

**ADAM MICKIEWICZ UNIVERSITY
LAW REVIEW**

ADAM MICKIEWICZ UNIVERSITY LAW REVIEW

PRZEGLĄD PRAWNICZY UNIwersYTETU IM. ADAMA MICKIEWICZA

LA REVUE JURIDIQUE DE L'UNIVERSITÉ ADAM MICKIEWICZ

5

2015



POZNAŃ 2015

Editorial Board

Paweł Kwiatkowski – editor in chief
Sławomir Marciniak – executive editor
Remigiusz Chęciński – managing editor
Szymon Paciorkowski
Jan Radziuk
Piotr Szulc

Proofreader Editors

Paul Newsham
Jean Gallerne
Alicja Tempłowicz

Scientific Board

Prof. Roman Budzinowski
Prof. Wojciech Dajczak
Prof. Tadeusz Gadkowski
Prof. Ulrich Häde
Prof. Zbigniew Janku
Prof. Elżbieta Janton-Drozdowska
Prof. Zdzisław Kedzia
Prof. Marian Kepinski
Prof. Krzysztof Knoppek
Prof. Hubert Kolečki
Prof. Krzysztof Krasowski
Prof. Jerzy Małecki
Prof. Anna Mikulska
Prof. Leopold Moskwa
Prof. Zdzisław Niedbała
Prof. Jerzy W. Ochmanski
Prof. Adam Olejniczak
Prof. Francisco Javier Andrés Santos
Prof. Marek Smolak
Prof. Tomasz Sokołowski
Prof. Daniil Tuzov
Prof. Jacek Wiewiorowski
Prof. Paweł Wilinski
Prof. Robert Zawłocki

ISSN 2083-9782
eISSN 2450-0976

Financed by Adam Mickiewicz University Poznan & Faculty of Law and Administration

Adam Mickiewicz University Law Review
Św. Marcin 90 Street
61-809 Poznań Poland
ppuam@amu.edu.pl | www.ppuam.amu.edu.pl

Published by:
Faculty of Law and Administration Adam Mickiewicz University Poznań
Al. Niepodległości 53
61 - 714 Poznań Poland
uamprawo@amu.edu.pl
prawo.amu.edu.pl

Typeset: Joanna Askutja
Printed by: Totem, ul. Jacewska 89, 88-100 Inowrocław

Contents

SZYMON PACIORKOWSKI	
The first months of the activities of the courts of peace in the Court of Appeal in the Poznan circuit in the light of the court files from the Court of Appeal in Poznan.....	9
IRENA ALICJA SZYMANOWSKA	
The succession of states after the breakup of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia	23
JAKUB WOJAS	
The legal status of the Arctic as a concept	39
KRZYSZTOF CHMIELEWSKI, MACIEJ PAJĄK	
The principle of humanity in international and national standards of penitentiary law.....	55
HANNA BANAS	
The relationship between the freedom of religion and the freedom to practice art in the jurisdiction of the European Tribunal of Human Rights.....	69
KAROLINA BRESSA	
The status of the human embryo in the context of the patentability of biotechnological inventions	85
GRZEGORZ GLANOWSKI	
Medical services in municipal properties. Criteria for evaluation of tender offers.	95
MARTYNA OSTRZYCKA	
The idea of community policing as a source of innovative methods of cooperation between local communities and the Police in Poland.....	111
OSKAR SKIBIŃSKI	
The interpretation of the legal obligation of a subject keeping an account of dematerialized securities in light of article 9118 of the Code of Civil Procedure – an analysis of the prohibition on enforcing a debtor’s disposition.....	131

MARCIN CZERWIŃSKI	
The law applicable to employment contracts under the Rome I-Regulation	147
JOANNA SIEKIERA	
European Union Policy towards the Pacific Island States	163
MARTA ZALEWSKA-GŁOGOWSKA	
The more economic approach to the application of EU merger control	171
RONI MAZLIACH	
Explaining the link between gender and traffic accidents in Israel	187
KATARZYNA ARCISZEWSKA	
The European company: issues and prospects.....	203
ANETA TYC	
The principle of the reversal of the burden of proof in anti-discrimination cases in the context of the Court of Justice of the European Union C-81/12 and C-415/10.....	225
SERGEY BOCHKAREV	
Constitutional recognition of rights and freedoms in France in the late nineteenth century	235
MARCIN BYCZYK	
Reform of the criminal law in Poland.....	243
Lista autorów.....	259

Spis treści

SZYMON PACIORKOWSKI	
Pierwsze miesiące działalności sądów pokoju w Apelacji Poznańskiej w 1920 roku w świetle akt Sądu Apelacyjnego w Poznaniu	9
IRENA ALICJA SZYMANOWSKA	
Sukcesja państw po rozpadzie Socjalistycznej Federacyjnej Republiki Jugosławii	23
JAKUB WOJAS	
Koncepcje statusu prawnego Arktyki.....	39
KRZYSZTOF CHMIELEWSKI, MACIEJ PAJĄK	
Zasada humanitaryzmu w krajowych i międzynarodowych standardach prawa penitencjarnego	55
HANNA BANAŚ	
Między <i>sacrum</i> a <i>profanum</i> : relacje wolności religijnej i wolności sztuki w orzecznictwie ETPCz.....	69
KAROLINA BRESSA	
Status embrionów ludzkich na tle zdolności patentowej wynalazków biotechnologicznych	85
GRZEGORZ GŁANOWSKI	
Kryteria oceny ofert w przetargach na prowadzenie działalności leczniczej w nieruchomościach komunalnych.....	99
MARTYNA OSTRZYCKA	
Idea <i>community policing</i> jako źródło innowacyjnych metod współpracy społeczności lokalnych z policją w Polsce.....	111
OSKAR SKIBIŃSKI	
Interpretacja obowiązków poddłużnika w związku z egzekucją sądową z instrumentów finansowych - analiza zakazu wykonywania dyspozycji z art. 9118 § 1 pkt 2 k. p. c.	131

MARCIN CZERWIŃSKI	
The law applicable to employment contracts under the Rome I-Regulation	147
JOANNA SIEKIERA	
European Union Policy towards the Pacific Island States	163
MARTA ZALEWSKA-GŁOGOWSKA	
A More Economic Approach to the Application of EU Merger Control.....	171
RONI MAZLIACH	
Explaining the link between gender and traffic accidents in israel.....	187
KATARZYNA ARCISZEWSKA	
La société européenne: les enjeux et les perspectives.....	203
ANETA TYC	
Les conséquences du renversement de la charge de la preuve dans le contexte des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne - Asociația Accept (C-81/12) et Galina Meister (C-415/10)	225
SERGEY BOCHKAREV	
Reconnaissance constitutionnelle des droits et libertés en France à la fin du XVIIIème et XIXème siècles	235
MARCIN BYCZYK	
Die aktuellen Strafrechtsreformversuche in Polen. Eine Analyse	243
Author's list	259

SZYMON PACIORKOWSKI

Pierwsze miesiące działalności sądów pokoju w Apelacji Poznańskiej w 1920 roku w świetle akt Sądu Apelacyjnego w Poznaniu

Działalność sądów pokoju przy sądach powiatowych w byłej dzielnicy pruskiej jest jednym z ciekawych, a jednocześnie mniej poznanych aspektów przejmowania wymiaru sprawiedliwości przez władze polskie II RP¹. Prace Komisariatu Naczelnej Rady Ludowej, a następnie Departamentu Sprawiedliwości Ministerstwa byłej Dzielnicy Pruskiej (dalej: MbDP) w ciągu roku 1919 zostały już szeroko omówione w literaturze przedmiotu². Jednym z elementów tych działań było uzupełnienie ogromnych braków osobowych wśród polskich prawników (w szczególności sędziów) i innych pracowników wymiaru sprawiedliwości na obszarze dawnego zaboru pruskiego. W celu tym sięgnięto choćby po kadry z Galicji. Inny sposób radzenia sobie z niedoborami stanowiło powierzenie orzecznictwa w drobnych sprawach sędziom niezawodowym, wywodzącym się z godnych zaufania przedstawicieli polskiego społeczeństwa – ziemian, przedsiębiorców czy nauczycieli.

Celem niniejszego artykułu jest przybliżenie wybranych aspektów działania sądów pokoju w pierwszym półroczu 1920 roku – a zatem bezpośrednio po ich utworzeniu. Temat ten wciąż pozostaje zbadany głównie na poziomie analizy aktów prawnych, przy braku oceny faktycznej aktywności sądów. Zakres artykułu ograniczony został do takich spośród nich, które podlegały Sądowi Apelacyjnemu w Poznaniu. Pominięto zatem te podległe Sądowi Apelacyjnemu w Toruniu. Podstawę źródłową opracowania stanowiły

1 *Vid.* M. Materniak-Pawłowska, *Ustrój sądownictwa powszechnego II Rzeczypospolitej*, Poznań 2003, s. 122–141 (szczególnie s. 127–129). Prowadzone są również badania nad funkcjonowaniem poszczególnych sądów pokoju – *vid.* Sz. Paciorkowski, *Sąd Pokoju w Pleszewie (1920–1926)*, [w:] „Rocznik Pleszewski”, 2011, s. 193–210.

2 *Vid.* *Zbiór rozporządzeń i okólników Ministerstwa b. Dzielnicy Pruskiej z r. 1920 mających zasadnicze znaczenie dla wymiaru sprawiedliwości*. Z upoważnienia Ministerstwa byłej Dzielnicy Pruskiej zestawili: dr T. Stark i dr J. Zagórowski z przedmową T. Zajączkowskiego, Poznań 1921, s. 1–23; A. Gulczyński, *Ministerstwo byłej Dzielnicy Pruskiej (1919–1922)*, Poznań 1995, s. 84–85, 107–137; M. Materniak-Pawłowska, *Ustrój sądownictwa...*, s. 38–46.

w głównej mierze akta Sądu Apelacyjnego w Poznaniu, zachowane w poznańskim Archiwum Państwowym³.

Ograniczona objętość artykułu powoduje konieczność skupienia się na wybranych elementach działalności sądów pokoju. Celem niniejszego szkicu jest przedstawienie ram prawnych działalności sądów w pierwszym okresie ich działania i procesu ich powstawania, a także ukazanie niektórych kwestii istotnych dla praktycznej działalności sędziów pokoju – problemów kadrowych, wysokości wynagrodzenia i kontroli jakości orzecznictwa. Artykuł ma w założeniu przedstawić możliwe problemy badawcze nasuwające się przy badaniu sądów pokoju w byłej dzielnicy pruskiej, stanowiąc wstęp do szerszych badań.

Ramy prawne i początek działalności sądów pokoju

W siedemdziesiątym numerze Tygodnika Urzędowego, organu publikacyjnego nowych władz, noszącym datę 24 grudnia 1919 roku ukazało się Rozporządzenie Ministra byłej Dzielnicy Pruskiej z dnia 15 grudnia 1919 roku *o przejściu wymiaru sprawiedliwości w byłej dzielnicy pruskiej na Rzeczpospolitą Polską* (nr 180), co na obszarze objętym tak zwaną linią demarkacyjną nastąpić miało z dniem 1 stycznia 1920 roku⁴. Rozporządzeniu temu towarzyszył pakiet dziewięciu rozporządzeń dotyczących działania wymiaru sprawiedliwości po przejściu w ręce polskie wydanych 15 grudnia 1919 r. (nr. 181–189). W rozporządzeniu nr 181 odnoszącym się do urzędów i urzędników sądowych w byłej dzielnicy pruskiej określono nazwy nowych sądów: powiatowych (dawne *Amtsgericht*), okręgowych (*Landgericht*) oraz apelacyjnych (*Oberlandesgericht*)⁵. Zgodnie z załączonym do rozporządzenia nr 182 wykazem sądów do Sądu Apelacyjnego w Poznaniu należały sądy okręgowe: w Poznaniu (obejmujący 16 sądów powiatowych), w Lesznie (8 sądów powiatowych), Ostrowie (8 sądów powiatowych), Gnieźnie (6 sądów powiatowych) i Bydgoszczy (12 sądów powiatowych)⁶.

Kluczowe dla niniejszego artykułu rozporządzenie *o urządzeniu sądów pokoju w byłej dzielnicy pruskiej* (nr 186)⁷ wydane zostało przez Ministra byłej dzielnicy pruskiej w porozumieniu z Ministrem Sprawiedliwości na podstawie art. 6 ustawy o tymczasowej organizacji zarządu byłej dzielnicy pruskiej. Rozporządzenie składało się z 11 artykułów. Zgodnie z art. 1 rozporządzenia nr 186 Departament Sprawiedliwości mógł ustanowić

3 Archiwum Państwowe w Poznaniu, Zespół akt Sądu Apelacyjnego w Poznaniu – dalej: APP, SAP.

4 Tygodnik Urzędowy (dalej: Tyg. Urz.), Nr 70, 24.12.1919 r., s. 409; dalej: rozporządzenie nr 180.

5 Rozporządzenie Nr 181 z 15.12.1919 r. *o urzędach i urzędnikach sądowych w byłej dzielnicy pruskiej*, Tyg. Urz., Nr 70, 24.12.1919 r., s. 409

6 Rozporządzenie Nr 182 z 15.12.1919 r. o organizacji sądów w byłej dzielnicy pruskiej, Tyg. Urz., Nr 70, 24.12.1919 r., s. 410.

7 Tyg. Urz., Nr 70, 24.12.1919 r., s. 416; dalej: rozporządzenie nr 186.

w razie potrzeby sądy pokoju w miejsce lub obok sądów ławniczych lub też w miejsce albo obok sędziów powiatowych w zakresie ich orzecznictwa karnego. Narzędziem wykorzystanym w tym przypadku była przewidziana w obowiązującej w zaborze pruskim niemieckiej ustawie o ustroju sądownictwa z 1877 roku⁸ instytucja sądów ławniczych w sądach powiatowych, sprawujących wymiar sprawiedliwości w sprawach karnych. Niemieckim sądom ławniczym przewodniczył sędzia zawodowy, natomiast zgodnie z przyświecającą twórcom rozporządzenia z 15 grudnia 1919 roku ideą odciążenia polskich sędziów w sądach pokoju od przewodniczącego nie wymagano kwalifikacji na urząd sędziowski (art. 2 rozporządzenia).

Postanowienia art. 1 rozporządzenia nr 186 doczekały się szybkiej realizacji, gdy rozporządzeniem z dnia 23 grudnia 1919 roku – opublikowanym w Tygodniku Urzędowym 30 grudnia 1919 roku – zarządzono ustanowienie sądów pokoju w byłej dzielnicy pruskiej zamiast sądów ławniczych w obwodach 35 sądów powiatowych położonych po polskiej stronie linii demarkacyjnej⁹. Rozporządzenie to weszło w życie 10 stycznia 1920 roku. Pozostawała jeszcze kwestia miejscowości przyznanych Polsce, które znajdowały się poza obrębem linii demarkacyjnej. 24 stycznia 1920 roku w Dzienniku Urzędowym Ministerstwa byłej Dzielnicy Pruskiej opublikowany został Dekret Ministra o przejściu ziem przyznanych Polsce Traktatem Wersalskim¹⁰. Natomiast na mocy rozporządzenia z dnia 31 stycznia 1920 roku na Rzeczpospolitą Polską przeszedł wymiar sprawiedliwości na tych terenach, przy czym jego wykonywanie miało się rozpocząć w obwodzie Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dniem 15 lutego 1920 roku. Z tym też dniem w życie wejść miały rozporządzenia z dnia 15 grudnia 1919¹¹. Wreszcie rozporządzeniem z dnia 12 lutego 1920 roku – analogicznie do rozporządzenia z 23 grudnia 1919 roku – zostały ustanowione sądy pokoju przy sądach powiatowych położonych poza linią demarkacyjną, przy czym rozporządzenie to miało wejść w życie 1 marca 1920 roku¹².

8 Ustawa o ustroju sądów powszechnych z 27 stycznia 1877 r. (*Gerichtsverfassungsgesetz*), Reichsgesetzblatt z 1877 r., nr 4, s. 41–76. Polskie brzmienie przepisów wraz ze zmianami – cf. J. Kazłuźniacki, R. A. Leżański, *Postępowanie karne obowiązujące na Ziemiach Zachodnich Rzeczypospolitej Polskiej*, wyd. III, Warszawa – Poznań 1926, s. 1–59 (w szczególności s. 11–22).

9 Rozporządzenie z 23.12.1919 r. o ustanowieniu sądów pokoju w byłej dzielnicy pruskiej, Tyg. Urz. Nr 71, 30. 12. 1919 r., s. 432. Co ciekawe, sądu pokoju nie ustanowiono w Gostyniu (położonym wszak w obrębie linii demarkacyjnej), uczyniono to dopiero w rozporządzeniu z 12. 02. 1920 r. Sąd pokoju w Śmiglu ustanowiony został natomiast dwukrotnie – zarówno w rozporządzeniu z 23. 12. 1919 r., jak i z 12. 02. 1920 r. Pierwsi sędziowie dla sądu pokoju w Gostyniu i Śmiglu mianowani zostali przez Ministra już 31. 12. 1919 r.

10 Dziennik Urzędowy Ministerstwa byłej Dzielnicy Pruskiej, Nr 3 z 1920 r., s. 45 (dalej DzUMbDP).

11 Rozporządzenie z 31 stycznia 1920 r. o przejściu wymiaru sprawiedliwości w obszarze b. dzielnicy pruskiej poza b. linią demarkacyjną na Rzeczpospolitą Polską (DzUMbDP, Nr 6 z 1920 r., s. 109).

12 DzUMbDP, Nr 9 z 1920 r., poz. 76, s. 178. Cf. uwagi w przypisie nr 9 – w rozporządzeniu podano 16 sądów powiatowych, przy których utworzyć miano sądy pokoju, faktycznie dotyczyło

Pierwszy miesiąc działalności sądów pokoju

Zgodnie z art. 8. rozporządzenia nr 186 sędziowie pokoju mieli być nominowani na okres trzyletni, z możliwością wcześniejszego odwołania z ważnych powodów. Pierwsza częściowa lista nazwisk sędziów pokoju przesłana została do Prezesa Sądu Apelacyjnego w Poznaniu i Prezesów sądów okręgowych z Departamentu Sprawiedliwości MbDP w dniu 8 stycznia 1920 roku¹³. Jako datę nominacji sędziów pokoju wskazano 31 grudnia 1919 roku. Dla każdego sądu podano ustaloną liczbę sędziów i ich zastępców, jednakże liczba faktycznie mianowanych sędziów często nie pokrywała się z założeniami. Dla poszczególnych sądów przewidziano od minimalnej liczby 1 sędziego i 1 zastępcy do 8 sędziów i 4 zastępców w Poznaniu¹⁴. Zachowane w aktach dekrety nominacyjne, podpisane przez Szefa Departamentu Sprawiedliwości dr. Witolda Prądyńskiego, miały następującą treść: „Minister b. dzielnicy pruskiej zamianował Pana (...) sędzią pokoju w sądzie powiatowym w (...) na okres trzechletni. Wzywa się Pana, abyś urząd ten niezwłocznie objął i abyś się w tym celu u naczelnika sądu powiatowego w (...) zgłosił”¹⁵. Sędziowie pokoju, którzy otrzymali nominacje, zostali zobowiązani do złożenia przysięgi sędziowskiej na podstawie art. 10 rozporządzenia nr 186, przez co pod względem służbowym i dyscyplinarnym zrównani zostali z sędziami powiatowymi¹⁶. Zaprzysiężenie sędziów na podstawie nominacji należało do Prezesów sądów okręgowych¹⁷. Listę 123 mianowanych w styczniu 1920 roku przez Ministra byłej Dzielnicy Pruskiej sędziów

to 14 sądów powiatowych, bez sądów w Gostyniu i Śmigłu, gdzie sady pokoju utworzono już wcześniej.

