie przepisu i sentencję wyroku, można pokusić się o stwierdzenie, iż w zasadzie Trybunał uznał za niezgodną z Konstytucją samą istotę przepisu, według którego małżonka rozwiedziona, by mieć prawo do renty rodzinnej, musi oprócz warunków, które musi spełniać również wdowa pozostająca do chwili śmierci małżonka we wspólnym pożyciu, mieć także prawo do alimentów ze strony męża ustalone wyrokiem bądź ugodą sądową. Taka restrykcyjna wersja rozumienia tego przepisu była kilkakrotnie przedmiotem aprobaty SN¹⁰. W opozycji do niej stało przekonanie, iż pojęcie ugody (też wyroku) należy interpretować szeroko. To drugie stanowisko można tłumaczyć jako próbę „poradzenia sobie” z istniejącym w systemie prawnym przez lata, a wadliwym (konstytucyjnie niepoprawnym, nieracjonalnym i nieuzasadnionym – jak to określił Trybunał) przepisem. Poszczególne składy orzekające SN, widząc nierówne traktowanie podmiotów przy decyzjach dotyczących przyznawania/odmowy przyznania renty rodzinnej, starały się na drodze orzeczniczej zniwelować tę niesprawiedliwość (nierówność). I ten problem w orzecznictwie Trybunał faktycznie rozwiązuje: „Renta rodzinna jest świadczeniem o charakterze alimentacyjnym, które ma na

¹⁰ Wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 14 stycznia 1997 r., II UKN 45/96 (OSNAP nr 17/1997, poz. 324); II UKN 461/97; z dnia 22 maja 1997 r., II UKN 134/97 (OSNAP nr 7/1998, poz. 220); z dnia 18 lutego 1998 r., II UKN 523/97 (LEX nr 519935); z dnia 16 marca 1999 r., II UKN 521/98 (OSNP nr 9/2000, poz. 373); z dnia 12 stycznia 2001 r., II UKN 178/00 (LEX 152688); z dnia 19 lutego 2004 r., II UK 264/03 (OSNP nr 21/2004, poz. 375); z dnia 22 stycznia 2009 r., II UK 135/08 (OSNP nr 15–16/2010, poz. 196); z dnia 19 marca 2009 r., II UK 256/08 (LEX nr 707879); III UK 69/10.

celu rekompensatę osobom uprawnionym źródła dochodu utraconego wraz ze śmiercią byłego małżonka. Zgodnie z celem tego świadczenia i sposobem jego uregulowania, rentę rodzinną powinna otrzymać osoba, której prawo do alimentów przysługiwało, niezależnie **od tego, czy obowiązek alimentacyjny byłego małżonka został potwierdzony przez sąd ugodą lub wyrokiem, czy był on dobrowolnie realizowany do momentu śmierci zobowiązanego**¹¹.

Natomiast nie da rozwiązać się z powołaniem na niekonstytucyjność (w określonym zakresie) art. 70 ust. 3 u.e. drugiego problemu interpretacyjnego, czyli odpowiedzieć na pytanie, kiedy prawo do alimentów po współmałżonku rozwiedzionemu przysługiwało. Posługując się jeszcze raz wyjaśnieniami Trybunału dot. obowiązku alimentacyjnego: „Jest to bowiem obowiązek, który powstaje *ex lege*, w razie zaistnienia przesłanek w przepisie tym [art. 60 § 1] wymienionych. Wyrok alimentacyjny jedynie potwierdza ten obowiązek oraz go konkretyzuje. Konkretyzacja taka może jednak nastąpić również pozasądowo”. Jest to problem rozstrzygnięcia co do tego, jakie zachowania ten obowiązek konkretyzują i tego, czy każde świadczenie pieniężne na rzecz małżonka rozwiedzionego należy uznać za świadczenie alimentacyjne.