13 APP, SAP, sygn. 51, s. 4–9 – pismo Departamentu Sprawiedliwości z 8. 01. 1920 r. (L. Dz. 1706/20).

14 Zgodnie z art. 7 rozporządzenia nr 186: „W sądach powiatowych o jednym lub dwóch sędziach mianuje się w zasadzie jednego sędziego pokoju i jednego zastępcę. W sądach powiatowych o trzech lub większej liczbie sędziów mianuje się dwóch lub w razie potrzeby więcej sędziów pokoju oraz potrzebną liczbę zastępców”.

15 Dekrety nominacyjne były zwracane po zakończeniu trzyletniej służby sędziego – część trafiła do akt SA w Poznaniu, *v. np.* APP, SAP, sygn. 364 (Jarocin, 31. 12. 1919 r.); sygn. 428 (Pniewy, 31. 12. 1919 r.); sygn. 443, k. 33 (Rogoźno, 31. 12. 1919 r.); sygn. 452, k. 29 (Środa, 31. 12. 1919 r.); sygn. 470, k. 18 (Wolsztyn, 31. 12. 1919 r.); sygn. 478, k. 29 (Zbąszyń, 23. 02. 1920 r.); sygn. 500, k. 33 (Koronowo; 18. 02. 1920 r.).

16 W części akt zachowały się protokoły złożenia przysięgi sędziowskiej, *zob. np.* APP, SAP, sygn. 350, k. 13 (Gniezno, 23. 10. 1920 r.); sygn. 370, k. 10 (Kępno); sygn. 375, k. 18 (Kościan, 26. 10. 1920 r.).

17 APP, SAP, sygn. 491, k. 9 – pismo Departamentu Sprawiedliwości z 3. 04. 1920 r.

pokoju opublikowano 30 stycznia¹⁸. W ciągu następnego miesiąca Departament Sprawiedliwości przekazywał kolejne dekrety nominacyjne¹⁹.

Wiele istotnych informacji zawartych zostało w datowanym na 9 stycznia 1920 roku okólniku Departamentu Sprawiedliwości MbDP, zawierającym wskazówki do wykonania rozporządzenia o wprowadzeniu sądów pokoju²⁰. We wstępie okólnika podkreślono, iż wystarczająca liczba sędziów pokoju została już mianowana dla wszystkich sądów powiatowych i że będą mogli oni rozpocząć działalność. Część dokumentu poświęcono problemowi ewentualnego mianowania zastępców sędziów:

Dla każdego sądu powiatowego zamianowano taką ilość sędziów pokoju, by pewna ilość ich mogła pełnić funkcje zastępców w razie niemożności wykonywania swych funkcji przez drugiego sędziego. Każdy ze sędziów otrzymał nominację na sędziego pokoju bez wzmianki, czy ma być zajęty stale, czy też jako zastępca. Żadnemu też z nich nie udzielono w tej mierze wiążących wskazówek. Uczyniono to dlatego, że zgromadzeni w Poznaniu na kursie kandydaci na sędziów objawiali w tej mierze rozmaite życzenia. Niektórzy z nich oświadczyli, że w razie, gdy będą mieli pełnić urząd swój zastępczo, urząd swój złożą. Niektórzy zaś uczynili przyjęcie urzędu sędziego zawisłem od tego, że będą pełnili swój urząd zastępczo. Inni wreszcie już tu w Poznaniu umówili się, że będą swój urząd pełnili kolejno co pewien czas, a więc jeden np. przez dwa tygodnie, a drugi przez dalsze dwa tygodnie i. t. p.

W okólniku zawarto również dalsze zalecenia. Wskazano na konieczność wyznaczenia dni posiedzeń sądów pokoju na cały rok i prowadzenia ewidencji posiedzeń w celu ich kontroli po każdym półroczu. Uznano także za pożądane zorganizowanie przez Prezesów sądów okręgowych konferencji dla nowych sędziów pokoju. Sędziom pokoju polecono sporządzenie wykazu stanu swojej służby, poinformowano o złożeniu zamówienia na noszone przez nich w czasie orzekania szarfy. Zapowiedziano również powołanie przez Departament Sprawiedliwości stałego instruktora dla sędziów pokoju, którego zadaniem byłyby regularne wizytacje sądów i udzielanie sędziom wskazówek. Jednocześnie zwrócono się z apelem do dyrektorów izb odwoławczych przy sądach okręgowych i samych prezesów sądów o bieżącą kontrolę formalnej jakości orzeczeń sędziów pokoju, zwracając przy tym uwagę, iż „kwestionowanie merytorycznego załatwienia sprawy nie jest dopuszczalne”. Departament Sprawiedliwości wystąpił także do Prezesa poznań-

18 DzUMbDP, nr 4 z 1920 r., s. 79–81.

19 *Vid.* np. APP, SAP, sygn. 51, s. 14 – pismo Departamentu Sprawiedliwości z 12. 02. 1920 r.; s. 16 – pismo z nominacjami z 22. 02. 1920 r.; s. 19 – pismo z 23. 02. 1920 r.; s. 20 – pismo z 18. 02. 1920 r.

20 APP, SAP, sygn. 52, ss. 5–9 – okólnik L. 4; nr IIa 963/20; *vid.* Też *Zbiór rozporządzeń*, str. 200, poz. 2 (skrót).

skiego Sądu Apelacyjnego o reagowanie na możliwe doniesienia skierowane przeciwko sędziom pokoju i przeprowadzanie dochodzeń w celu ustalenia, czy są oni godni sprawowanego urzędu.

Na początku lutego 1920 roku Prezes Sądu Apelacyjnego w Poznaniu zwrócił się do Prezesów sądów okręgowych z zapytaniem o realizację wytycznych wskazanych w okólniku z 9 stycznia 1920 roku. Skierowane do Sądu Apelacyjnego odpowiedzi pokazywały, że skomplikowane okazało się zwłaszcza przygotowanie konferencji sędziów pokoju w siedzibach sądów okręgowych, czego główną przyczyną były problemy komunikacyjne. Szczególnie szeroko do kwestii praktycznej realizacji postanowień rozporządzeń z grudnia 1919 roku i styczniowego okólnika odnieśli się sędziowie poznańscy. Prezes Sądu Okręgowego w Poznaniu wydał w styczniu 1920 roku własny okólnik skierowany do sędziów pokoju w swoim okręgu. Dni posiedzeń sądów pokoju zostały ogólnie wyznaczone na cały nadchodzący rok. W piśmie zawarto także wskazówki dotyczące przeprowadzania posiedzeń, postępowania z ławnikami oraz wypełniania sprawozdań z działalności²¹. Okólnikom towarzyszyło pismo do naczelników sądów powiatowych, w którym poruczono bieżącą kontrolę nad działaniami sędziów pokoju²². Podkreślić przy tym należy fakt skomplikowania ówczesnej sytuacji w poszczególnych sądach powiatowych, co spowodowane było pozostawaniem w nich części niemieckich sędziów i urzędników sądowych aż do końca marca 1920 roku, zgodnie z postanowieniami wcześniejszych umów polsko-niemieckich z 1919 roku²³.

Powstanie sądów pokoju w poszczególnych obwodach sądów okręgowych

Najwięcej sądów powiatowych znalazło się w okręgu Sądu Okręgowego w Poznaniu. W obszarze linii demarkacyjnej były to sądy w: Poznaniu, Czarnkowie, Grodzisku, Nowym Tomysłu, Obornikach, Pniewach, Pobiedziskach, Rogoźnie, Śremie, Środzie, Szamotułach i Wronkach, zaś poza tym obszarem – w Chodzieży, Międzychodzie, Wieluniu i Zbąszyniu. Największą liczbę sędziów pokoju powołać miano zgodnie z planem dla Sądu Powiatowego w Poznaniu. Jego Prezes słał obszernie raporty do poznańskiego Sądu Apelacyjnego. Już 9 stycznia 1920 roku zawiadamiał o objęciu urzędu przez 5 sędziów pokoju w poprzednich dniach²⁴. Kolejni dwaj sędziowie rozpoczęli pracę w następnych tygodniach. Z pisma z 23 lutego 1920 roku wynikało, że wszyscy ci sędziowie – poza jednym (w podeszłym wieku i chorym) – regularnie uczestniczyli w rozprawach, które

21 APP, SAP, sygn. 53, s. 21–25 – odpis okólnika Prezesa SO w Poznaniu z 22.01.1920 r. (L.I.119/270).

22 APP, SAP, sygn. 53, s. 31 – pismo Prezesa SO w Poznaniu z 22.01.1920 r. (L.I.190/270).

23 *Zbiór rozporządzeń...*, s. 9–11, 17–18; A. Gulczyński, *op. cit.*, s. 115–120.

24 APP, SAP, sygn. 53, s. 2 – pismo Prezesa SP w Poznaniu z 9. 01. 1920 r.

odbywały się raz w tygodniu i zostały już rozpisane na cały rok²⁵. Raporty z pozostałych sądów w okręgu Sądu Okręgowego w Poznaniu, położonych w obrębie linii demarkacyjnej, także wskazywały, iż sędziowie pokoju rozpoczęli swą działalność w miesiącu styczniu lub lutym²⁶. Większe komplikacje pojawiły się w 4 sądach objętych przez polskie władze w późniejszym czasie. Sąd pokoju przy Sądzie Powiatowym w Międzychodzie odbył swe pierwsze posiedzenie dopiero 26 kwietnia 1920 roku²⁷. Pierwsze rozprawy przed sądem pokoju w Wieleniu wyznaczono na 27 maja 1920 roku, choć do lipca 1920 roku tylko jeden z trzech wyznaczonych sędziów faktycznie rozpoczął orzekanie. W Sądzie Powiatowym w Zbąszyniu sędzia pokoju przewodniczył przed 1 lipca 1920 roku jednemu posiedzeniu²⁸. Najpóźniej działalność rozpoczął sąd pokoju przy Sądzie Powiatowym w Chodzieży. Z powodu niepodjęcia obowiązków przez pierwotnie wyznaczonych sędziów, w pracy sądu nastąpiło kilkumiesięczne opóźnienie i w efekcie pierwsza rozprawa przed sędzią pokoju dla spraw karnych w Chodzieży odbyła się dopiero 28 lipca 1920 roku²⁹.

Zgodnie z rozporządzeniem nr 182 Sądowi Okręgowemu w Bydgoszczy podlegać miały położone w obszarze linii demarkacyjnej sądy powiatowe w Inowrocławiu, Kcyni, Łabiszynie, Strzelnie, Szubinie i Żninie oraz położone poza tym obszarem sądy powiatowe w Bydgoszczy, Koronowie, Margoninie, Nakle, Łobżenicy i Wyrzysku. Z racji, iż Sąd Okręgowy w Bydgoszczy znajdował się poza linią demarkacyjną, podlegające mu formalnie wymienione sądy położone po polskiej stronie miały do czasu przejścia Sądu Okręgowego przez polski wymiar sprawiedliwości podlegać pod kątem nadzoru służbowego Prezesowi Sądu Okręgowego w Gnieźnie. W największym z sądów powiatowych w tym okręgu – Sądzie Powiatowym w Bydgoszczy – sędziów pokoju mianowano dekretemi z 12 i 22 lutego 1920 roku, choć nie wszyscy kandydaci przyjęli ostatecznie urząd³⁰. W Inowrocławiu pierwsze posiedzenia sądu pokoju odbyły się 28 lutego 1920 roku, w Kcyni sędzia pokoju stał się w sądzie z nominacją już 9 stycznia 1920 roku, w tych samych dniach sędziowie zameldowali się w sądzie w Żninie³¹. W Koronowie

25 APP, SAP, sygn.53, s. 11–14 – pismo Prezesa SP w Poznaniu z 23. 02. 1920 r.

26 Np. APP, SAP, sygn. 347, k. 4 – SP Czarnków, pierwsza rozprawa 25. 02. 1920 r.; sygn. 428, k. 4 – SP Pniewy, pierwsza rozprawa 19. 02. 1920 r.

27 APP, SAP, sygn. 397, k. 8 – wykaz czynności sądu pokoju przy SP w Międzychodzie z 1. 07. 1920 r.

28 APP, SAP, sygn. 464, k. 20 – pismo Naczelnika SP w Wieleniu z 26.07.1920 r.; sygn. 478, k. 5 – pismo Naczelnika SP w Zbąszyniu z 17. 08. 1920 r.

29 APP, SAP, sygn. 344, k. 5–5v – pismo Naczelnika SP w Chodzieży z 27. 07. 1920 r.

30 APP, SAP, sygn. 481, k. 1–2 – pisma z 12. 02. 1920 r. i 22. 02. 1920 r.; k. 3 – pismo z 5. 03. 1920 r.; k. 6 – pismo Departamentu Sprawiedliwości z 29.03.1920 r. z przyjęciem rezygnacji trzech sędziów pokoju.

31 APP, SAP, sygn. 494, k. 1 – pismo Naczelnika SP w Inowrocławiu z 18. 02. 1920 r.; sygn. 497, k. 2 – pismo Naczelnika SP w Kcyni z 9. 01. 1920 r.; sygn. 527, k. 2 – pismo Naczelnika SP w Żninie z 16. 01. 1920 r.

sędzia pokoju Górzyński został mianowany w dniu 18 lutego 1920 roku, ale pierwsze posiedzenie sądu odbyło się dopiero 14 kwietnia, niemal tydzień później niż w Sądzie Powiatowym w Łabiszynie³². Natomiast sędziowie pokoju w Łobżenicy, Nakle i Wyrzysku rozpoczęli orzekanie dopiero w maju 1920 roku³³. Ze Strzelna pierwszy raport o wyznaczeniu sędziów pokoju nosił datę już 20 stycznia 1920 roku, jednakże w następnych miesiącach sąd borykał się z problemami kadrowymi³⁴. Pod koniec marca 1920 roku odbyło się pierwsze posiedzenie sądu pokoju w Szubinie³⁵.

Zgodnie z Rozporządzeniem nr 182 obwód Sądu Okręgowego w Gnieźnie obejmował sądy powiatowe w Gnieźnie, Mogilnie, Trzemesznie, Wągrowcu, Witkowie i Wrześni. 14 lutego 1920 roku Prezes Sądu Okręgowego w Gnieźnie Antoni Karpiński poinformował Departament Sprawiedliwości Ministerstwa o rozpoczęciu działalności przez wszystkie sądy pokoju przy sądach powiatowych w obwodzie Sądu Okręgowego w Gnieźnie. Wyjątkiem pozostawał Sąd Powiatowy w Witkowie, w którym sędzia pokoju do spraw karnych miał rozpocząć orzekanie w ciągu najbliższego tygodnia. Prezes Karpiński nie miał zastrzeżeń co do pracy sędziów niezawodowych, których pracę obserwował w Sądzie Powiatowym w Gnieźnie. Podkreślał, że rozprawy prowadzili „z powagą i umiejętnością”³⁶. Zachowane w aktach raporty z działalności sądów pokoju podlegających Sądowi Okręgowemu w Gnieźnie wskazują, iż sądy rozpoczęły swą działalność bez większych problemów³⁷.

Raporty w sprawie działania sądów pokoju poczęły spływać również z obwodu Sądu Okręgowego w Lesznie, przejętego przez władze polskie 19 stycznia 1920 roku³⁸. Oprócz położonych poza linią demarkacyjną sądów powiatowych w Lesznie, Bojanowie i Rawiczu (tych dwóch ostatnich przejętych 23 stycznia 1920 roku) Sądowi Okręgowemu podlegały sądy powiatowe w Gostyniu, Jutrosinie, Kościanie, Śmiglu i Wolsztynie³⁹. W piśmie datowanym na 7 lutego 1920 roku Prezes Sądu Okręgowego w Lesznie Adam Ruszczyński donosił, że 4 i 5 lutego 1920 roku odbyły się pierwsze posiedzenia sądu

32 APP, SAP, sygn. 500, k. 3 – pismo Naczelnika SP w Koronowie z 26. 06. 1920 r.; sygn. 503, k. 23 – pismo Prezesa SO w Bydgoszczy z 23. 06. 1920 r.

33 APP, SAP, sygn. 506, k. 2 – pismo Prezesa SO w Bydgoszczy z 24. 06. 1920 r. (Łobżenica – 12. 05. 1920 r.); sygn. 512, k. 2 – pismo Naczelnika SP w Nakle z 3. 08. 1920 r.; sygn. 524, k. 8–8v – pismo Naczelnika SP w Wyrzysku z 7. 07. 1920 r.

34 APP, SAP, sygn. 515, k. 1–8.

35 APP, SAP, sygn. 518, k. 1 – pismo Naczelnika SP w Szubinie z 20. 03. 1920 r.

36 APP, SAP, sygn. 53, k. 8 – pismo Prezesa SO w Gnieźnie z 14. 02. 1920 r.

37 Cf. przedstawienie historii sądu pokoju przy Sądzie Powiatowym we Wrześni – Sz. Paciorkowski, *Początki polskiego Sądu Powiatowego we Wrześni w II RP*, [w:] „Museion Wrzesiński” 2013, s. 43–46.

38 *Zbiór rozporządzeń...*, s. 194–195 (lista sądów przejętych przez władze polskie, wraz z datami przejęcia).

39 Przykładowy raport z działalności sądu pokoju przy SP w Gostyniu: APP, SAP, sygn. 356, k. 1–7.

pokoju w Gostyniu i Śmigłu, a tydzień wcześniej w Jutrosinie i Kościanie. Prezes Ruszczyński, osobiście obecny na posiedzeniach sądu w Gostyniu i Śmigłu, podkreślał, iż wprawdzie orzekający sędziowie pokoju „nie byli jeszcze dość biegli w załatwianiu formalności”, ale za to „byli bardzo dobrze przygotowani, znali doskonale akta i trafnie wyrokowali”⁴⁰. Dzień wcześniej (6 lutego 1920 roku) Prezes Ruszczyński podał, iż sądy pokoju w Bojanowie, Lesznie i Rawiczu wkrótce rozpoczną urzędowanie⁴¹. Stwierdzenie to okazało się nietrafne w odniesieniu do Rawicza. Problemy ze znalezieniem sędziów pokoju i porozumieniem w kwestii kompetencji doprowadziły do tego, iż pierwsze posiedzenie sądu odbyło się dopiero 11 maja 1920 roku⁴².

W okręgu Sądu Okręgowego w Ostrowie jedynie sąd powiatowy w Kępnie – jako leżący poza obszarem linii demarkacyjnej – przeszedł pod polski zarząd później. Tam też pierwsze posiedzenia sądu pokoju odbyły się jako ostatnie, bo dopiero 24 kwietnia 1920 roku⁴³. Pozostałe sądy powiatowe – w Jarocinie, Koźminie, Krotoszynie, Odolanowie, Ostrowie, Ostrzeszowie i Pleszewie – objęte zostały przez polską administrację z dniem 1 stycznia 1920 roku. O początkach działalności sądów pokoju raportował Prezes ostrowskiego Sądu Okręgowego – Władysław Lehmann i naczelnicy sądów powiatowych. Sędziowie pokoju przy Sądzie Powiatowym w Jarocinie rozpoczęli orzekanie 10 marca 1920 roku, a w Koźminie do połowy czerwca 1920 roku odbyło się 12 posiedzeń sądu pokoju⁴⁴. W Ostrzeszowie trzej sędziowie pokoju orzekali od 6 marca 1920 roku, odbywając do 26 czerwca 1920 roku 16 posiedzeń⁴⁵. W zachowanych aktach brak wzmianek o tym, by sędziowie pokoju w Krotoszynie, Odolanowie, Ostrowie czy Pleszewie rozpoczęli orzekanie ze znaczącym opóźnieniem.

Wybrane problemy działania sądów pokoju w pierwszych miesiącach 1920 roku

Już od pierwszych miesięcy działania sądów pokoju występowały problemy z ich obsadą. Niektórzy wyznaczeni sędziowie odmawiali podjęcia obowiązków, inni rezygnowali po krótkim czasie⁴⁶. Z załączonych do akt rezygnacji – kierowanych do Departamentu Sprawiedliwości zarówno w pierwszym kwartale 1920 roku, jak i w późniejszych la-

40 APP, SAP, sygn. 51, k. 12–13 – pismo Prezesa SO w Lesznie z 7. 02. 1920 r.

41 APP, SAP, sygn. 53, k. 9 – pismo z 15. 02. 1920 r.

42 APP, SAP, sygn. 482, k. 7 – pismo Prezesa SO w Lesznie z 15. 06. 1920 r.

43 APP, SAP, sygn. 370, k. 14 – pismo Naczelnika SP w Kępnie z 16. 06. 1920 r.

44 APP, SAP, sygn. 364, k. 3 – pismo Prezesa SO w Ostrowie z 20. 04. 1920 r.; sygn. 378, k. 3–3v – pismo Naczelnika SP w Koźminie z 23. 06. 1920 r.

45 APP, SAP, sygn. 411, k. 2 – pismo Naczelnika SP w Ostrzeszowie z 26. 06. 1920 r.

46 *Vid. np.* APP, SAP, sygn. 350, k. 10 (Gniezno); sygn. 370, k. 4 (Kępno); sygn. 403, k. 11 (Oborniki); sygn. 494, k. 3–4 (Inowrocław); sygn. 521, k. 6 (Trzemeszno); sygn. 464, k. 9 (Wieleń); sygn. 487, k. 1–3 (Rawicz).

tach – wynika, iż najczęstszymi przyczynami odmowy sprawowania urzędu sędziego lub wniosków o zwolnienie ze sprawowanej już funkcji były: niemożność pogodzenia obowiązków zawodowych ze służbą społeczną, zbyt duże obciążenie finansowe związane ze sprawowaniem funkcji, wreszcie zmiana miejsca zamieszkania. Bywały także mniej typowe przypadki, spośród których warto wspomnieć przykład Jana Drzewieckiego, tłumaczącego swą odmowę sprawowania urzędu sędziego pokoju przy Sądzie Powiatowym w Chodzieży faktem, iż jako robotnika nie stać go było na zakup „tak przyzwoitego ubioru”, by mógł występować w sądzie⁴⁷. Osobną kwestią była nieposzlakowana opinia, jaką winni byli się cieszyć sędziowie pokoju, orzekający przecieź w sprawach swej lokalnej społeczności. Już na początku działalności sądów pokoju zdarzały się sytuacje wywołujące kontrowersje: w Sądzie Powiatowym w Pobiedziskach okazało się, że przeciwko jednemu z sędziów pokoju prowadzone jest postępowanie egzekucyjne, zaś sam sędzia nie zamierzał podporządkować się zarządzeniom komornika. Szybka reakcja przełożonych doprowadziła do zawieszenia sędziego, który następnie sam złożył rezygnację z urzędu w kwietniu 1920 roku⁴⁸.

Kolejnym nagłym problemem, z którym musiały uporać się nowe władze polskie, była kwestia wynagrodzenia sędziów pokoju. Zgodnie z art. 11 rozporządzenia nr 186 pełnili oni funkcję honorowo, otrzymując jedynie zwrot kosztów w wysokości od 2000 do 4000 marek rocznie, w zależności od zakresu ich działalności. Natomiast wynagrodzenie zastępców sędziów miało być uzależnione od miejsca zamieszkania: zastępcy mieszkający w siedzibie sądu pokoju mieli otrzymywać 40 marek za każde posiedzenie sądowe, natomiast zastępcy mieszkający poza siedzibą sądu – 60 marek.

Jak wskazano powyżej, rozróżnienie na stałych sędziów pokoju i ich zastępców napotkało na problemy praktyczne. Zapewne w związku z tymi okolicznościami w piśmie Departamentu Sprawiedliwości MBDP z 23 lutego 1920 roku odniesiono się tylko do zwrotu kosztów w kwocie od 2000 do 4000 marek rocznie, przesyłając Prezesowi Sądu Apelacyjnego polecenie ustalenia propozycji wysokości odszkodowania dla poszczególnych sędziów w terminie 2 tygodni na podstawie załączonego formularza⁴⁹. Formularz ten zawierał dane o zawodach sędziów pokoju, przypuszczalnej rocznej liczbie spraw, posiedzeń i uśrednionych godzin codziennego zatrudnienia, jak również informacje o odległości miejsca zamieszkania od miejsca urzędowania i proponowanej wysokości zwrotu kosztów. Wspomniane pismo wpłynęło do Sądu Apelacyjnego 4 marca 1920

47 APP, SAP, sygn. 344, k. 12 – odpis pisma Jana Drzewieckiego z 21.07.1920 r. Jego rezygnacja została jednak ostatecznie przyjęta dopiero w styczniu 1921 r., choć w rzeczywistości nigdy nie podjął urzędowania – *vid.* APP, SAP, sygn. 344, k. 15 i k. 16.

48 APP, SAP, sygn. 431, k. 3–13. Zapewne właśnie konieczność sprawdzenia przez władze sądowe kwalifikacji sędziów pokoju doprowadziła do wydania polecenia obowiązkowego sporządzenia przez wszystkich sędziów własnoręcznych życiorysów, które nadsyłało do Sądu Apelacyjnego w lecie 1920 r.

49 APP, SAP, sygn. 53, s. 34 – pismo Departamentu Sprawiedliwości z 23. 02. 1920 r.

roku. W następnych tygodniach do Poznania spływały formularze wypełnione przez Prezesów sądów okręgowych, co zajęło jednak więcej czasu, niż zakładał to Departament Sprawiedliwości. W marcu 1920 roku nadeszły raporty z Sądu Okręgowego w Bydgoszczy i Sądu Okręgowego w Poznaniu. Prezes Sądu Okręgowego w Gnieźnie przesłał sprawozdanie o proponowanej wysokości wynagrodzenia w dwóch turach – 19 kwietnia i 18 maja 1920 roku⁵⁰. Prezes ostrowskiego Sądu Okręgowego przesłał formularz dopiero 5 czerwca 1920 roku, zaznaczając jednak, że jest jeszcze zbyt wcześnie na ustalenie ostatecznej wysokości odszkodowania⁵¹. Prezes Sądu Okręgowego w Lesznie w ogóle nie przedstawił projektu, wskazując, że ustalenie proponowanej kwoty nie będzie możliwe, dopóki nie zyska „dostatecznego poglądu na zakres działalności poszczególnych sędziów”, co w jego opinii mogło nastąpić dopiero w październiku lub listopadzie⁵². Trudny do rozwiązania problem ustalenia odpowiedniej wysokości zwrotu kosztów dla sędziów pokoju doprowadził wkrótce do wydania nowych przepisów w tej materii⁵³.

Pierwsze miesiące urzędowania wiązały się również z wątpliwościami dotyczącymi kompetencji i jakości orzecznictwa sędziów pokoju. Z jednej strony, sędziowie ci otrzymali szeroki zakres obowiązków: na mocy art. 4 rozporządzenia nr 186 przysługiwało im prawo wydawania mandatów karnych, a zgodnie z art. 5 tegoż rozporządzenia zobowiązani byli do przygotowania rozprawy głównej. Z drugiej strony, nacisk położony został na wsparcie dawane niezawodowym sędziom przez naczelników sądów, przejawiające się choćby w obowiązku wykonania wyroków w sprawach podlegających sądowi pokoju czy udzielania wyjaśnień w kwestiach prawnych wchodzących w zakres właściwości sądów pokoju (art. 6 i art. 7 rozporządzenia nr 186). Do problemów stosowania przepisów ustawowych do działania sądów pokoju odniósł się między innymi wydany 18 lutego 1920 roku okólnik Departamentu Sprawiedliwości⁵⁴. Zgodnie z postanowieniami kolejnego okólnika z dnia 2 marca 1920 roku Prezes Sądu Apelacyjnego w Poznaniu zobowiązany został do zwrócenia się do Prezesów sądów okręgowych o pouczenie sędziów pokoju, by z pytaniami o wyjaśnienie zakresu działania i interpretację przepisów zwracali się do nich, a nie bezpośrednio do Departamentu Sprawiedliwości, gdyż „obecnie zdarzają się coraz częściej wypadki, że w sprawach zupełnie błahych sędziowie pokoju wprost do Departamentu skierowują zapytania, na które odpowiedź mogliby otrzymać od Prezesa Sądu Okręgowego”⁵⁵.

50 APP, SAP, sygn. 53, s. 46 – pismo Prezesa SO w Gnieźnie z 18. 05. 1920 r.

51 APP, SAP, sygn. 53, s. 52 – pismo Prezesa SO w Ostrowie z 5. 06. 1920 r.

52 APP, SAP, sygn. 53, s. 51 – pismo Prezesa SO w Lesznie z 17. 03. 1920 r.

53 Okólnik I. 126 z 29. 07. 1920 r. w przedmiocie wynagrodzenia sędziów pokoju; rozporządzenie z 25. 01. 1921 r. w sprawie zwrotu kosztów i odszkodowania za stratę czasu dla sędziów pokoju w byłej dzielnicy pruskiej (DzUMbDP, nr 5 z 1921 r., poz. 25, s. 75).

54 APP, SAP, sygn. 52, s. 10, s. 17 - Okólnik Departamentu Sprawiedliwości L. 11 z 18. 02. 1920 r.

55 APP, SAP, sygn. 52, s. 18 – Okólnik Departamentu Sprawiedliwości L. 19 z 2. 03. 1920 r. (4.IIa.6615/20).

Wgląd w praktykę orzeczniczą sądów pokoju w pierwszych miesiącach ich działania dają zachowane w części akt Sądu Apelacyjnego sprawozdania z lustracji przeprowadzonych przez instruktora dla sędziów pokoju Jana Cegielskiego, który w drugiej połowie kwietnia i maju 1920 roku zmierzył zachodnią i południową Wielkopolskę⁵⁶. W pierwszej części tych raportów przedstawiano stan osobowy sądów pokoju przy odwiedzionym sądzie powiatowym, jak również częstotliwość posiedzeń sądu i sposób ich wyznaczania. W dalszej kolejności w formie danych liczbowych analizowano tok czynności w sądzie pokoju, w tym liczbę spraw, które wpłynęły do sądu w pierwszych miesiącach jego działalności i które zostały już załatwione, a także liczbę dotychczasowych posiedzeń sądu. Instruktor omawiał również pokrótce jakość protokołów rozpraw. Sprawozdania zawierały ponadto omówienie posiedzeń, które wizytował instruktor i jego spostrzeżenia. Końcowe fragmenty odnosiły się do zwięzłej oceny postawy i jakości pracy sędziów pokoju, a także do ewentualnych uwag i wniosków na przyszłość. Podkreślić należy, iż w żadnym z zachowanych sprawozdań praca sędziów pokoju nie została poddana wyraźnej krytyce, przy czym zwracano uwagę na zbyt krótki czas dotychczasowego funkcjonowania sądów, by móc dokonać całościowej oceny. Do pracy części sędziów pojawiły się natomiast pewne zastrzeżenia, związane choćby ze zbyt słabą znajomością przepisów, czy problemami w przygotowaniu uzasadnień orzeczeń⁵⁷. Oprócz kontroli przeprowadzonej przez instruktora Cegielskiego Sąd Apelacyjny w Poznaniu kierował w pierwszej połowie roku 1920 roku zapytania do poszczególnych Prezesów sądów okręgowych w kwestii bieżącej działalności sądów pokoju⁵⁸.

Końcowym akcentem w działalności sądów pokoju w pierwszym półroczu 1920 roku stała się kwestia rozszerzenia zakresu kompetencji sędziów pokoju o orzekanie również w drobnych sprawach cywilnych. Już 24 kwietnia 1920 roku odbyła się w biurze Szefa Departamentu Sprawiedliwości MBDP Poznaniu konferencja poświęcona tej kwestii, na którą zaproszono po „3 najwybitniejszych sędziów pokoju z każdego Sądu Okręgowego”⁵⁹. Przez następne dwa miesiące trwały prace i konsultacje nad projektem

56 Zachowały się protokoły z wizytacji przeprowadzonych tylko w okręgu SO w Poznaniu i SO w Lesznie, być może zatem w pozostałych okręgach wizytacje się nie odbyły. APP, SAP, sygn. 341, k. 8–9 (Bojanowo, 23.04.1920 r.); sygn. 356, k. 8–9v (Gostyń, 20.–21. 04. 1920 r.); sygn. 360, k. 6–7 (Grodzisk Wlkp.); sygn. 367, k. 3–4 (Jutrosin, 26–27. 04. 1920 r.); sygn. 375, k. 3–4 (Kościan, 24. i 30 .04. 1920 r.); sygn. 390, k. 4–5 (Leszno, 19 i 22. 04. 1920 r.); sygn. 400, k. 3–4 (Nowy Tomysł, 19. 05. 1920 r.); sygn. 446, k. 5–6 (Śmigiel, 29. 04. 1920 r.); sygn. 449, k. 3–4 (Śrem, 27. 04. 1920 r.); sygn. 452, k. 3–4 (Środa, 11–12. 05. 1920 r.); sygn. 470, k. 3–4 (Wolsztyn, 6–7. 05. 1920 r.); sygn. 487, k. 8–8v (Rawicz, 20. 04. 1920 r. – sąd jeszcze nie działał).

57 Zob. APP, SAP, sygn. 341, k. 9;

58 Np. APP, SAP, sygn. 467, k. 3 – pismo Naczelnika SP w Witkowie z 30.06.1920 r.; sygn. 509, k. 5 – pismo Naczelnika SP w Mogilnie z 28. 06. 1920 r.; sygn. 518, k. 2 – pismo Naczelnika SP w Szubinie z 26. 06. 1920 r.; sygn. 527, k. 6 – pismo Naczelnika SP w Żninie z 21. 07. 1920 r.;

59 APP, SAP, sygn. 53, s. 84 – pismo Departamentu Sprawiedliwości z 12. 04. 1920 r. (L. 4. IIa.10424/20).

rozporządzenia, sondowano potencjalnych kandydatów na sędziów pokoju dla spraw cywilnych⁶⁰. Ukoronowaniem tych starań było rozporządzenie Ministra byłej Dzielnicy Pruskiej z dnia 23 czerwca 1920 roku⁶¹, w którym znowelizowano niemiecką ustawę o ustroju sądownictwa i dodano do niej przepis §22a o następującym brzmieniu:

Szef Departamentu Sprawiedliwości Ministerstwa b. dzielnicy pruskiej może na przeciąg czasu, jaki uzna za odpowiedni, w Sądach Powiatowych poruczyć sędziom pokoju za ich zgodą orzecznictwo w cywilnych sprawach w zakresie właściwości Sądów Powiatowych. Sędziemu pokoju, który ma wykonywać orzecznictwo w cywilnych sprawach, z reguły nie należy powierzać wykonywania orzecznictwa karnego. Szef Departamentu Sprawiedliwości Ministerstwa b. dzielnicy pruskiej ustali zasady, które należy przestrzegać przy przydzielaniu sędziom pokoju spraw cywilnych. Uchybienie tym zasadom nie pociąga za sobą ujemnych skutków prawnych.

Termin wejścia w życie rozporządzenia ustalono dopiero na 16 września 1920 roku. Jego uzupełnieniem było zarządzenie wykonawcze, zawierające instrukcje dla sędziów pokoju mających orzekać w sprawach cywilnych, a także okólniki⁶². W następnych miesiącach trwało ustalanie listy sędziów pokoju dla spraw cywilnych, ich szkolenie i wydawanie dalszych zarządzeń⁶³.

Podsumowanie

Lato 1920 roku stanowiło ważną cezurę w początkowej działalności sędziów pokoju. Zmianą najważniejszą było zasygnalizowane już powyżej mianowanie nowych sędziów orzekających w drobnych sprawach cywilnych. Po okresie przejmowania wymiaru sprawiedliwości przez władze polskie stan osobowy sądów zaczynał się stabilizować. Sędziowie pokoju, którzy objęli swój urząd, wdrażali się w rutynę orzeczniczą.

Podsumowując, podkreślić należy, iż z jednej strony, pierwsze miesiące działalności sądów pokoju pozwoliły osiągnąć wiele sukcesów. Ich sieć udało się utworzyć przy

60 W przedmiocie powierzenia sędziom pokoju orzecznictwa w sprawach cywilnych wydano również okólnik nr 67 z dnia 31. 05. 1920 r. (Nr dz. 4.II.a.14952/20).

61 Rozporządzenie z 23. 06. 1920 r. o dalszej zmianie niektórych przepisów niemieckiej ustawy o ustroju sądownictwa i o uproszczeniu postępowania w cywilnych sprawach spornych; DzUMbDP, Nr 34 z 1920, poz. 304.

62 Zarządzenie wykonawcze do rozporządzenia z dnia 23 czerwca 1920 r., DzUMbDP z 1920, nr 34, poz. 307.

63 *V* okólnik 1. 106 z 6.07.1920 r. w przedmiocie zmian przepisów niemieckiej ustawy o ustroju sądownictwa oraz adwokatury w b. dzielnicy pruskiej (L. dz. 4.II.a.18351/20; cyt. za: *Zbiór rozporządzeń...*, s. 246–248); APP, SAP, sygn. 54, s. 1–6 – pismo Prezesa SA w Poznaniu z 11.08.1920 r. ws. kandydatów na sędziów pokoju ds. cywilnych w poszczególnych sądach powiatowych

wszystkich sądach powiatowych podległych Sądowi Apelacyjnemu w Poznaniu, a sędziowie – w większości niemający przecież wcześniej związków z wymiarem sprawiedliwości – rozpoczęli urzędowanie. Co więcej, protokoły wizytacji wskazują, że do jakości ich orzecznictwa nie było na razie większych zastrzeżeń.

Z drugiej strony, już w tych właśnie pierwszych miesiącach działalności sądów pokoju dały o sobie znać problemy, które miały nękać tę instytucję w następnych latach. W artykule omówiono kwestie rezygnacji sędziów pokoju z zajmowanych przez nich stanowisk, odmowy podejmowania tej służby, a także niewystarczających wynagrodzeń, przyznawanych sędziom, którzy musieli godzić swoje obowiązki zawodowe z obowiązkami sądowymi. Niniejszy szkic miał na celu zasygnalizowanie tych komplikacji i otwarcie pola do dalszych badań nad działalnością niezawodowych sędziów w pierwszych latach II RP.

SUMMARY

The first months of the activities of the courts of peace in the Court of Appeal in the Poznan circuit in the light of the court files from the Court of Appeal in Poznan

The aim of the paper is to present the activities of the courts of peace in the Court of Appeal in the Poznan circuit in the Polish Second Republic in the first months of their existence in 1920. The courts of peace were established in the former Prussian partition by the Polish authorities because of the shortage of Polish legal professionals. Justices of the peace were appointed from the local citizenry and most of them had no formal legal education. The article, which is primarily based on the study of court files from the Court of Appeal in Poznan, deals with selected problems concerning the implementation of the courts of peace, like issues connected with the appointment of new justices and the financial compensation for their activities at court.