5. Interpretacja art. 70 ust. 3 ustawy emerytalnej

Sąd zdaje się nie zauważać tego problemu. Na początku uzasadnienia pisze o „istotnych rozbieżnościach interpretacyjnych”, dzieląc je na dwa nurty. Pierwszy przyjmuje – podając za Sądem – że art. 70 ust. 3 u.e. to norma imperatywna, której nie można interpretować rozszerzająco i tylko ugoda sądowa/wyrok zawarta/wydany w zw. z art. 60 k.r.o. powoduje powstanie prawa do renty rodzinnej, a artykuł 27 k.r.o. normuje jedynie obowiązek zaspokajania potrzeb założonej przez małżonków rodziny. Ten obowiązek nie ma charakteru alimentacyjnego, obejmuje inny zakres świadczeń, gaśnie wraz z ustaniem małżeństwa, kiedy rodzina w pojęciu art. 27 przestaje istnieć i nie można go w związku z przedstawionymi wyżej cechami utożsamiać z obowiązkiem z art. 60. Nie jest również możliwe przekształcenie się ugody z podstawą w artykule 27 na ugodę z artykułu 60 przez sam fakt rozwodu, bowiem w momencie rozwiązania małżeństwa wygasa też obowiązek z art. 27 i porozumienie oparte na tej podstawie prawnej. Drugi nurt przyjmuje, że osoba rozwiedziona mająca ugodę/wyrok o świadczenie z art. 27 podchodzi pod grupę podmiotów z art. 70 ust. 3 u.e., zobowiązanie z art. 27 ma bowiem alimentacyjny charakter, tak jak to z art. 60; wyrok/ugoda z art. 27 po rozwodzie nadal pozostaje w obrocie, bo nikt jej nie unieważnił i nie zmienił z art. 138 k.r.o.

Wymowa dalej przedstawionej argumentacji Sądu jest prosta: ponieważ TK uznał za niekonstytucyjną interpretację nurtu pierwszego, to drogą eliminacji poprawny jest nurt drugi. Trzeba tu zauważyć błąd w rozumowaniu. Dokonując klasyfikacji dwóch nurtów interpretacyjnych, do worka opatrzonego etykietką z numerem jeden Sąd wrzucił odpowiedź na dwa różne problemy interpretacyjne i oświadczył, że skoro bezsprzecznie stwierdzone zostało, iż odpowiedź na jeden z nich jest niepoprawna, to pociąga to za sobą również niepoprawność odpowiedzi na drugi. W efekcie na placu boju został tylko worek numer

¹¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 maja 2014 r., SK 61/13 (OTK ZU 2014, seria A, nr 5, poz. 52).

dwa. Tymczasem to, że nie tylko ugoda sądowa/wyrok zawarta/wydany w zw. z art. 60 k.r.o. powoduje powstanie prawa do renty rodzinnej, nie implikuje od razu prawidłowości stwierdzenia, że małżonka rozwiedziona, która miała podczas trwania małżeństwa ustalone ugoda sądową prawo z art. 27 k.r.o., ma prawo do renty rodzinnej. A to zdaje się wynika z rozumowania Sądu. Stwierdzenie niekonstytucyjności literalnej wykładni art. 70 ust. 3 nie przekreśla wątpliwości, które wynikły ze stanu faktycznego komentowanego orzeczenia.

Istotą problemu skarżącej do Trybunału było to, iż, mimo że po rozwodzie, na żądanie skarżącej, były małżonek zaczął realizować ciążyący na nim obowiązek alimentacyjny wynikający z art. 60 § 1 k.r.o. i tym samym „ziścił się” zobowiązaniowy stosunek alimentacyjny, do czego nie było potrzebnego orzeczenia sądowego, na podstawie art. 70 ust. 3 u.e. odmówiono jej prawa do renty rodzinnej po jego śmierci, tym samym ograniczając przysługujące jej prawo do zabezpieczenia społecznego. W omawianym wyroku wnioskującej odmówiono prawa do renty rodzinnej ze względu na brak ustalenia prawa do alimentów na podstawie 60 § 1 k.r.o. W stanie pierwszym mimo konkretyzacji obowiązku alimentacyjnego byłego małżonka, kobiecie odmówiono jej wypłaty, w drugim stwierdzono brak konkretyzacji tego obowiązku.

6. Niedostowny cytat

Jest to istotna różnica. Istotną różnicą można nazwać również zmiany redakcyjne poczynione przez Sąd przy przytaczaniu rozumowania Trybunału, dotyczącego zagadnienia cechy relewantnej w ujęciu art. 70 ust. 3 ustawy. Trybunał bowiem stwierdził: „**Nie można natomiast powiedzieć**, że małżonki rozwiedzione, które nie podjęły żadnych działań zmierzających do wyegzekwowania przysługujących im alimentów od byłego małżonka, niezależnie od tego, czy na podstawie porozumienia stron czy na drodze sądowej, **mają prawo do alimentów** w rozumieniu art. 70 ust. 3 ustawy FUS”¹². Tymczasem w wyroku SN twierdzi, iż zdaniem Trybunału: „**Tylko wtedy, gdy** małżonki rozwiedzione nie podjęły żadnych działań zmierzających do ustalenia lub wyegzekwowania przysługujących im alimentów od byłego małżonka, niezależnie od tego, czy na podstawie porozumienia stron czy na drodze sądowej (...) **tylko wówczas nie można uznać**, że ich prawo do alimentów jest prawem ustalonym w rozumieniu art. 70 ust. 3 ustawy FUS”. Sąd w swoim wyłożeniu wyroku TK dokonał istotnego zawężenia twierdzenia. Podczas gdy TK stwierdził, że grupą wykluczoną z renty rodzinnej w zmienionej interpretacji są w/w osoby, SN przytoczył, że zdaniem Trybunału tylko te osoby są wykluczone z renty rodzinnej.