KEYWORDS: courts of peace, justices of peace, Polish Second Republic, Court of Appeal in Poznan

IRENA ALICJA SZYMANOWSKA

Sukcesja państw po rozpadzie Socjalistycznej Federacyjnej Republiki Jugosławii

Socjalistyczna Federacyjna Republika Jugosławii (SFRJ) przestała istnieć w 1991 roku. Kwestie sukcesji po upadku państwa pozostawały przez długi czas nieuregulowane z powodu braku jednomyślności republik pojugosłowiańskich co do sposobu zaprzestania istnienia SFRJ. Serbia i Czarnogóra nie ogłosiły deklaracji o niepodległości, uznając tym samym, iż pozostałe republiki, poprzez swoje deklaracje niepodległościowe, dokonały secesji. Oznacza to, że SFRJ wciąż istniała, ale w zmienionym kształcie terytorialnym i tożsama była z Serbią i Czarnogórą. Nie zgadzały się z tym stanowiskiem Bośnia i Hercegowina (BiH), Chorwacja, Macedonia i Słowenia, które uważały, że utworzenie przez nie odrębnych państwowości nie stanowiło wyniku szeregu secesji, ale procesu rozpadu państwa, który w konsekwencji doprowadził do jego całkowitego upadku. Problem ten stał się przedmiotem dokumentu wydanego przez Komisję Arbitrażową Konferencji Pokojowej ds. byłej Jugosławii zwołanej pod auspicjami Wspólnoty Europejskiej¹. Komisja ustosunkowała się do tej kwestii w pierwszej wydanej opinii, w grudniu 1991 roku. Była ona odpowiedzią na zapytanie przesłane przez stronę serbską.

Serbia, wysuwając swoją tezę, opierała się na art. 6 Konwencji wiedeńskiej z 1978 roku o sukcesji państw w odniesieniu do traktatów i art. 3 Konwencji wiedeńskiej z 1983 roku o sukcesji państw w odniesieniu do mienia, archiwów i długów państwowych². Zgodnie z tymi przepisami odłączenie się państwa musi być przeprowadzone zgodnie z Kartą NZ³. Jak twierdzi Vladimir Đuro Degan, profesor prawa z uniwersytetu w Rijece, Serbia

1 Konferencja rozpoczęła swoją działalność 7 września 1991 r. w Pałacu Pokoju w Hadze i trwała do 14 sierpnia 1992 r. Uczestniczyli w niej przedstawiciele Prezydium i rządu Jugosławii, prezydenci poszczególnych republik, przewodniczący Rady Wspólnoty Europejskiej, przedstawiciele państw członkowskich WE oraz Komisji Europejskiej. M. C. Hamill, *Konferencija o miru u Jugoslaviji i raspad Jugoslavenske Federacije*, Zagrzeb 2008, s. 74.

2 V. Đ. Degan, *Primjenljiva pravna pravila o sukcesiji država*, [w:] „Zakonitost” 46 (1992), nr 6–7, s. 848.

3 Art. 6 Konwencji wiedeńskiej z 1978 r. o sukcesji państw w odniesieniu do traktatów (dalej: Konwencji wiedeńskiej z 1978 r....), UNTS, vol. 1946, No. 33356, 1996.

chciała nakierować Komisję na taki tok rozumowania, oczekując, że zgodzi się ona z tym podejściem i uzna odłączenie Słowenii i Chorwacji za niezgodne z prawem. Pozwoliłoby to uniknąć naruszenia całości terytorialnej i niezależności politycznej SFRJ, która jest przecież członkiem ONZ.

Jak analizuje dalej Degan, w zapytaniu Serbii znalazły się dwie tezy. Pierwsza, że ogłoszenie niezależności Słowenii i Chorwacji było jednostronne, czyli nielegalne. Druga, że obie sukcesje zostały przeprowadzone z użyciem siły. Twierdzenia te miały być uzasadnieniem interwencji zbrojnej Jugosłowiańskiej Armii Ludowej (JNA – Jugoslavenska Narodna Armija) przeciwko tym republikom i argumentem legalizującym wszystkie poniesione w jej wyniku szkody i straty w ludziach. Próbowano również w ten sposób odebrać secesjonistycznym republikom prawa do sukcesji majątku po SFRJ, a co najważniejsze, oczekiwano, iż opinia Komisji Arbitrażowej pomoże zapobiec procesowi oddzielenia się BiH i Macedonii⁴.

Komisja przeciwstawiła się stanowisku zajętemu przez rządy Serbii i Czarnogóry, stwierdzając w opinii, iż Jugosławia znajduje się w stanie rozpadu. Ponadto odniosła się do samego zagadnienia sukcesji, przyznając, że zgodnie z akceptowaną w prawie międzynarodowym definicją pojęcia „sukcesja państwa”, termin ten oznacza zastąpienie jednego państwa przez inne, w jego odpowiedzialności za relacje międzynarodowe danego terytorium⁵. Z sukcesją mamy więc do czynienia w chwili, kiedy w danym państwie dochodzi do zmian terytorialnych. Komisja wskazała również, że wszystkie państwa zainteresowane w kwestii sukcesji powinny mieć pełną swobodę uregulowania tego zagadnienia na drodze umowy, przestrzegając przy tym norm podstawowych praw człowieka i mniejszości narodowych i etnicznych, które są dla nich bezwzględnie wiążące. Podkreśliła także, że republiki mają możliwość, zgodnie ze swoim wyborem, podjęcia wspólnych działań dążących do utworzenia struktur wyposażonych w instytucje demokratyczne⁶. W konsekwencji Komisja uznała, że rozwiązanie problemu sukcesji ciąży na samych republikach.

Sukcesja po rozpadzie SFRJ w opiniach Komisji Arbitrażowej

Definicja pojęcia „sukcesja państw” oraz reguły dotyczące samodzielności państw w rozwiązywaniu kwestii związanych z sukcesją znajdujące się w opiniach Komisji zaczerpnięte zostały ze wspomnianych już Konwencji wiedeńskich. Chociaż ich przepisy nie były jeszcze w mocy, gdy Komisja wydawała swoje opinie, to wiele z nich miało charak-

4 V. Đ. Degan, *op. cit.*, s. 849.

5 *Conference on Yugoslavia Arbitration Commission: Opinions on questions arising from the dissolution of Yugoslavia*, [w:] „International Legal Materials (ILM)”, Vol. 31, No. 6, 1992, s. 1495.

6 *Ibidem*, s. 1947.

ter ogólnie przyjętych norm prawa zwyczajowego⁷. Komisja w opinii nr 9 stwierdziła, że przepisy zawarte w Konwencjach dotyczą sukcesorów Jugosławii, ponieważ państwa powstałe z jej rozpadu zgodziły się na ich stosowanie podczas Konferencji Pokojowej ds. Jugosławii. Warto zaznaczyć, że sygnatariuszami obu Konwencji są wszystkie były republiki SFRJ.

Opinie nr 8, 9 i 10 zostały poświęcone wyłącznie zagadnieniu sukcesji. W każdej z nich znajdują się odwołania do Konwencji wiedeńskich, w szczególności polecenia rozwiązywania problemów sukcesji na podstawie norm zawartych w Konwencjach.

Opinia nr 8 z 4 lipca 1992 r. jednoznacznie wskazała, iż proces rozpadu państwa jugosłowiańskiego, który został stwierdzony w opinii nr 1, jest już zakończony i SFRJ przestała istnieć. Z rozpadem SFRJ wciąż nie były pogodzone rządy w Belgradzie i Podgoricy. 27 kwietnia 1992 roku ogłoszono nową konstytucję, w której proklamowano powstanie Federalnej Republiki Jugosławii (FRJ) składającej się z Serbii i Czarnogóry. Utrzymywano, że FRJ jest kontynuatorem ciągłości prawnomiędzynarodowej SFRJ i przejmuje jej wszystkie prawa i obowiązki. Pomimo iż utworzenie FRJ nie zapobiegło uznaniu czterech nowych państw powstałych wskutek rozpadu SFRJ, miało swoje polityczne cele⁸:

- zapobieżenie uznaniu państwa FRJ od nowa,
- przyjęcie członkostwa SFRJ w organizacjach międzynarodowych, zachowanie praw i obowiązków wynikających z licznych umów międzynarodowych, zachowanie stosunków dyplomatycznych i konsularnych nawiązanych za czasów SFRJ.

W opinii nr 8 Komisja przywołała fakt utworzenia przez Serbię i Czarnogórę nowego państwa jako jeden z dowodów na to, że SFRJ już nie istnieje. Powołała się również na rezolucję 757 z 1992 r. Zgromadzenia Ogólnego ONZ, w której odmówiono FRJ automatycznego kontynuowania członkostwa SFRJ w ONZ. Potwierdzono tym samym, że społeczność międzynarodowa uważa państwo utworzone przez Serbię i Czarnogórę za zupełnie nowy i odrębny podmiot.

W opinii nr 9 z 4 lipca 1992 roku Komisja wskazała, że rozpad SFRJ oznacza, iż wszystkie powstałe w jej miejsce i w jej granicach terytorialnych państwa są jej sukceso-

7 W obecnym stanie prawnym Konwencja wiedeńska z 1978 r. o sukcesji państw w odniesieniu do traktatów jest obowiązująca, ponieważ ratyfikowało ją co najmniej 20 państw (taki był wymóg w niej zawarty). Konwencja weszła w życie w 1996 r. Nie ma wciąż mocy obowiązującej Konwencja wiedeńska z 1983 r. o sukcesji państw w odniesieniu do mienia, archiwów i długów państwowych.

8 V. Đ. Degan, *op. cit.*, s. 849.

rami i muszą wspólnie uzgodnić w drodze umowy międzynarodowej kwestie wynikające z rozpadu. Komisja podkreśliła, że:

- w osiągnięciu porozumienia strony muszą się opierać na zasadach wyrażonych w Konwencjach z 1978 i 1983 roku,
- należy w pełni uwzględnić zasadę równości praw i obowiązków między państwami,
- członkostwo w organizacjach międzynarodowych musi być zakończone zgodnie z ich statutami i żadne z sukcesorów nie może na wyłączność rościć sobie praw przysługujących wcześniej SFRJ,
- majątek SFRJ znajdujący się w państwach trzecich oraz jej aktywa i długi muszą zostać równo podzielone między sukcesorów,
- strony muszą rozwiązać sporne zagadnienia wyłącznie przy użyciu środków pokojowych, w zgodzie z zasadami Karty NZ⁹.

W opinii nr 10 Komisja przyznała, że FRJ nie może się cieszyć uznaniem międzynarodowym, jakie posiadała SFRJ. To od woli innych państw zależy bowiem czy uznają ją za pełnoprawny podmiot prawa międzynarodowego. Samo uznanie zależne jest natomiast od spełnienia warunków określonych przez prawo międzynarodowe i przedstawionych w deklaracji z 16 grudnia 1991 r. dotyczącej uznawania nowych państw w Europie Wschodniej i Związku Radzieckim.

W opinii nr 11 określone zostały daty sukcesji wszystkich pięciu państw powstałych z rozpadu SFRJ, a także podkreślono, że o ile strony nie umówią się inaczej, daty te są również datami przejścia majątku, archiwów i długów SFRJ na państwa sukcesorów¹⁰. Komisja określiła daty sukcesji następująco:

- Chorwacja 8 października 1991 roku,
- Słowenia 8 października 1991 roku,
- Macedonia 11 listopada 1991 roku,
- BiH 6 marca 1992 roku,
- FRJ 27 kwietnia 1992 roku.

⁹ ILM, *op. cit.*, s. 1525.

¹⁰ *Mišljenja Arbitražne komisije o procesu raspada i o kriterijima za prestanak postojanja bivše SFRJ*, [w:] „Politička misao”, Vol. XXXIII, (1996.), nr 1, s. 177.

Konwencja wiedeńska o sukcesji państw w odniesieniu do traktatów z 1978 roku

Konwencja wiedeńska z 1978 roku o sukcesji państw w odniesieniu do traktatów reguluje sposób sukcesji umów międzynarodowych w zależności od tego, jak doszło do powstania, bądź zaprzestania istnienia państw. Z punktu widzenia upadku SFRJ, znaczenie mają przepisy odnoszące się do sukcesji umów w przypadku secesji bądź rozpadu państwa¹¹.

Konwencja zakłada ciągłość umów zawieranych przez poprzednika i ich automatyczną sukcesję przez sukcesorów. Umowy obowiązujące na całości terytorium poprzednika pozostają w mocy wobec wszystkich państw następców. Z kolei umowy zawarte przez poprzednika, ale odnoszące się tylko do którejś z części składowych, obowiązują wyłącznie na terytorium tego sukcesora¹². Istnieje jednak możliwość modyfikacji tych postanowień w drodze porozumienia między stronami, bądź też jednostronnie, na podstawie zasady *rebus sic stantibus*. Zasadnicza zmiana okoliczności może stanowić podstawę wygaśnięcia lub wycofania się z traktatu, jeśli stosowanie umowy w zmienionych warunkach byłoby niezgodne z jej celem lub przedmiotem bądź też w zasadniczy sposób modyfikowałoby warunki jej funkcjonowania¹³.

Zgodnie z tymi postanowieniami działała FRJ, która ogłosiła siebie jedynym i wyłącznym sukcesorem SFRJ. Zadeklarowała przestrzeganie wszystkich umów podpisanych przez byłą Jugosławię, zarówno dwu-, jak i wielostronnych. Ze stanowiskiem tym nie zgadzała się społeczność międzynarodowa, która nie uznawała identyczności tych dwóch państw. W większości przypadków, FRJ nie była wymieniana na listach stron poszczególnych umów wielostronnych, w odróżnieniu od SFRJ, która wciąż na nich widniała.

Pozostałe republiki SFRJ opierały się na zasadzie *tabula rasa* (*clean state*) odnoszącej się do nowych państw niepodległych, powstałych w Afryce w wyniku dekolonizacji. Zgodnie z nią nowe państwa nie są związane żadnymi umowami międzynarodowymi zawartymi przez poprzednika. Mają prawo do ich sukcesji, ale nie są do niej zobowiązane.

Konwencja różnicuje również reżim sukcesji ze względu na umowy wielostronne i dwustronne. Do umów wielostronnych stosuje się tak zwane prawo opcji. Polega ono na jednostronnej notyfikacji pozostałym stronom umowy swojej woli odnośnie sukcesji umowy zawartej przez poprzednika. Decyzja ta jest niezależna od woli pozostałych stron¹⁴.

W ten sposób postąpiła właśnie FRJ. Pozostałe republiki uregulowały kwestie umów wielostronnych zawartych przez SFRJ w specjalnych dokumentach i aktach prawnych.

11 Te dwa przypadki zostały w Konwencji potraktowane jednakowo.

12 Art. 34 ust. 1 Konwencji wiedeńskiej z 1978 r., ..., *op. cit.*

13 Art. 34 ust. 2 Konwencji wiedeńskiej z 1978 r., ..., *op. cit.*

14 Art. 27 Konwencji wiedeńskiej z 1978 r., ..., *op. cit.*

Chorwacja i Słowenia w swoich deklaracjach niepodległościowych z 25 czerwca 1991 roku ogłosiły, że będą przestrzegać obowiązujących zasad prawa międzynarodowego oraz gwarantują wykonywanie zobowiązań międzynarodowych wynikających z umów zawartych przez SFRJ, a odnoszących się do ich terytoriów¹⁵. Notyfikowały pozostałym stronom zamiar sukcesji tych umów, zastrzegając, że nie mogą być one sprzeczne z ich konstytucjami. Do kilku z umów, których stroną była SFRJ, obie republiki przystąpiły jako nowe strony. Problemem stanowią umowy, o których rządy obu republik nie wspominały w deklaracjach. Na początku lat dziewięćdziesiątych Chorwacja zadeklarowała sukcesję 67 spośród 118 umów wielostronnych zawartych przez SFRJ¹⁶, a Słowenia 64. Nie jest do końca jasne, jak należy rozumieć sytuację prawną pozostałych umów. Zgodnie z Konwencją wiedeńską należałoby zakładać ich automatyczną sukcesję i obowiązywanie, ale praktyka ze strony Chorwacji wskazuje na notyfikowanie sukcesji poszczególnych umów, a w przypadku Słowenii notyfikację o odrzuceniu.

Jako dzień, od którego zaczynają obowiązywać postanowienia dotyczące sukcesji umów wielostronnych zawartych przez SFRJ, Chorwacja wskazała 8 października 1991 roku. Weszła wtedy w życie deklaracja niepodległości, której obowiązywanie zostało zawieszona na okres 3 miesięcy. Słowenia zadeklarowała 25 czerwca, czyli dzień ogłoszenia deklaracji o niepodległości.

Macedonia wyraziła wolę kontynuacji umów zawartych przez SFRJ. Deklarację ogłosiła jednak tylko w stosunku do 34 spośród 118, a do kilku innych przystąpiła jako nowa strona. Data krytyczna to data ogłoszenia niepodległości, czyli 17 września 1991 roku.

BiH ogłosiła deklarację sukcesji umów zawartych przez SFRJ odnoszących się do jej terytorium oraz do zawartych przed 18 listopada 1990 roku¹⁷, zastrzegając sobie prawo do ich wypowiedzenia. Podobnie jak w przypadku Macedonii, datą krytyczną została data ogłoszenia niepodległości, to jest 6 marca 1992 roku.

W myśl przepisów Konwencji dwustronne umowy międzynarodowe są wiążące dla sukcesora, jeżeli druga strona wyrazi na to zgodę. Niektóre umowy przestały obowiązywać samoistnie ze względu na zmiany terytorialne powstałe w wyniku rozpadu SFRJ. Wiele umów w początkowej fazie sukcesji było milcząco stosowanych do czasu, kiedy sukcesorzy, bądź państwa strony nie potwierdziły lub nie odnowiły ich poprzez zawarcie nowych porozumień. W dalszej części artykułu zaprezentowane zostaną sposoby, w jakie republiki byłej SFRJ rozwiązały kwestię sukcesji umów dwustronnych. Bardzo trudne byłoby oczywiście prześledzenie wszystkich przypadków szczegółowo, dlatego

15 Pkt. III, *Ustavna odluka o suverenosti i samostalnosti Republike Hrvatske*, „Narodne Novine”, nr 31; 25. lipnia 1991.

16 W. Czaplinski, *Zmiany terytorialne w Europie Środkowej i Wschodniej i ich skutki międzynarodowo-prawne (1990–1992)*, Warszawa 1998, s. 105.

17 *Ibidem*, s. 107.

pojawią się odniesienia tylko do niektórych państw, co mimo wszystko pozwoli zobrazować praktykę sukcesorów SFRJ.

FRJ porozumiała się z rządem Wielkiej Brytanii, że obowiązywać będą między nimi wszystkie zawarte wcześniej umowy. Podobne porozumienia zawarte zostały między innymi z Polską i Austrią. W przypadku Austrii takie postępowanie może oznaczać uznanie ciągłości i tożsamości FRJ z byłą Jugosławią, ponieważ w stosunkach z innymi sukcesorami kierowała się ona zasadą *tabula rasa*¹⁸.