Wyrok Trybunału nie przesądza więc o rozstrzygnięciu spraw zawisłych przed sądami, w których osoby rozwiedzione domagają się renty rodzinnej, jako podstawę podając ugoda zawartą, bądź wyrok sądu wydany w trakcie trwania małżeństwa na podstawie obowiązków określonych w art. 27 k.r.o. Niestety, nie przesądza tego również omawiane orzeczenie Sądu, który, jak wykazano powyżej, nie wyjaśnił wyczerpująco i niezbić, dlaczego preferowane przez Sąd stanowisko (iż zawarta ugoda sądowa lub wydany na podstawie art. 27 k.r.o. prawomocny wyrok pozostają w obrocie prawnym, jeżeli nie zostały zmienione wskutek zmiany okoliczności

¹² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 maja 2014 r., SK 61/13 (OTK ZU 2014, seria A, nr 5, poz. 52).

w trybie art. 138 k.r.o. i w konsekwencji mogą być tytułem alimentacyjnym do uzyskania renty rodzinnej) jest jedynym słusznym, godnym powielania i rozwijania przez kolejne składy SN.

7. Instytucje z art. 27 i art. 60 k.r.o. a prawo rozwiedzonego do renty rodzinnej

Problem nie jest nierozwiązywalny. Traktując prawo jako spójny system, nie należy jednak zapominać, że w poszczególnych jego gałęziach obowiązują różne zasady wykładni, są promowane odmienne wartości. Istnieją instytucje swoiste dla danych gałęzi prawa, których charakter, orzekając nawet na styku różnych gałęzi prawa (np. prawa ubezpieczeń społecznych i prawa rodzinnego), należy szanować. Nie można odrywać znaczenia przypisanego tym instytucjom w ich mateczniku dla rozszerzającej wykładni ustawy z innej gałęzi prawa. Trudno oprzeć się wrażeniu, iż takie próby podejmowane są poprzez traktowanie instytucji z art. 60 i art. 27 k.r.o. jako do siebie podobnych, wręcz identycznych, które różni jedynie sytuacja, w której mogą zostać orzeczone (60 – po rozwodzie, 27 – przed rozwodem). Obowiązek zaspokajania potrzeb rodziny regulowany jest w dziale II tytułu I k.r.o.: prawa i obowiązki małżonków, podczas gdy obowiązek alimentacyjny w dziale IV: ustanie małżeństwa. Zaraz pod artykułem 60, artykuł 61 stanowi, że do obowiązku dostarczania środków utrzymania przez jednego z małżonków rozwiedzionych drugiemu stosuje się odpowiednio przepisy o obowiązku alimentacyjnym między krewnymi. Podobnego odesłania nie ma w dziale II tytułu I, nigdzie też w kodeksie nie nazwano obowiązków z art. 27 k.r.o. alimentacyjnymi, wątpliwym jest przypisywanie im takiego charakteru. Podczas gdy alimentacja ma charakter indywidualny, między dwoma konkretnymi osobami, obowiązki z art. 27 mają charakter zbiorowy: zaspokajania potrzeb rodziny jako całości. Przesłanką ustanowienia alimentów na mocy art. 60 § 1 jest znajdowanie się przez rozwiedzonego małżonka w niedostatku, przesłanką ustanowienia obowiązku spełniania świadczeń wobec małżonka na mocy art. 27 jest niewywiązywanie się z obowiązku przyczyniania się do zaspokajania potrzeb rodziny, który, m.in. zgodnie z podnoszoną w doktrynie dyrektywą równej stopy życiowej członków rodziny, rzadko będzie pokrywał się z wyrównaniem niedostatku. Pojęcie niedostatku ma wyraźnie materialny wydźwięk, podczas gdy obowiązek z art. 27 może polegać także na osobistych staraniach o wychowanie dzieci i pracy we wspólnym gospodarstwie domowym. Różnice można by jeszcze mnożyć.

Preferowana w omawianym orzeczeniu konstrukcja ugody lub wyroku na podstawie art. 27 k.r.o., które mimo ustania małżeństwa pozostają w obrocie prawnym, jeżeli nie zostały zmienione w trybie art. 138 k.r.o. jest bardzo chwiejna. Ignoruje brak odwołania w przepisach dotyczących praw i obowiązków małżonków do przepisów o obowiązku alimentacyjnym między krewnymi (a tam właśnie jest umiejscowiony art. 138 k.r.o.), fakt ustania wraz z ustaniem małżeństwa praw i obowiązków istniejących do tej pory między małżonkami oraz możliwość orzeczenia alimentów na rzecz małżonka w wyroku rozwodowym. Warto też zaznaczyć, że zgodnie z u.e., małżonek rozwiedziony nie należy do członków rodziny zmarłego¹³. W takim wypadku trudno twierdzić, by wyrok określający,

¹³ Art. 67 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (tekst jednolity: Dz.U. Nr 162, poz. 1118 ze zm.).

w jakiej kwocie małżonek ma przyczynić się do zaspokajania potrzeb rodziny, dalej mógł istnieć w obrocie prawnym. Skoro podmiot, na rzecz którego istniał obowiązek spełniania świadczenia (rodzina, którą przez swój związek małżonkowie założyli), już nie istnieje, jak można uznać, że ugoda zobowiązująca do świadczenia na rzecz tego podmiotu pozostaje w obrocie prawnym?

8. Zakończenie

Z orzeczenia Trybunału wynika, że należy traktować tak samo podmioty w takiej samej sytuacji ubiegające się o rentę rodzinną. Fakt skonkretyzowania przysługującego z tytułu niedostatku prawa upodabnia do siebie osoby, które uzyskały je na skutek ugody sądowej czy wysunięcia żądania wobec współmałżonka, które tenże uwzględnił. W wypadku wyroku/ugody z art. 27 przy kontynuowaniu wypłaty świadczeń przez rozwiedzionego małżonka, po rozwodzie nie nastąpiła jednak żadna aktywność małżonka w celu skonkretyzowania prawa do alimentów. Rozwiedziony małżonek mógł świadczyć z różnych pobudek, a jeżeli przyjąć, że ugoda przestała obowiązywać z racji rozwiązania małżeństwa, do powstania stosunku alimentacyjnego potrzebne byłoby niedostatek małżonka, jego żądanie alimentów i realizacja tego żądania przez zobowiązanego. Omawiane orzeczenie stawia na równi chęć dotowania kogoś i istnienie obowiązku alimentacyjnego. E.T. nie podjęła po rozwodzie żadnych kroków w celu konkretyzacji swojego prawa do alimentów (zakładając, że ono istniało, co nie jest pewne, zważywszy na fakt, że obowiązek zaspokajania potrzeb rodziny nie jest tożsamy z niwelowaniem niedostatku) po rozwodzie. Nie ma powodów, by różnicować sytuację osoby, która podczas trwania małżeństwa potrafiła dojść do porozumienia z małżonkiem na drodze pozasądowej, co do zaspokajania potrzeb rodziny. Zarówno taka osoba, jak i skarżąca, gdy po rozwodzie nie podjęły żadnych działań zmierzających do konkretyzacji swojego prawa z art. 60 k.r.o., nie powinny nabywać prawa do renty rodzinnej.

Gloss to Judgment of the Supreme Court dated 18th December 2014, III UK 54/14

S u m m a r y

In the subject judgment the Supreme Court declared that if after the divorce an ex-husband had been voluntarily paying in favour of the ex-wife the benefit entitled to her during the time of the marriage, she has a right to a survivor's pension. In the case law of the Supreme Court it is arguable if the divorced person has a right to a survivor's pension and the argumentation included in this verdict is too fragile to be changed. Also the verdict of the Constitutional Tribunal (dated 13th May 2014, SK 61/13) concerning the constitutionalities referring to the problem of the regulations does not solve the doubts connected with the sentencing. The legal recognition of the survivor's pension incorporated in the sentence seems to be too general.

ZAPROSZENIE DO WSPÓŁPRACY

Redakcja PPUW

serdecznie zaprasza osoby zainteresowane do zamieszczania na łamach PPUW własnych tekstów o tematyce prawniczej (artykułów, esejów, glos, recenzji oraz sprawozdań).

Artykuły powinny być dostosowane do zasad znajdujących się na stronie <http://www.przeglądprawniczyuw.wpia.uw.edu.pl>

KONTAKT Z REDAKCJĄ:

ppuw@wpia.uw.edu.pl

Redakcja zastrzega sobie prawo do dokonywania w tekstach autorskich skrótów oraz zmian redakcyjnych. Teksty są adiustowane, a następnie autoryzowane. Za ostateczne brzmienie tekstu odpowiada autor.

www.przeglądprawniczyuw.wpia.uw.edu.pl

ISSN 1644-0242