Chorwacja zdecydowała się zawrzeć porozumienia w sprawie sukcesji wszystkich dwustronnych umów międzynarodowych między innymi z Austrią, Belgią, czy też Niemcami. Miały to być rozwiązania tymczasowe, które pozwoliłyby wypełnić powstałą lukę prawną, aż do momentu zawarcia nowych umów¹⁹. W wielu przypadkach nie doszło jednak do ich podpisania (np. RFN, Austria)²⁰. W stosunkach z Polską rządy obu państw zawarły umowę poprzez wymianę not z 13 kwietnia 1995 roku, która zawierała dwie listy umów polsko-jugosłowiańskich. Na pierwszej z nich znalazły się te, które mają być stosowane w stosunkach polsko-chorwackich, a na drugiej przestające obowiązywać.

Słowenia w stosunkach z RFN postąpiła w identyczny sposób jak Chorwacja z Polską. W rezultacie wymiany not z 30 marca i 19 kwietnia 1993 roku zawarta została umowa obejmująca dwie kategorie umów jugosłowiańsko-niemieckich. Pierwsze miały obowiązywać w stosunkach słoweńsko-niemieckich, a drugie to umowy wygasłe. Dodatkowo wprowadzona została klauzula, która stwierdzała możliwość obowiązywania jeszcze innych umów, niż te wymienione w tekście umowy. Z Austrią rząd słoweński prowadził negocjacje co do umów mających obowiązywać w ich obustronnych stosunkach. Podkreślono jednak, że strony będą się kierować zasadą maksymalnej kontynuacji stosunków traktatowych. W wyniku negocjacji zawarto 16 października 1992 roku dwie umowy, z których jedna dotyczyła umów wymagających ratyfikacji przez prezydenta i parlament, a druga dotyczyła umów rządowych. W ten sposób zrealizowano w pełni zasadę *tabula rasa*, zgodnie z którą niewymienione w umowach z października 1992 roku umowy austriacko-jugosłowiańskie uznano za nigdy nie obowiązujące w stosunkach Austrii ze Słowenią.

Rządy BiH oraz Macedonii opowiedziały się za wyrażoną w Konwencji wiedeńskiej z 1978 roku zasadą automatycznej sukcesji umów międzynarodowych i w większości przypadków notyfikowały drugim stronom obowiązywanie w obecnych stosunkach umów zawartych przez te strony z Jugosławią. W obu przypadkach Austria chciała porozumieć się na tej samej zasadzie jak ze Słowenią – zawrzeć umowę, w której wskazane byłyby umowy między nimi obowiązujące. Nie doszło jednak do takich porozumień.

18 *Ibidem*, s. 110.

19 D. Dimitrijević, *Sukcesija ugovora u savremenoj međunarodnoj praksi*, „Međunarodni Problemi 2”, 2012, s. 172.

20 W. Czapliński, *op. cit.*, s. 110.

Jak wskazuje Duško Dimitrijević, z uniwersytetu w Belgradzie, biorąc pod uwagę sposób, w jaki dochodziło do sukcesji umów międzynarodowych, to jest poprzez jednostronne deklaracje, w drodze wymiany not, czy też zawarcie nowych porozumień, wyczerpane zostały możliwości zgodne z art. 34 Konwencji z 1978 roku. Jeśli te rozwiązania porównamy z zasadami dotyczącymi wyrażania zgody na zawarcie umowy, wyrażonymi w Konwencji wiedeńskiej z 1969 roku o prawie traktatów i Konwencji wiedeńskiej o prawie umów między państwami i organizacjami międzynarodowymi z 1969 roku, z całą pewnością możemy stwierdzić, iż proces ten odbywał się w ogólnych ramach prawa międzynarodowego²¹.

Umowa w sprawie sukcesji po byłej SFRJ z 2001 roku

Problem sukcesji został ostatecznie rozwiązany podpisaniem umowy międzynarodowej przez wszystkie byłe republiki SFRJ. Po trwających osiem lat negocjacjach, prowadzonych pod auspicjami Pokojowej Konferencji ds. byłej Jugosławii, 29 czerwca 2001 r. w Wiedniu ministrowie spraw zagranicznych podpisali *Umowę w sprawie sukcesji po byłej SFRJ*.

Zgodnie z zapisami Umowy, miała ona wejść w życie po trzydziestu dniach od ratyfikacji przez wszystkie byłe republiki. Uprawnione do ratyfikacji organy prawie wszystkich państw stron dokonały tego aktu natychmiast po jego podpisaniu. Wyjątkiem okazała się Chorwacja, która wstrzymywała się z ratyfikacją przez trzy lata. Powodem było to, że chorwacka Komisja finansowa ustaliła, że z 650 mln dolarów depozytu walutowego, którym władał Narodowy Bank Jugosławii (NBj) pod koniec lat dziewięćdziesiątych i który miał zostać podzielony pomiędzy sukcesorów, zostało zaledwie 50 mln²².

Ostatecznie parlament chorwacki wyraził zgodę na ratyfikację Umowy, której dokonano w marcu 2004 roku. Dokument ten ma znaczenie nie tylko prawne, tworząc warunki do zakończenia wieloletniego postępowania dotyczącego sukcesji po Jugosławii i zabezpieczenia podstaw prawnych do podziału majątku SFRJ, ale także polityczne, ponieważ oznacza ostatecznie zerwanie wszelkich związków między byłymi republikami.

Porozumienie opiera się w znacznej mierze na przepisach zawartych w Konwencjach wiedeńskich dotyczących sukcesji. Składa się z preambuły oraz trzynastu artykułów przedstawiających zasady sukcesji zgodne z prawem międzynarodowym i porozumieniem stron oraz sposoby szybkiego rozwiązywania ewentualnych sporów dotyczących tłumaczenia tekstu Umowy i stosowania jego regulacji.

Artykuł 3. ustanawia Wspólny Komitet Stały, który ma czuwać nad tym, aby proces sukcesji przebiegał zgodnie z postanowieniami Umowy. W jego skład wchodzi przedstawiciele wszystkich byłych republik.

21 D. Dimitrijević, *op. cit.*, s. 173.

22 A. Skenderović, *Ugovor o pitanjima sukcesije iza bivše SFRJ*, [w:] „Suvremeno poduzetništvo”, 11(2004), s. 147.

W art. 8. państwa zobowiązują się podjąć wszelkie działania zgodne ze swoim wewnętrznym prawodawstwem, które zagwarantują uznawanie prawnych następstw wynikających z Umowy przed ich sądami i organami administracji, a także zapewnić równy dostęp do sądów i innych organów obywatelom wszystkich republik w celu ochrony ich praw wynikających z postanowień Umowy. Gdyby nie było takiego zapisu, obywatele musieliby podejmować wszelkie działania w drodze dyplomatycznej. Zaangażowane zostałyby wówczas ministerstwa oraz placówki dyplomatyczno-konsularne.

Integralną część stanowi także siedem aneksów szczegółowo regulujących kwestie sukcesji poszczególnych przedmiotów.

Aneks A reguluje kwestie dotyczące ruchomości i nieruchomości stanowiących majątek byłej Jugosławii, który znajduje się na terytorium jednej z jej byłych republik. Wyłączone są więc z przepisów ruchomości i nieruchomości znajdujące się poza jej byłymi granicami. Przyjęta została zasada *rei sitae*, zgodnie z którą majątek znajdujący się na terytorium danej republiki w dniu ogłoszenia przez nią niepodległości, przechodzi na to państwo. Wyjątek stanowi majątek ruchomy mający dużą wartość i znaczenie dla innych państw następców, taki jak np. dzieła sztuki, rękopisy, książki, przedmioty o znaczeniu historycznym, archiwa etc. Wówczas przechodzą one na to państwo, dla którego stanowią najwyższą wartość.

Artykuły Aneksu B regulują kwestie związane z majątkiem dyplomatycznym i konsularnym SFRJ. Mowa tu o samych przedstawicielstwach, jak i znajdujących się w nich rzeczach ruchomych. Zgodnie z Umową rzeczy ruchome dzielą los nieruchomości. Nieruchomość przejęta przez określone państwo przechodzi na nią wraz ze wszystkimi rzeczami ruchomymi. To 123 przedstawicielstwa znajdujące się na całym świecie. W trakcie negocjowania treści Umowy państwa podzieliły się następująco: BiH przypadła ambasada SFRJ w Londynie, Chorwacji ambasada w Paryżu, Macedonii konsulat generalny w Paryżu, Słowenii ambasada w Waszyngtonie, a FRJ rezydencja w Paryżu. Pozostały majątek ma zostać rozdzielony w osobnych umowach międzynarodowych. Przedstawicielstwa konsularne i dyplomatyczne zostały pogrupowane według położenia geograficznego, a każdemu państwu przypada następujący procent w każdej z grup:

- BiH 15%,
- Chorwacji 23,5%,
- Macedonii 8%,
- Słowenii 14%,
- FRJ 39,5%.

Celem takiego rozwiązania jest uniknięcie sytuacji, w której dane państwo posiada swój majątek skupiony tylko w jednej części Ziemi²³.

Każde z państw, które wejdzie w posiadanie majątku dyplomatycznego i konsularnego, zobowiązane jest do dbania o nie, dokonywania wszelkich napraw, mając na względzie obowiązek ich ochrony przed zagubieniem, zniszczeniem, czy też popsuciem, a także zapłaty odszkodowania, jeśli poniesione zostaną jakiegokolwiek szkody.

Aneks C odnosi się do finansowych aktywów i pasywów (z wyłączeniem tych, o których stanowi dodatek do Umowy). Aktywa obejmują takie dobra jak gotówka, złoto, metale szlachetne, papiery wartościowe i rachunki powiązane. Pasywa to wszelkie długi i gwarancje byłej Jugosławii, zobowiązania NBJ względem innych banków. W art. 3, aneksu zaznaczono, że w praktyce większa część aktywów i pasywów została już podzielona w drodze porozumień zawieranych między samymi następcami, a także państwami następcami a instytucjami finansowymi, jak Międzynarodowy Fundusz Walutowy czy Bank Światowy. Te porozumienia nie będą już zmieniane. Byłe republiki podzielią się pozostałą częścią majątku zgodnie z przyjętym w art. 5 ust. 2 kluczem:

- BiH 15,5%,
- Chorwacja 23%,
- Macedonia 7,5 %,
- Słowenia 16%,
- FRJ 38%.

Zgodnie z art. 7. wszelkie gwarancje Jugosławii albo BNJ dotyczące lokat walutowych znajdujących się w banku komercyjnym lub jego oddziale na terytorium któregośkolwiek z państw następców przed ogłoszeniem przez nie niepodległości, będą przedmiotem negocjacji prowadzonych pod auspicjami Banku Rozrachunków Międzynarodowych. Należy zwrócić szczególną uwagę na lokaty walutowe należące do jednostek.

W art. 8. stwierdzono, że wszelki wkład do Funduszu federacyjnego na rozwój najsłabiej rozwiniętych republik, przede wszystkim Kosowa, nie będzie republikom zwrócony. Ponadto anulowane zostają również wszelkie długi i kredyty republik wobec Funduszu.

Art. 10. stanowi o przyjęciu przez każdego sukcesora swojej waluty, co jest przejawem jej monetarnej niezależności. Żadne z państw nie może wysuwać wobec pozostałych roszczeń finansowych ani wszczynać postępowań w związku z wprowadzeniem przez nie swojej waluty albo ustaleniem niezależności finansowej.

Aneks D reguluje zagadnienia związane z archiwami. Państwowe archiwa SFRJ obejmują wszystkie dokumenty²⁴ bez względu na czas ich powstania, rodzaj i miejsce

²³ *Ibidem*, s. 150.

²⁴ Pod pojęciem dokumenty należy rozumieć nagrania filmowe, zapisy audio, video oraz inne nagrania, jak również wszelkie formy zapisów i dokumentów przedstawiających dobra kultury.

przechowywania, które utworzyła lub przyjęła SFRJ lub dowolny jej organ w trakcie wykonywania swoich funkcji, a które 30 czerwca 1991 r. stanowiły część porządku wewnętrznego i które były przechowywane i traktowane jako archiwum zgodnie z ustawą o archiwach państwowych. W związku z sukcesją archiwów wskazuje się na dwie zasady. Zgodnie z zasadą pochodzenia archiwu przypadają temu państwu, w którym powstały. Dokumenty, które utworzono w latach 1918–1990 w jednym z obecnych państw sukcesorów, a zostały wywiezione do Belgradu, powinny wrócić do tego państwa. Druga zasada – trafności funkcjonalnej (*functional pertinence*) – stanowi, że archiwum przypada temu państwu, do którego się odnosi jego zawartość. Jeżeli archiwum odnosi się do dwóch lub więcej państw, państwa te muszą się porozumieć, u którego z nich pozostanie oryginał, a pozostałym umożliwić skopiowanie materiałów.

W kwestii pozostałych archiwów, które nie zaliczają się do wymienionych w pierwszych artykułach aneksu, państwa sukcesorzy zobowiązani są do zawarcia porozumienia w ciągu sześciu miesięcy od wejścia w życie Umowy. Mogą w tym porozumieniu podzielić archiwa między siebie, bądź uznać je za wspólne dziedzictwo, wówczas każde z nich stanie się sukcesorem takich dokumentów. Porozumienie powinno być zawarte zgodnie z zasadą poszanowania całości archiwum, co umożliwiłoby i ułatwiło dostęp do niego i jego przeszukiwanie.

Aneks E dotyczący emerytur odnosi się do sytuacji osób, które osiągnęły emeryturę jeszcze w trakcie istnienia SFRJ. Każde państwo wypłaci emeryturę tym, którzy płacili składki w tym państwie, bez względu na narodowość, miejsce przebywania, pobyt stały czy obywatelstwo. Kolejny artykuł zobowiązuje państwa do przejęcia odpowiedzialności i wypłacania emerytur swoim obywatelom pełniącym funkcję urzędników publicznych bądź wojskowych bez względu na miejsce pobytu, jeżeli emerytury te były finansowane z budżetu lub innych funduszy federacji. W przypadku, gdy jakaś osoba ma więcej niż jedno obywatelstwo, do wypłacania emerytur zobowiązane jest państwo, na którego terytorium ta osoba przebywa. Jeśli taka osoba nie przebywa na terytorium żadnego z państw, którego ma obywatelstwo, wówczas emerytura jest wypłacana przez państwo, na którego terytorium osoba przebywała przed 1 czerwca 1991 r. Istnieje możliwość, aby państwa porozumiały się między sobą co do kwestii emerytur w drodze umowy. Wówczas umowa znajduje pierwszeństwo w zastosowaniu przed przepisami Umowy w sprawie sukcesji po byłej SFRJ.

Aneks F reguluje zagadnienia praw, interesów i obowiązków, które nie wliczają się do żadnego z pozostałych aneksów, na przykład prawa własności intelektualnej – patentów, znaków towarowych, praw autorskich. Jeśli przedmiotem sukcesji będzie jedno z nich, wówczas decyzję podejmuje Wspólny Komitet Stały.

Ostatni z aneksów – Aneks G – reguluje kwestie dotyczące własności prywatnej oraz praw nabytych. Odnosi się on do majątku osób fizycznych i byłych jugosłowiańskich przedsiębiorstw. Zgodnie z art. 2. prawo do rzeczy ruchomych i nieruchomości, które

stanowiły własność obywateli lub osób prawnych SFRJ przed 31 grudnia 1990 roku, zostanie uznane, a majątek ten ochroniony i zwrócony, zgodnie ze standardami i normami prawa międzynarodowego, bez względu na narodowość, obywatelstwo, pobyt czasowy czy stały tych osób. Chodzi o majątek osób fizycznych i prawnych, który znajduje się na terytorium jakiegoś z państw sukcesorów i został przez te osoby opuszczony w wyniku wygnania, bądź uchodźstwa, i który to państwo ma obowiązek zwrócić. Jeżeli w jakimś przypadku osoba nie będzie mogła wykonać swojego prawa, wówczas będzie jej przysługiwać prawo do odszkodowania. Wszelkie próby przeniesienia praw własności i praw nabytych uczynione po 30 grudnia 1990 roku, pod przymusem lub w sposób niezgodny z zasadami wyrażonymi w art. 2. są nieważne.

Pomimo jasnych postanowień zawartych w tym aneksie budzi on największe kontrowersje i najwięcej jest problemów związanych z jego stosowaniem. Brak jest między republikami zgody, co do tego, czy można swojego majątku dochodzić na podstawie Umowy, czy też nie. W Chorwacji toczy się wiele procesów, w których powodowie starali się, powołując się na Umowę i jej Aneks G, ustalić nieważność prawa własności zarejestrowanego właściciela i przenieść to prawo na siebie. Sąd Najwyższy Chorwacji odrzucał jednak takie skargi. W orzeczeniu Rev 900/07-2 z 5 marca 2008 roku, uzasadniając to faktem, iż w art. 2 ust. 1 Aneksu wyraźnie jest napisane, że prawo własności zostanie obywatelowi przyznane, po czym dopiero będzie mógł się na nie powoływać i w konsekwencji nieruchomości zostanie mu zwrócona. W ust. 2 dodano, że jeżeli jakaś osoba nie może tego prawa wykonać, wówczas należy jej się odszkodowanie. Jak uznał SN, na tej podstawie należy przyjąć, że w pierwszej kolejności powinno zostać przeprowadzone postępowanie w sprawie przysługiwania konkretnej osobie prawa do danej własności przed grudniem 1990 r. i uznanie tego prawa. Następnie będzie można rozstrzygać o zwrocie nieruchomości bądź wypłacie odszkodowania. Chorwacja stoi więc na stanowisku, że nie można bezpośrednio opierać się na tej Umowie, z czym oczywiście nie zgadzają się władze w Belgradzie.

Problem stanowi również fakt, że w większości przypadków władze chorwackie dokonywały szybkiej i na szeroką skalę prywatyzacji mienia obywateli Serbii. Majątek serbski został w dużej mierze rozprzedany. Doprowadziło to do tego, że w procesie pojawiają się osoby trzecie, tak zwani trzeci właściciele, którzy również będą żądać spłat dla siebie za odebrane im mienie²⁵. Władze w Belgradzie czyniły to w dużo mniejszym stopniu, w większości przypadków przepisując mienie chorwackich przedsiębiorstw na państwo. Głośny przypadek dotyczył prywatyzacji paliwowej spółki Beopetrol. Chorwackie przedsiębiorstwo naftowe INA miało ponad 200 stacji paliwowych, które po rozpadzie SFRJ znalazły się na terytorium nowego państwa – FRJ. Na tych aktywach powstała spółka Beopetrol. W 2000 roku INA chciała odzyskać swoje aktywa znajdujące

25 V. Marjanović, *Tko je koliko kome 'jamio' – pitanje je sad!*, [w:] „Slobodna Dalmacija”, 04.08.2012.

się w FRJ, ale jej się to nie udało. W 2003 roku rząd w Belgradzie, pomimo sprzeciwów płynących z Zagrzebia, zdecydował się sprzedać 80% akcji rosyjskiemu przedsiębiorstwu naftowemu Lukoil²⁶.

Ponieważ Serbia miała w Chorwacji więcej nieruchomości niż Chorwacja w Serbii, władze w Belgradzie naciskały początkowo na Zagrzeb, aby szanował i stosował się do postanowień Aneksu G. Kiedy jednak Serbowie sprzedali chorwackie stacje benzynowe Rosjanom, to zarówno Serbii, jak i Chorwacji przestało zależeć na przestrzeganiu tego aneksu²⁷.

Sukcesja obywatelstwa

Sukcesja obywatelstwa była rzeczą najmniej problematyczną. W konstytucji z 1974 roku wpisana została zasada, zgodnie z którą w federacji obowiązywały dwa obywatelstwa, silnie ze sobą powiązane i zależne od siebie. Obywatelstwo federacyjne i republikańskie²⁸.

Obywatelstwo republikańskie było pierwotnym. Jeżeli jakaś osoba posiadała obywatelstwo którejkolwiek z republik SFRJ, automatycznie posiadała również obywatelstwo samej federacji. Nie było jednak możliwe jednoczesne posiadanie obywatelstwa dwóch republik. Nabycie kolejnego oznaczało utratę pierwszego. Ponadto nie było możliwości pozbawienia obywatela obywatelstwa²⁹.

W związku z tak ustalonymi zasadami obywatelstwo każdej z republik stało się automatycznie obywatelstwem nowego państwa. Nieco niepotrzebnego zamieszania mogły wprowadzać przepisy FRJ, która wciąż jeszcze utrzymywała obywatelstwo podwójne. Dopiero w 1996 r. wprowadzono nowe ustawodawstwo, które potwierdziło istnienie obywatelstwa wyłącznie Serbii bądź Czarnogóry. Każde z nich równoznaczne było z posiadaniem obywatelstwa federacji³⁰. Dla osób posiadających obywatelstwo SFRJ, ale nie będących obywatelami czy to Serbii, czy to Czarnogóry, wprowadzono możliwość nabycia obywatelstwa FRJ w drodze nadania, z zastrzeżeniem, że osoby te nie mogły być wcześniej obywatelami innego państwa³¹.

Pozostałe republiki wydały własne ustawy dotyczące kwestii obywatelstwa. Słowenia w ustawie z 5 czerwca 1991 roku przyjęła, że obywatelem Słowenii są osoby posiadające obywatelstwo Republiki Słoweńskiej oraz stali mieszkańcy Słowenii, którzy nabyli obywatelstwo przed wejściem w życie ustawodawstwa federalnego o dwustopniowym oby-

26 B. Dowgielski, *MOL: Lukoil pogodzi INA z Beopetroleum?*.

27 P. Arbutina, *Mrtvi aneks na papiru*, [w:] „Novosti. Samostalni srpski tjednik” 11. April 2014.

28 Art. 249 Konstytucji Socjalistycznej Federacyjnej Republiki Jugosławii z 1974 r., „Službeni list SRJ”, nr 9/74.

29 Szczegółowo kwestie obywatelstwa regulowała ustawa z 24 grudnia 1976 r. o obywatelstwie.

30 Art. 46 ustawy o jugosłowiańskim obywatelstwie, „Službeni list SRJ”, nr 33/96.

31 Art. 48 ust. 2 ustawy o jugosłowiańskim obywatelstwie, *op. cit.*

watelstwie³². Inne osoby miało prawo nabycia obywatelstwa Słowenii, pod warunkiem, że zamieszkiwały jej terytorium przed 23 grudnia 1990 roku³³.

Takie same regulacje przyjęła Macedonia w ustawie z 29 października 1992 roku, z tym, że osoby nie mające obywatelstwa macedońskiego w okresie istnienia federacji jugosłowiańskiej mogą nabyć obywatelstwo pod warunkiem zamieszkiwania terytorium Macedonii przez okres co najmniej 15 lat³⁴.

Kwestie obywatelstwa BiH uregulowane zostały w Konstytucji, która stanowi Aneks 4. do porozumienia z Dayton z 1995 roku. Zgodnie z art. 1 ust. 7 Konstytucji BiH, obywatelstwo tego państwa obejmuje obywatelstwo poszczególnych części składowych, którego regulacja należy do kompetencji władz lokalnych oraz obywatelstwo państwowe, które regulowane jest prawem tworzonym przez Zgromadzenie Parlamentarne³⁵. Osoba posiadająca obywatelstwo którejkolwiek z części składowych BiH automatycznie posiada również obywatelstwo państwowe. Na podstawie art. 1 ust. 7 pkt d. dopuszczone zostało podwójne obywatelstwo, które można nabyć na podstawie umowy międzynarodowej. Jednak wtedy osoby legitymujące się obywatelstwem BiH mogą uczestniczyć w wyborach ogólnych i lokalnych tylko wtedy, kiedy mają miejsce zamieszkania na terytorium BiH³⁶.

Chorwacja uregulowała kwestie obywatelstwa w ustawie o obywatelstwie z 26 czerwca 1991 roku. Określała ona szczegółowe zasady nabycia i utraty obywatelstwa chorwackiego, wprowadzając jednak pewne wymogi dla osób, które nie posiadały wcześniej obywatelstwa Republiki Chorwackiej. Osoby takie mogą nabyć obywatelstwo na dwa sposoby: w drodze naturalizacji i poprzez złożenie deklaracji. Zgodnie z art. 30, na podstawie deklaracji obywatelstwo mogą nabyć osoby, które należały do narodu chorwackiego i w dniu wejścia w życie ustawy o obywatelstwie miały miejsce zamieszkania w Chorwacji nie krócej niż 10 lat³⁷. Art. 8. stanowi, że naturalizowane mogą zostać osoby mieszkające w Chorwacji, nie krócej niż 5 lat i które wykazują się znajomością kultury i języka chorwackiego, znają pismo łacińskie oraz podporządkowali się prawu chorwackiemu³⁸.

32 Dwustopniowy podział na obywatelstwo federacyjne i republikańskie po raz pierwszy został wprowadzony konstytucją Jugosławii z 1963 r.

33 Art. 39a, Ustawa o obywatelstwie Słowenii, „Uradni list RS”, nr 1/91.

34 Art. 34 Ustawy o obywatelstwie Macedonii, „Služben vesnik na RM”, nr 67/92.

35 Art. 1 ust. 7 Konstytucji BiH, Daytonski sporazumi: Aneks 4 – Ustav Bosne i Hercegovine (Pariz, 14. 12. 1995.), [w:] *Planovi, sporazumi, izjave o ustavnom ustrojstvu Bosne i Hercegovine 1991. – 1995.*, red. M. Tuđman, I. Bilić, Zagrzeb 2005.

36 Art. 1 ust. 7 Konstytucji BiH, *op. cit.*

37 Art. 30 Ustawy o obywatelstwie chorwackim, „Narodne Novine”, nr 53/1991.

38 Art. 8 Ustawy o obywatelstwie chorwackim, *op. cit.*

Podsumowanie

Pomimo że od rozpadu państwa upłynęło już ponad dwadzieścia lat, pewne obszary sukcesji wciąż jeszcze nie zostały do końca wyjaśnione. Najmniej problemów sprawiło rozliczenie się z umowami międzynarodowymi, z kolei kwestie związane z majątkiem państwa budzą wciąż ogromne emocje.

Wydawać się może, że sukcesem okazało się już samo podpisanie Umowy w sprawie sukcesji po byłej SFRJ, co przecież jest swego rodzaju konsensusem. Oznacza to, że były republiki musiały dojść do pewnego porozumienia. Jak już wcześniej wspomniano, same prace nad dokumentem trwały kilka lat, a w życie wszedł dopiero po upływie trzech lat od podpisania. Ukazuje to dobitnie, jak trudno jest osiągnąć jakąkolwiek zgodę na tym obszarze.

Nie może być oczywiście satysfakcjonujące jedynie podpisanie porozumienia. Powstało ono przecież w konkretnym celu i należy ten cel realizować. To kolejne trudne zadanie, jakie stoi przed sukcesorami socjalistycznej Jugosławii. Sprawy idą bardzo opornie, bowiem rządy nie spieszą się z realizacją postanowień poszczególnych aneksów. Najdalej posunięte są działania związane z sukcesją majątku dyplomatycznego, co pewnie wynika z niskiej drażliwości tego zagadnienia. Jednak pozostałe aneksy nie są stosowane tak, jak należałoby się tego spodziewać, skoro od wejścia w życie Umowy minęło już 10 lat. Najsłynniejszy Aneks G omijany jest szerokim łukiem i na razie nie zanoszą się niestety na to, aby zaczęto stosować się do jego postanowień³⁹. Trudno nie oprzeć się wrażeniu, że o wielu kwestiach decyduje polityka, a sprawiedliwość i prawo stawiane są na dalszym planie.

Zapewne minie jeszcze sporo czasu, zanim państwa dojdą do całkowitego porozumienia we wszystkich, dotąd nierozstrzygniętych spornych kwestiach.

SUMMARY

The succession of states after the breakup of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia

The Socialist Federal Republic of Yugoslavia ceased to exist in 1991, though some topics concerned with the succession of its constituent states were not regulated for a long time afterwards. This issue and the efforts to solve it were examined by the Arbitration Commission of the Peace Conference on the former Yugoslavia. When answering all the related questions, the Arbitration Commission used as a basis the 1978 Vienna Convention on the Succession of States in respect of Treaties and the 1983 Vienna Convention on the Succession of States in respect of State Property, Archives and Debts. The final

³⁹ V. Marjanović, *op. cit.*

solution to the problem of SFRY succession was found in 2001 when the Agreement on Succession Issues was signed, although it came into force three years later. There were no problems with the succession of citizenship. Under the 1974 Constitutional Act of SFRY, there were two citizenships in the federation – federal and republican. Therefore, after the breakup of Yugoslavia, republican citizenship became the citizenship of a new state.

KEYWORDS: Agreement on Succession Issues, Arbitration Commission of the Peace Conference on the former Yugoslavia, break up of Yugoslavia; international agreements, SFRY; succession of states, Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties

JAKUB WOJAS

Koncepcje statusu prawnego Arktyki

Arktyka jest miejscem, które budzi obecnie na arenie międzynarodowej spore zainteresowanie. Ten – wydawałoby się – zapomniany po zakończeniu zimnej wojny region świata znów staje się przedmiotem wielkiej rywalizacji. Jest to skutkiem przede wszystkim kurczenia się pokrywy lodowej na tym obszarze, co stwarza szerokie możliwości eksploatacji bogatych złóż surowców naturalnych oraz wykorzystania nowych atrakcyjnych szlaków morskich.

Zgodnie z szacunkami agencji naukowo-badawczej United States Geological Survey (USGS) w źródłach hydrotermalnych na dnie Północnego Oceanu Lodowatego mogą istnieć ogromne złoża metali (złoto, srebro, miedź) oraz diamentów. Do tego dochodzi też aż jedna czwarta światowych rezerw ropy naftowej i gazu ziemnego¹.

Ponadto użytkowanie nowych linii żeglugowych spowoduje skrócenie drogi z Dalekiego Wschodu do państw basenu północnego Atlantyku nawet o 40%. Przykładem może być szlak Jokohama-Hamburg, który drogą arktyczną jest krótszy o 5000 km niż przez Kanał Sueski i o 6000 km od trasy przez Kanał Panamski².

Problem, jaki może pojawić się podczas realizacji tych projektów, to określenie statusu prawnego Arktyki. Kwestii tej nie reguluje bowiem żadna specjalna umowa międzynarodowa, jak ma to miejsce na przykład w wypadku Antarktyki. Od wielu lat główne państwa arktyczne – USA, Rosja, Kanada, Norwegia i Dania – w imię zabezpieczenia swoich interesów podejmują próby przedstawienia koncepcji ustalenia reżimu prawnego wokół bieguna północnego. Za najpoważniejsze propozycje uznaje się: koncepcję sektorów, wspólne dziedzictwa ludzkości oraz poddanie Arktyki regułom prawa morza.

1 P.F. Johnston, *Arktyka rękojmia bezpieczeństwa energetycznego Europy?*, <<http://ppg.ibngr.pl/sector-ropy-i-gazu/arktyka-rekojmia-bezpieczenstwa-energetycznego-europy>>

2 D.R. Bugajski, *Żegluga arktyczna w świetle międzynarodowego prawa morza i praktyki państw nadbrzeżnych*, [w:] *Arktyka na początku XX wieku. Między współpracą a rywalizacją*, M. Łuszczuk [red.], Lublin 2013, s. 89

Koncepcja sektorów

Koncepcja ta, opierająca się na teorii „przylegania i ciągłości”, polega na podziale Arktyki między państwa, do których ten obszar przylega. Granice każdego sektora ustanowione są poprzez dwie linie boczne wyznaczone od bieguna do terytorium danego państwa. W obrębie powstałego w ten sposób trójkąta dany kraj może rozciągnąć swoją suwerenność na wyspy, lądy, obszary morskie wraz z ich dnem. W ten sposób chciano uniemożliwić innym państwom, w tym sąsiadującym, nabycie wysp oraz archipelagów arktycznych, które ze względu na fakt niemożności przeprowadzenia efektywnej okupacji mogłyby zostać uznane za *terra nullis*³.

Źródłem koncepcji sektorowej można doszukiwać się już w średniowieczu. 4 maja 1493 roku papież Aleksander VI w bulli *Pater Cetera* dokonał podziału mórz i lądów między „sektory” Portugalii oraz Hiszpanii, co potwierdził Traktat z Tordesillas z 7 czerwca 1494 roku. Współczesnym przykładem jej wykorzystania może być podział sektorowy wykorzystany przy rozgraniczeniu roszczeń na obszarze Antarktyki na podstawie Traktatu Antarktycznego z 1959 roku⁴.

W stosunku do Arktyki pierwsza próba zastosowania takiego podziału miała miejsce w 1907 roku. Wtedy to na forum izby wyższej parlamentu Kanady senator Pascal Poirer zaproponował rozszerzenie kanadyjskiej suwerenności nad lądami i wyspami leżącymi na północ od niej.

Obszar, który miał obejmować sektor, składał się z ziem, do jakich Kanada rościła swoje prawa na podstawie odkrycia ich przez brytyjskich podróżników i faktu scedowania w 1870 i 1880 roku wszystkich praw Korony Angielskiej na Kanadę (w tym francuskich roszczeń przejętych przez Anglię w 1763 roku) oraz praw Kompanii Hudsonskiej⁵. Koncepcja senatora zakładała podział Arktyki na kilka terytoriów należących odpowiednio do: Norwegii, Rosji, Stanów Zjednoczonych, Kanady oraz Danii. Takie rozwiązanie miało zapobiec w przyszłości ewentualnym sporom między tymi państwami⁶.

Stanowisko senatora Poirera nie zyskało aprobaty rządu Kanady, który stwierdził, że dotychczasowe działania kanadyjskich władz są wystarczające dla dbania o interesy w Arktyce. Ponadto padały argumenty, że nie jest możliwe nabycie przez państwo obszarów, o których się niczego nie wie i nie jest się w stanie sprawować nad nimi efektywnej kontroli. Zmiana tego stanowiska nastąpiła w latach dwudziestych. 1 czerwca 1925 roku w czasie parlamentarnej debaty dotyczącej ustawy o Północno-Zachodnich Terytoriach

3 J. Symonides, *Status prawny i roszczenia do Arktyki oraz Bieguna Północnego*, „Państwo i Prawo”, t. 734, zeszyt 1, 2008, s. 33

4 L. Lucchini, M. Voeckel, *Droit de la mer, tome 1. La mer et son droit les espaces maritimes*, Paris 1990, s. 19–20.

5 Przedsiębiorstwo to, działające nieprzerwanie od 1670 r., swego czasu administrowało znacznymi obszarami Ameryki Północnej.

6 I. L. Head, *Canadian Claims to Territorial Sovereignty in the Arctic Regions*, „McGill Law Journal”, vol. 9, no 3, 1991, s. 201–206

(*Northwest Territories Act*) minister spraw wewnętrznych Stewardt stwierdził, że Kanada rozciąga swoją suwerenność nad obszarem aż do Bieguna Północnego. Od tego momentu Ottawa starała się traktować te terytoria jako własne, a nie jak do tej pory, jako część do wspólnego używania, wolnego dla badaczy i naukowców. Granice tego sektora zostały określone między 60° a 141° W. Od bieguna do najbardziej wysuniętych na północ wybrzeży Kanady dzieliła odległość ok. 420 mil morskich.

19 lipca 1926 roku rząd przyjął dekret o ustanowieniu Terytorium Wysp Arktycznych, w którym użyto koncepcji sektorów dla wykreowania północnej części tej strefy. Potwierdzenie tego znalazło się również w dekrecie z 15 maja 1929 r. na nowo regulującym kwestie tego obszaru⁷.

Kolejnym państwem, które pokusiło się o sięgnięcie do koncepcji sektorów, był Związek Radziecki. 15 kwietnia 1926 roku Rada Komisarzy Ludowych ZSRR wydała dekret, gdzie stwierdzono, że wszystkie ziemie i wyspy, zarówno te odkryte, jak i mające zostać odkryte w przyszłości, a znajdujące się na Oceanie Arktycznym między 32o 04' 35" E i 168o 49' 30" W i jednocześnie nie stanowiące terytorium żadnego innego państwa, są uznane za terytorium ZSRR. Wschodnia granica sowieckiego sektora opierała się na linii ustanowionej w Traktacie Granicznym z 1867 r. między Rosją a USA. W 1947 roku zachodnia granica uległa przesunięciu wraz zajęciem przez Związek Sowiecki fińskiego okręgu Petsamo⁸.

W koncepcji sowieckiej szybko jednak zaczęto odchodzić od traktowania sektora jak terytorium właściwego ZSRR. Granice sektorów nie były granicami w ścisłym tego słowa znaczeniu, lecz kartograficznymi liniami rozgraniczającymi, które określały obszary zainteresowania danego państwa. Miało to zabezpieczyć gospodarczą i naukową ekspansję Związku Radzieckiego. Taką interpretację potwierdza wprowadzony w 1937 roku program wykorzystania gór lodowych jako stacji naukowych, które swobodnie przekraczały linie sektorów. W wypadku uznania ich za granice państwa, taka praktyka nie byłaby możliwa. Podobny pogląd przyjęła zresztą później także Kanada⁹.

Do koncepcji sektorowej nawiązano również podczas negocjacji nad delimitacją granicy norwesko-radzieckiej (rosyjskiej) w latach 1974–2010. Wtedy to strona sowiecka (rosyjska) wskazywała, że zachodnia linia powinna się pokrywać z granicą sektora, który został uznany za specjalny region na tym obszarze. W związku z tym jego granice nie powinny być naruszane. Podobne rozwiązanie przyjęto także przy delimitacji granicy na Morzu Czukockim między ZSRR a USA w 1990 roku. Choć tu należy przyznać,

⁷ *Ibidem*, s. 205.

⁸ J. Symonides, *Status prawny i roszczenia...*, s. 33.

⁹ L. Timtchenko, *The Russian Arctic Sectoral Concept: Past And Present*. Arctic, vol. 50, no. 1, March 1997, s. 30.

że w samej umowie została wspomniany traktat z 1867 roku o sprzedaży Alaski, a nie odwoływano się wprost do koncepcji sektorów¹⁰.

Wiele argumentów na rzecz teorii sektorowej dostarczyli sowieccy uczeni. W wydanej 1928 roku pracy *Prawa do regionów Arktyki* Lakhtine, bazując na teoriach marksistowsko-leninowskich, usprawiedliwiał wysunięcie roszczeń wobec obszarów arktycznych przez ZSRR względami gospodarczymi oraz wskazywał na konieczność zabezpieczenia kraju przed prawdopodobnym atakiem od strony północnej. Autor opowiadał się za tym, żeby wyspy i lądy w ramach sektora traktować jako suwerenną część państwa sektorowego, jeżeli jest w stanie dowieść, że sprawuje nad nim rzeczywistą kontrolę. W odniesieniu do ZSRR Lakhtine wywodził prawa do obszarów sektora jeszcze m. in. z carskiego dekretu z 1831 roku wprowadzającego rosyjskie regulacje na Morzu Barentsa. Ze względu na zasadę „regionu przylegania” ląd i wyspy tego obszaru, zarówno odkryte, jak i nieodkryte przynależą do państwa sektorowego, a nie do tego, które sprawowało tam nawet efektywną okupację.

Zdaniem Lakhtinea stały lód powinien również być uznawany za terytorium lądowe i tym samym także jako część państwa sektorowego, natomiast kry lodowe oraz wody mórz jako obszary z ograniczoną suwerennością. Suwerenność miała być też rozciągnięta nad przestrzenią powietrzną całego sektora.

Pomimo że stanowisko Lakhtinea było dość ogólne i nie mało wyraźnego poparcia w normach oraz zasadach prawa międzynarodowego, stało się punktem wyjścia dla innych naukowców popierających koncepcję sektorów¹¹.

Korwin twierdził, że użyty w Dekrecie z 1926 roku termin „lądy i wyspy” tak naprawdę zawiera w sobie wody otaczających ich mórz oraz bloki lodowe. Sabanin, doradca prawni Ludowego Komisariatu Spraw Zagranicznych ZSRR, uważał, że sam dekret określa współrzędne geograficzne obszaru, co do którego Związek Radziecki ma roszczenia. Zatem linii sektora nie można traktować jako granicy w sensie prawnomiędzynarodowym.

Przeciwnie stanowisko prezentował Pashukinis, który uznawał granice sektorów za granice państwowe, z zastrzeżeniem jednak konieczności udowodnienia przez państwo sprawowania efektywnej kontroli nad obszarami, co do których zgłasza swe roszczenia¹².

W 1950 r. za pełną kontrolą państwa przybrzeżnego nad obszarem sektora jako zwyczajem międzynarodowym opowiedział się Durdeniewski oraz podobnie, jak inni sowieccy prawnicy, aż do wczesnych lat osiemdziesiątych utrzymywał stanowisko, że wszystkie państwa arktyczne posiadają swój sektor.

Opinie prawników dzieliła również kwestia tego, co może być uznane za terytorium na obszarze sektora. Według pierwszego poglądu jedynie wyspy w sektorze stanowią część terytorium danego państwa. Zgodnie z drugim jest to zarówno ląd, jak i morze.

¹⁰ *Ibidem*, s. 32.

¹¹ W. E. Butler, *Northeast Arctic Passage*, vol. 1, Sijthof & Noordoff, Haga 1978, s. 80.

¹² L. Timchenko, *op.cit.*, s. 33.

Po wejściu w życie Konwencji o prawie morza z 1982 r., która w praktyce eliminowała możliwość zastosowania teorii sektorów, próbę pogodzenia tych dwóch form podjął Klimenio. Przyjmując, że jedynie wyspy w ramach sektora stanowią terytorium państwa, uznawał, że w wypadku mórz na tym obszarze powinny być stosowane zasady Konwencji z możliwym uwzględnieniem specyfiki tego regionu. Niemniej od lat osiemdziesiątych w doktrynie sowieckiej zaczęto powoli odchodzić od wspierania teorii sektorów¹³.

Wśród uczonych z państw zachodnich opinia odnośnie do teorii sektorów nie była jednolita. Francuski prawnik Fauchille zaproponował w 1925 r. rozróżnienie między regionami arktycznymi (*region arctique*) a regionami polarnymi (*region polorais*). Zasada efektywnej okupacji mogła być zastosowana w stosunku do regionów arktycznych, czyli takich, które są usytuowane wzdłuż kręgu arktycznego. Regiony polarne, czyli centralne części Arktyki, jako niezdatne do zasiedlenia były wyłączone z możliwości aneksji, dlatego winny zostać poddane we wspólne posiadanie przez wszystkie zainteresowane państwa. Fauchille sugerował sektorowy podział regionu arktycznego, ale nie między państwa, a kontynenty, które w ramach swojego sektora zajmowałby się wspólnie badaniami i zarządem. Z kolei amerykański prawnik Miller opowiadał się za podziałem Arktyki między trzy największe kraje tego regionu: Kanadę, USA i ZSRR (Rosję).

Jednakże zdecydowana większość doktryny opowiedziała się przeciwko koncepcji sektorów, nie widząc dla niej podstaw w prawie międzynarodowym (m. in. Pharand, Smedal, Mouton)¹⁴.

Polityka arktyczna Kanady opierała się na koncepcji sektorowej aż do początku lat osiemdziesiątych. Utrzymywano za częścią doktryny, że jest to element zwyczaju międzynarodowego. Warto jednak zaznaczyć, że Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w Hadze w sprawie szelfu kontynentalnego na Morzu Północnym stwierdził, że aby dana aktywność uznać za zwyczaj, konieczne jest zaistnienie dwóch sytuacji: po pierwsze, powszechności stosowania, a po drugie, istnienia przeświadczenia, że dane działanie jest zgodne z prawem¹⁵. Stwierdzenie to, szczególnie w części dotyczącej aspektu powszechności, poważnie nadwyrężyło siłę argumentacji dla konceptu teorii sektorów jako zwyczaju międzynarodowego.

Pewną nadzieję na utrzymanie tej idei dawało zastosowanie koncepcji sektorów w Traktacie Antarktycznym z 1959 roku. Jednakże pozostałe zainteresowane państwa nie zgodziły się na zastosowanie tej zasady przy podziale Arktyki. Dlatego też ten przypadek zastosowania teorii sektorów należałoby uznać za wyjątek potwierdzający regułę,

13 K. Kubiak, *Interesy i spory państw w Arktyce*, Wrocław 2009, ss. 205–208.

14 L. Timtchenko, *op.cit.*, s. 31–33.

15 Orzeczenie MTS w sprawie *szelfu kontynentalnego na Morzu Północnym* z 20 lutego 1969, ICJ Reports 1969, s. 3.

ale nie czyniący precedens. Sam Traktat zresztą dokonywał jedynie specyfikacji roszczeń, a nie podziału terytorium Antarktyki¹⁶.

W Arktyce granice sektorów pozostałych państw zostały ustalone pośrednio, po sprecyzowaniu roszczeń kanadyjskich i sowieckich. Zdecydowanie przeciwko omawianej koncepcji występowały Stany Zjednoczone. Zaważył na tym przede wszystkim spór z Kanadą o status Przejścia Północno-Zachodniego, którego USA nie chciało uznać za wody wewnętrzne Kanady. Jednocześnie jednak rząd w Ottawie zrezygnował z dochodzenia swoich roszczeń przed MTS, wiedząc, że są oparte na słabych podstawach i jest nikła szansa na uzyskanie korzystnego orzeczenia¹⁷.

Dziś koncepcja sektorów nie jest podnoszona wprost jako argument w podziale Arktyki. Niemniej państwa arktyczne nadal wysuwają roszczenia odpowiadające granicom sektorów, lecz na poparcie tego nie odwołują się do koncepcji, ale do Konwencji o prawie morza z 1982 r. Przykładem działającego w ten sposób państwa jest Dania, która choć oficjalnie nigdy nie opowiedziała się za teorią sektorów, to jej roszczenia wobec Arktyki pokrywają się właśnie z obszarem przypisywanym jej sektorowi, który rozwartý jest od bieguna między południkami 10o i 60o W¹⁸.

Koncepcja Wspólnego Dziedzictwa Ludzkości

Inna koncepcją określenia statusu prawnego Arktyki wiąże się z ideą wspólnego dziedzictwa ludzkości. Jej korzenie sięgają końca XIX w., kiedy to – wraz z odkryciem na dnie oceanu bogatych zasobów mineralnych – pojawiły się obawy, że ich nadmierna eksploatacja może wywołać negatywne konsekwencje dla środowiska.

Trudno jednak podać jednoznaczną definicję tego pojęcia. Składają się na nie trzy elementy:

- zakaz zawłaszczania przez jakiegokolwiek państwo dna mórz i oceanów, które znajdują się poza jurysdykcją,
- wykorzystywanie tych stref jedynie dla celów pokojowych,
- wspólny zarządu tych obszarów i równego podziałów zysków z eksploatacji.

16 A. Głogowska, *Do kogo będzie należeć biegun? Status prawny Arktyki*. <<http://www.stosunki.pl/?q=content/do-kogo-b%C4%99dzie-nale%C5%BCe%C4%87-biegun-status-prawny-arktyki>>.

17 M. Byers, S. Lalonde, *Who controls the Northwest Passage?*, <<http://www.vanderbilt.edu/jotl/manage/wp-content/uploads/Lalonde-Byers-final-cr-v2.pdf>> p. 1146 – 1148.

18 K. Kubiak, *Dania wobec arktycznych wyzwań*, „Rocznik Bezpieczeństwa Międzynarodowego” 2014, vol. 8, nr 1, s. 88–89

Niektórzy dodają do tych elementów takie czynniki jak: wolność prowadzenia badań naukowych czy nakaz ochrony środowiska naturalnego¹⁹.

Ważne jest również rozróżnienie między obszarem wspólnego dziedzictwa ludzkości a *res communis*. W tym ostatnim przypadku możliwe jest korzystanie z zasobów bez ograniczeń. W wypadku wspólnego dziedzictwa ludzkości eksploatacja pozostaje ograniczana ze względu na ochronę środowiska oraz nieodnawialność znajdujących się tam surowców. Tym samym należałoby uznać, że wspólne dziedzictwo jest trzecią obok *res nullis* i *res communis* opcją odnoszącą się do szczególnego rodzaju zasobów umieszczonych w określonej morskiej przestrzeni. Konceptja ta znalazła najpełniejsze odzwierciedlenie w Konwencji o prawie morza z 1982 roku w kwestii dotyczącej określenia statusu wspomnianego dna morskiego.

Konceptja wspólnego dziedzictwa ludzkości legła też u podstaw Traktatu Antarktycznego z 1 grudnia 1959 roku. Wszedł w życie 23 czerwca 1961 roku. Przyczyną jego powstania był wzrost zainteresowania Antarktyką po II wojnie światowej. Obszar ten stał się bardzo ważny zarówno ze względów wojskowo-strategicznych, politycznych, jak i naukowych oraz gospodarczych. Dlatego wiele państw zaczęło wysuwać roszczenia wobec tego terytorium. Arbitralnie tworzone sektory podbiegunowe określające zwierzchność poszczególnych państw. W celu zastopowania dalszej rywalizacji, która mogłaby przerodzić się w poważny konflikt międzynarodowy, 12 krajów zdecydowało się na wspólne uregulowanie sytuacji prawnej w Antarktyce²⁰.

Traktat zapewnia leżące w interesie całej ludzkości wykorzystanie Antarktydy jedynie w celach pokojowych. Tym samym zabronione są działania o charakterze militarnym. Ponadto wszelkie badania naukowe powinny stanowić wynik współpracy i pozostawać dostępne dla wszystkich. W artykule 4. Traktatu znalazły się rozwiązania odnośnie do zgłaszanych wobec tego obszaru roszczeń. Nie zostały one w żaden sposób zanegowane, jednakże nie jest możliwe zgłaszanie nowych, dopóki układ ten pozostaje w mocy. Do tego czasu to właśnie Traktat Antarktyczny określa sytuację prawną tych terenów, zatem nie mogą być podejmowane żadne działania, które w jakiś sposób naruszyłyby ten stan. W 1991 r. został podpisany tzw. Protokół Madrycki, który przedłużył czas funkcjonowania postanowień Traktatu o kolejne 50 lat²¹.

W odniesieniu do Arktyki konceptja ta wysuwana jest głównie ze strony organizacji pozarządowych. Podnoszony jest przede wszystkim argument unikatowości środowiska naturalnego, które może zostać trwale zniszczone przez rozpoczęcie szerokiej eksplo-

19 E. Guntrip, *The Common Heritage of Mankind: an Adequate Regime for Managing the deep seabed?*, Melbourne, „Journal of International Law,” vol. 4, no. 2., 2003, s. 2.

20 M. Głuchowska-Wójcicka, *Zastosowanie koncepcji wspólnego dziedzictwa ludzkości w spornej kwestii statusu prawnego Arktyki*, [w:] *Arktyka na początku XX wieku. Między współpracą a rywalizacją*, M. Łuszczuk [red.], Lublin 2013, s. 74–77.

21 The Antarctic Treaty, December 1 1959, <http://www.ats.aq/documents/ats/treaty_original.pdf>.

atacji. Najczęściej w tym kontekście pojawia się pomysł powołania rezerwatu pod auspicjami ONZ. Jednakże problemy może sprawiać fakt, że w Arktyce – prócz obszarów morskich – są też terytoria lądowe, które wprost są terytoriami państw przybrzeżny i na niektórych nich, zgodnie z prawem, trwa już eksploatacja. Do tego należałoby dodać konieczność uwzględnienia praw wszystkich państw na morzu otwartym np. wolność żeglugi, zakładania kabli, rurociągów²².

W ten sposób powołanie takiego rezerwatu mogłoby budzić sprzeciw niektórych państw, a przez to jego zasięg byłby mocno ograniczony i nieefektywny. Obecnie jedynym fragmentem Arktyki uznanym za wspólne dziedzictwo ludzkości są fragmenty dna morskiego (wyłączając szelf kontynentalny). Obszar ten jest pod auspicjami Organizacji Dna Morskiego.

Prawo morza

Inną metodą, mającą pomóc ustalić status prawny Arktyki, która przecież w znacznie swojej części jest Północnym Oceanem Lodowatym, jest wykorzystanie norm prawa morza.

Podstawowym aktem prawnym w tej dziedzinie jest Konwencja o prawie morza powstała podczas III Konferencji Prawa Morza w latach 1972–1982, a podpisana w Montego Bay na Jamajce 10 grudnia 1982 roku.

Przyjęcie konwencji uznano za wielkie osiągnięcie. Jest ona bowiem pierwszą swoistą kodyfikacją tej dziedziny prawa, z tego względu – prócz nowych regulacji – znalazło się tam wiele powtórzeń z konwencji genewskich: o morzu terytorialnym i strefie przyległej; o morzu otwartym; o rybołówstwie i ochronie zasobów morza otwartego oraz o szelfie kontynentalnym. Większość zapisów opiera się jednak na prawie zwyczajowym. Konwencja składa się z 320 artykułów zawartych w 17 rozdziałach oraz 9 załączników. Obecnie stroną Konwencji jest 167 państwa oraz Unia Europejska²³.

Konwencja powołała do życia szereg instytucji. Należą do nich: Organizacja Dna Morskiego, Komisja Granic Szelfu Kontynentalnego oraz Międzynarodowy Trybunał Prawa Morza.

Powstanie ostatniego z tych organów związane było z ustanowieniem zasady obowiązkowego załatwiania sporów dotyczących interpretacji lub stosowania konwencji. Ponadto jurysdykcja Trybunału obejmuje spory o interpretację lub stosowanie porozu-

22 *Stwórzmy Arktyczny Park Narodów Zjednoczonych* – wywiad z prof. Januszem Symonidesem dla portalu Sprawy nauki, <http://www.sprawynauki.edu.pl/index.php?option=com_content&view=article&id=2686:stworzmy-arktyczny-park-narodow-zjednoczonych&catid=321&Itemid=30>.

23 Chronologiczna lista ratyfikacji Konwencji o prawie morza z 1982 r., <http://www.un.org/Depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm>.

mienia z 1994 r. (traktującego o implementacji części IX Konwencji o morzach zamkniętych i półzamkniętych) oraz w stosunku do innych umów, które mu taką jurysdykcję przyznały. Stronami przed Trybunałem mogą być nie tylko państwa konwencji, ale też inne kraje oraz organizacje międzynarodowe. Państwa-strony mogą też rozwiązać spór na drodze rokowań lub innych środków pokojowych zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych. Jeżeli nie zostanie rozwiązany tą drogą, wtedy znajduje zastosowanie procedura obowiązkowa.

Konwencja zawiera jednak kilka białych plam i kwestii do dziś nieuregulowanych. Należy do nich m. in. status wraków oraz podwodnego dziedzictwa kulturowego. Rozwój naukowo-techniczny, a także ciągle zmieniająca się sytuacja polityczna powodują, że przynajmniej niektóre z zagadnień prawa morza powinno się podjąć na nowo. Do takich kwestii należy m. in. piractwo i terroryzm morski, sztuczne wyspy, kable i rurociągi, środowisko wraz z nowymi metody wydobycia.

Mimo to dziś można bez wątpienia stwierdzić, że Konwencja Prawa Morza z 1984 wraz porozumieniami z 1994 i 1995 roku (o zachowaniu i gospodarowaniu ryb około granicznych oraz migrujących) stanowi najważniejszy i najpełniejszy akt prawny dotyczący prawa morza.

Zgodnie z zapisami Konwencji Ocean Światowy podzielny jest na określone strefy:

- morskie wody wewnętrzne,
- morze terytorialne,
- strefa przyległa,
- wyłączna strefa ekonomiczna,
- szelf kontynentalny,
- morze otwarte,
- dno mórz i oceanów²⁴.

W kontekście Arktyki bardzo duże znaczenie mają regulacje dające możliwość gospodarczej eksploatacji obszarów morskich. Na morskich wodach wewnętrznych oraz morzu terytorialnym (tj. do 12 mil morskich od linii podstawowej) państwo przybrzeżne posiada taką samą suwerenność jak na lądowym terytorium z zastrzeżeniem prawa nieszkodliwego przepływu na morzu terytorialnym²⁵.

Na tym jednak się nie kończą możliwości eksploatacji akwenu morskiego przez dane państwo przybrzeżne. Daje je bowiem także wyłączna strefa ekonomiczna. Jest to obszar rozciągający się poza morzem terytorialnym do 200 mil morskich (370 km) mierzonych

24 Konwencja Narodów Zjednoczonych o prawie morza, sporządzona w Montego Bay dnia 10 grudnia 1982 r., Dz. U. z dnia 20 maja 2002 r., <http://www.abc.com.pl/du-akt/-/akt/dz-u-02-59-543>, dostęp: 18.04.2015 r.

25 J. Pieńkos, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Kraków 2004, s. 576.

od linii podstawowej, na którym to obszarze państwo nadbrzeżne posiada wyłączne prawa suwerenne do:

- badania i eksploatacji, ochrony i gospodarowania zasobami naturalnymi, zarówno żywymi, jak i nieożywionymi dna morza, jego podziemia oraz pokrywających je wód;
- wznoszenia i użytkowania sztucznych wysp, instalacji i konstrukcji;
- badań naukowych morza;
- ochrony i zachowania środowiska morskiego.

Poza wymienionymi wyłącznymi prawami państwa nadbrzeżnego, wszystkie państwa na jednakowych zasadach korzystają z wolności morza otwartego, w tym z wolności żeglugi, przelotu, układania kabli i rurociągów²⁶.

Niektóre państwa nadbrzeżne utrzymują jeszcze starszą instytucję – strefę wyłączną rybołówstwa. Jest to strefa morska znajdująca się poza wodami terytorialnymi państwa, w której państwo nadbrzeżne ma w odniesieniu do rybołówstwa takie same uprawnienia jak na morzu terytorialnym. W konsekwencji może zastrzec wyłączność tej działalności dla własnych obywateli, natomiast dla obywateli innych państw wydawać odpłatne lub nieodpłatne licencje²⁷.

Poza granicą wyłącznej strefy ekonomicznej jest morze otwarte. Na nim panuje zasada wolności mórz przejawiająca się głównie w wolności żeglugi, rybołówstwa, zakładania kabli podmorskich i rurociągów, wolności przelotu, a także budowania sztucznych wysp oraz prowadzenia badań naukowych²⁸.

Możliwość rozszerzenia swojego władztwa poza obszarem strefy ekonomicznej daje jednak posiadanie przez dane państwo szelfu kontynentalnego.

Szelf kontynentalny stanowi część kontynentu zanurzoną w płytkim morzu, którego głębokość nie przekracza 200 m, natomiast jego szerokość różni się w zależności od miejsca. Szelfy zajmują ok. 8% ogólnej powierzchni oceanów. Ich cechą charakterystyczną jest występowanie bogatych złóż gazu oraz ropy naftowej oraz nierzadko również obfitych zasobów ryb²⁹.

W Konwencji o prawie morza jego definicja znalazła się w artykule 76 ust. 1. Stwierdzono w niej, że szelf kontynentalny państwa nadbrzeżnego stanowi dno morskie i podziemie obszarów podmorskich rozciągające się poza morzem terytorialnym danego państwa na całej długości naturalnego przedłużenia jego lądowego terytorium aż do

26 M. N. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2006, s. 351–352.

27 W. Czapliński, A. Wyrozumka, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2014, s. 201.

28 J. Symonides, *Nowe Prawo Morza*, Warszawa 1986, s. 169–174.

29 P. Migoń, S. Grykień, R. Pawlak, M. Sobik, *Słownik geograficzny*, Wrocław 2005, s. 305.

zewewnętrznej krawędzi obrzeża kontynentalnego bądź też na odległość 200 mil morskich od linii podstawowych, będących wewnętrzną granicą morza terytorialnego, jeżeli zewnętrzna krawędź obrzeża kontynentalnego nie sięga do tej odległości.

W tym samym artykule pojawiło się nieznane wcześniej pojęcie obrzeża kontynentalnego, które jest podwodnym przedłużeniem masywu lądowego danego państwa składającym się z dna, podziemia szelfu, zbocza oraz wzniesienia. Spod tego pojęcia wyłączone jest jednak dno oceaniczne na dużej głębokości wraz z jego grzbietami oraz podziemiem³⁰.

W świetle Konwencji o prawie morza istnieje możliwość rozszerzenia jurysdykcji państwowej do zewnętrznej granicy szelfu. Do 200 mil morskich każde państwo ma prawo do szelfu bez uruchomienia jakiegokolwiek oficjalnej procedury w tej sprawie. Ponad tę odległość państwo nadbrzeżne jest zobowiązane złożyć uargumentowany wniosek do Komisji Granic Szelfu Kontynentalnego. Zgodnie z art. 76 państwo może rozszerzyć linię szelfu kontynentalnego będącego pod jego jurysdykcją na odległość nieprzekraczającą 350 mil morskich od linii podstawowej bądź na odległość 100 mil od izobaty 2500 metrów. Jeżeli jednak na danym obszarze występują podmorskie wzniesienia (płaskowyże, progi, wierzchołki, ławice, czy odnogi) będące naturalnym przedłużeniem obrzeża kontynentalnego, możliwe jest, za zgodą Komisji Granic Szelfu Kontynentalnego, rozciągnięcie jurysdykcji państwowej poza linię 350 mil morskich³¹.

Od momentu stania się stroną Konwencji, państwowemu przysługuje dziesięcioletni okres na złożenie wniosku do Komisji Granic Szelfu Kontynentalnego. Organ ten składa się 21 członków – ekspertów z takich dziedzin jak geologia, geofizyka lub hydrografia – którzy zostali wybranych przez strony Konwencji na pięcioletnią kadencję. Zadaniem Komisji jest wydawanie zaleceń państwom chcącym wyznaczyć granice na szelfie kontynentalnym poza linię 200 mil morskich. W tym celu konieczne jest także dokonanie oceny materiału dostarczonego przez dane państwo dla poparcia swoich roszczeń. Każdy przypadek bada się oddzielnie, co ma sprzyjać obiektywizmowi. Wydana decyzja jest ostateczna i wiążąca³². Jeżeli dane państwo nie zastosuje się do rekomendacji Komisji, musi się liczyć z wielkim prawdopodobieństwem niezaakceptowania swojej suwerenności na danym obszarze przez społeczność międzynarodową³³.

Najwięcej emocji wśród państw arktycznych budzi spór toczący się o Grzbiet Łomonosowa. Ma on długość 1800 km i rozciąga się od Wysp Ellesmere'a do Wysp Nowosyberyjskich i przecina Arktykę na wysokości bieguna północnego na dwa baseny morskie:

30 M. N. Shaw, *op.cit.*, s. 339–340.

31 W. Czapliński, A. Wyrozumka, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2014, s. 199–200.

32 J. Symonides, *Status prawny i roszczenia...*, s. 38–40.

33 *Ibidem*, s. 39.

Euroazjatycki i Amerykańskooazjatycki. Rozwiązanie kwestii jego przynależności decydowałoby o panowaniu nad znaczną częścią Arktyki³⁴.

Wszystkie państwa arktyczne proklamowały swoje prawa do szelfu kontynentalnego rozciągającego się na odległość do 200 mil morskich. Pierwsze takie działania podjęła Grenlandia w 1963 r. i Stany Zjednoczone w 1961 r. Za podstawę roszczeń posłużyła wówczas Konwencja o szelfie kontynentalnym w 1958 r. Na podstawie Konwencji o prawie morza jak dotąd swoje prawa do obszaru wykraczającego do 200 mil zgłosiły Kanada w 1981, Norwegia w 1985 i Rosja w 1995³⁵.

Jako pierwsze państwo arktyczne wniosek do Komisji Granic Szelfu Kontynentalnego złożyła 20 grudnia 2001 roku Rosja. Dotyczył on między innymi właśnie Grzbietu Łomonosowa. 28 czerwca 2002 roku Komisja wydała rekomendacje, w których zwróciła się do Federacji Rosyjskiej o przedstawienie dodatkowych dowodów mających potwierdzić tezę zawartą we wniosku. Tym samym nie odrzuciła, ale jednocześnie nie zaakceptowała propozycji rosyjskich. Złożenie kolejnego wniosku władze na Kremlu zapowiedziały na wiosnę 2015 roku³⁶.

Wnioski dotyczące Grzbietu Łomonosowa złożyły również Kanada i Dania – odpowiednio w grudniu 2013 i 2014 roku³⁷. Komisja nie ustosunkowała się jeszcze do tych roszczeń.

Z pełną aprobatą spotkał się natomiast wniosek Norwegii z 27 listopada 2006 roku dotyczący zachodniego basenu Nansena na Oceanie Arktycznym³⁸. Tym sposobem Norwegia nie ma obecnie aspiracji terytorialnych na Dalekiej Północy, a kierunek jej polityki koncentruje przede wszystkim na umocnieniu swojej pozycji i zachowania stanu posiadania.

Z kolei większość wysiłków Danii, Kanady i Rosji zmierza do uzyskania naukowych dowodów przynależności Grzbietu Łomonosowa do ich szelfu kontynentalnego. Głośnym echem odbiła się wyprawa „Arktyka 2007”, podczas której rosyjska łódź podwodna umieściła na Grzbiecie Łomonosowa flagę Federacji Rosyjskiej, nawiązując w ten sposób do już nieco archaicznego rytuału symbolicznego zawłaszczenia, znanego głównie z okresu wielkich odkryć³⁹.

34 A. Makowski, *Szelf kontynentalny Arktyki: źródło kryzysu czy współpracy międzynarodowej*, [w:] *Arktyka na początku XX wieku. Między współpracą a rywalizacją*, M. Łuszczuk [red.], Lublin 2013, s. 44.

35 M. Mieczkowski, *Jurysdykcja państwowa na obszarach morskich Arktyki*, [w:] *Arktyka na początku XXI wieku*, M. Łuszczuk [red.], Lublin 2013, s. 35.

36 *Ibidem*, s. 87.

37 Kanada ratyfikowała Konwencję w 2003 r., natomiast Dania w 2004 r.

38 M. Jarocki, *Polityka Norwegii wobec Arktyki*, FAE Policy Paper nr 23/2012, s. 23.

39 M. Tarnawski, *Problem Arktyki w polityce zagranicznej i strategii bezpieczeństwa Rosji*, [w:] *Arktyka na początku XX wieku. Między współpracą a rywalizacją*, M. Łuszczuk [red.], Lublin 2013, s. 456.

Niebagatelne znaczenie dla ustalenia statusu prawnego Arktyki ma tak zwana deklaracja z Ilulissat. W tym grenlandzkim mieście 28 i 29 maja 2008 roku odbyło się spotkanie nadbrzeżnych państw arktycznych: Danii, Kanady, USA, Rosji i Norwegii. Omówiono wówczas wszystkie najważniejsze problemy regionu i związane z nim wyzwania. Do tych ostatnich należy zakończenie trwających sporów terytorialnych. Uczestnicy konferencji zadeklarowali pełną determinację w ich zażegnaniu i wskazana została szczególna rola regulacji prawa morza dla tego procesu⁴⁰.

W tym kontekście problem stwarza pozycja Stanów Zjednoczonych, które nie są stroną Konwencji o prawie morza. Należałoby się przychylić w tej kwestii do opinii prezesa MTPM w latach 2005–2008 sędziego Wilfruma, który dokonał podziału na państwa nabrzeżne mające prawa do wysuwania roszczeń do szelfu do 200 mil morskich i państwa-strony mogące dodatkowo wystąpić z wnioskiem do Komisji Granic Szelfu Kontynentalnego jako organizacji traktatowej⁴¹.

Jednakże, co znamienne, Stany Zjednoczone od 2001 roku również zbierają dane sankcjonujące rozszerzenie władztwa na szelf kontynentalny. Potwierdza to informacje o możliwości ratyfikacji przez Waszyngton Konwencji Prawa Morza⁴².

W jego kontekście natomiast warto pochylić się nad statusem wysp lodowych. Problem ten, niestety, został pominięty w Konwencji Prawa Morza. Obszary takie nie mogą zostać uznane za wyspy, gdyż *de facto* nie są lądem. Nie są również nieruchome oraz związane na stałe z dnem, lecz pływają po powierzchni mórz i oceanów. Stopień ich stabilności znacznie odbiegała od jakiegokolwiek fragmentu lądu. Z kolei od tak zwanych sztucznych wysp wyróżnia je to, że są pochodzenia naturalnego jako fragmenty pól lodowych i lodowców.

Ze względu na to, że wyspy lodowe niekiedy są znacznej wielkości, mogą być wykorzystywane przez człowieka. Przykładem są prowadzone na nich badania naukowe dotyczące między innymi lodowców, klimatu czy środowiska morskiego. Wyspy lodowe bywają niekiedy także bazami dla rybołówstwa i polowań. Jednak możliwości wykorzystania tych obiektów są o wiele większe – tak jako źródła wody pitnej, jak i ze względu na aspekty militarne.

40 Ilulissat Declaration Arctic Ocean Conference Ilulissat, Greenland, 27 – 29 May 2008 <http://www.oceanlaw.org/downloads/arctic/Ilulissat_Declaration.pdf>.™

41 R. Wolfrum, *The Outer Continental Shelf: Some Consideration Concerning Applications and the Potential Role of the International Tribunal for the Law of the Sea*, [w:] “Statement by President of the International Tribunal for the Law of the Sea at the 73rd Biennial Conference of the International Law Association”, Rio de Janeiro, Brazil, 21. 08. 2008 r. <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/statements_of_president/wolfrum/ila_rio_210808_eng.pdf>.

42 M. Przygocka-Markiewicz, *Rola Komisji Granic Szelfu Kontynentalnego w kontekście rywalizacji w regionie Arktyki*, [w:] *Arktyka na początku XX wieku. Między współpracą a rywalizacją*, red. M. Łuszczuk, Lublin 2013, s. 65.

Bak określonego statusu prawnego wysp lodowych powoduje wiele problemów. Część z nich jest rozwiązywanych na drodze analogii do sztucznych wysp. W doktrynie nie budzi raczej sporów teza, że wyspy lodowe, podobnie zresztą jak te sztuczne, nie posiadają prawa do morza terytorialnego. Inaczej jest z kwestią tak zwanych stref bezpieczeństwa. Według niektórych ich ustanowienie byłoby uzasadnione w wypadku wykorzystywania obiektów tego typu na przykład w celach eksploatacji jako platformy wiertnicze⁴³.

W kwestii jurysdykcji na takiej wyspie przyjmuje się, że podstawą powinna być jurysdykcja personalna i obywatelstwo osób znajdujących się na niej lub przynależność państwowa wyspy. Ostatni wypadek wiąże się z rejestracją danej wyspy lodowej przez państwo, podobnie jak rzecz się ma ze statkami morskimi⁴⁴.

Nie jest jasne również, czy wyspy lodowe stanowią *res nullis* czy *res communis*. W przypadku wyspy lodowej, nieokupowanej czy nieużytkowanej sugeruje się przyjęcie za decydujący status obszaru morskiego na jakim ona się znajduje⁴⁵.

Uwagi końcowe

Trudno się dziś spodziewać ustanowienia specjalnego reżimu prawnego dla Arktyki. Zarówno istniejące okoliczności, jak i deklaracje polityków wskazywałyby raczej, że zostanie on ukształtowany właśnie w oparciu o prawo morza. Teoria sektorów i koncepcja wspólnego dziedzictwa ludzkości nie zyskała w odniesieniu do tego obszaru aż tak szerokiego poparcia, jak właśnie zapisy Konwencji o prawie morza.

Rozwiązaniu temu sprzyja kilka faktów. Wspomniana Konwencja jest układem całościowym, który rozwiązuje zdecydowaną większość problemów wynikających z użytkowania obszarów morskich, a nie należy zapominać, że Arktyka coraz bardziej staje się w morzem. Ponadto sama Konwencja dość dobrze zabezpiecza prawa wszystkich państw do morza otwartego oraz zawiera mechanizmy rozstrzygania sporów przed Międzynarodowym Trybunałem Prawa Morza.

Inny aspekt przemawiający na rzecz tej umowy to fakt, że kwestie statusu prawnego poszczególnych obszarów można określić dość szybko przez decyzję niezależnego organu i to z korzyścią dla któreś z zainteresowanych stron.

Te kluczowe argumenty wydają się zdecydowanie przemawiać na rzecz koncepcji poddania Arktyki regułom prawa morza i rezygnacji z idei ustanawiania specjalnego statusu dla tego obszaru.

43 J. Symonides, *Norwe Prawo...*, s. 345.

44 D. Pharand, *The Legal Status of Shelves and Ice Islands in the Arctic*, *Les cahiers de droit*, vol. 10, n 3, 1969, s. 475.

45 J. Symonides, *Norwe Prawo...*, s. 346.

SUMMARY

The legal status of the Arctic as a concept

The Arctic is a place which generates widespread interest on the international stage. This region, which was seemingly forgotten after the end of the Cold War, has again become a place of great rivalry. The reason for this is primarily the shrinking of the Arctic ice cap, which has opened up the possibility of exploiting the region's rich natural resources and using new, attractive, maritime routes.

The problem which arises in connection with these possibilities is the lack of a specific legal status for this area. Arctic countries, in this case meaning the big five of the Arctic, which are the states which have direct access to the Arctic Sea: Denmark (via Greenland), Canada, Norway, Russia and the United States, have submitted their own proposals for the regulation of the legal regime around the North Pole. The most important issues are considered to be: the concept of sectors, the common heritage of humanity and the rule of law subjecting the Arctic sea. These three issues arise from different periods and though many of their elements are varied, they also have convergent points. It is likely that the status of this strategic area will be based on one of them .

KEYWORDS: international law, international state policy, Arctic legal status,

KRZYSZTOF CHMIELEWSKI, MACIEJ PAJĄK

Zasada humanitaryzmu w krajowych i międzynarodowych standardach prawa penitencyjnego

Humanitarny (od łacińskiego *humanitas*, czyli człowieczeństwo, ludzkość) oznacza stawiający za cel dobro człowieka¹. Szkoła humanitaryzmu, będąca wyrazem sprzeciwu wobec bezprawia i okrucieństwa karania w Europie, zapoczątkowała szereg reform w ustawodawstwie epoki Oświecenia. Przeciwko systemowi prawa karnego państwa absolutnego występował włoski prawnik Cesare Beccaria². W dziele *O przestępstwach i karach* opowiedział się stanowczo przeciwko torturom oraz karze śmierci³. Dość szybko jego praca została przetłumaczona na wiele języków i wywołała dyskusję na temat karania w Europie. Wśród postulatów wysuwano: bezwarunkowe zniesienie kwalifikowanej kary śmierci, zaniechanie kar mutylacyjnych i hańbiących, wprowadzenia kary pozbawienia wolności urzędzonej w sposób zapewniający wychowanie sprawcy⁴, zniesienie tortur jako środka uzyskania dowodu w postaci przyznania się oskarżonego. W duchu epoki powstał w 1787 roku austriacki kodeks karny, *Constitutio Criminalis Josephina*, który uwzględniał postulaty humanitarystów szczególnie w odniesieniu do zasad: *nullum crimen sine lege* oraz *nulla poena sine lege*. Nie tylko pewność prawa była wartością w owym kodeksie, bowiem zawierał również nowoczesne przepisy prawa wykonawczego. Kary pozbawienia wolności różniły się zarówno pod względem czasu trwania (czasowe, długie i długotrwałe), jak i pod względem rygoru (łagodne ciężkie i najcięższe)⁵. Dziś wykonywanie kary pozbawienia wolności w rygorze najcięższym, to jest przykucie w dzień i w nocy w pomieszczeniach pozbawionych światła i świeżego powietrza, zostałoby najpewniej podane w wątpliwość co do zgodności z humanitarnym traktowaniem. Z kolei

1 J. Okramus, M. Tytuła, *Słownik wyrazów obcych*, Warszawa-Bielsko-Biała 2013, s.94.

2 A. Dziadzio, *Powszechna historia prawa*, Warszawa 2009, s. 150.

3 Beccaria czerpał inspirację z poglądów Monteskiusza, którego uważa się za prekursora humanitaryzmu. Dzieło Beccarii zostało wydane po raz pierwszy w Livorno w 1764 roku.

4 Kara pozbawienia wolności miała być karą podstawową, zaś więzienia urzędzone w sposób „humanitarny”.

5 A. Dziadzio, *op. cit.*, s. 154.

kodyfikacja kojarzona z oświeceniowym władcą Fryderykiem II, *Landrecht* pruski z 1794 roku, wobec złodziei recydywistów przewidywała jedną z kar nieoznaczonych, mianowicie umieszczenie w domu pracy celem nauki zarobkowania, co stanowiło o wyraźnej zmianie założeń stosowania kary, jaka towarzyszyła oświeceniowym przeobrażeniom.

Mimo że oświeceniowe ustawodawstwo karne zbliżało się do urzeczywistniania idei humanitaryzmu, wykonywanie kary pozbawienia wolności odbywało się w ciężkich warunkach. Współcześnie, rozprawiając o humanitarnym traktowaniu osób pozbawionych wolności, można mówić o trzech systemach ochrony, zróżnicowanych ze względu na zasięg: krajowych, regionalnych i ponadnarodowych.

Z ideą humanitaryzmu w wykonywaniu kary pozbawienia wolności wiążą się pryncypialne zasady: poszanowania godności, zakazu tortur oraz okrutnego lub poniżającego traktowania albo karania. Zasady owe zostaną omówione w dalszej części opracowania, która dotyczy poszczególnych systemów ochrony praw człowieka. Warto zauważyć, że analiza zagadnienia dotyczy nie tylko stanowienia prawa, ale również jego egzekwowania. W tej części pracy zostaną omówione mechanizmy sądowe i pozasądowe ochrony praw człowieka. Humanitaryzm to również zapewnienie odpowiednich warunków socjalno-bytowych – tu zostaną wskazane takie kwestie, jak: warunki bytowe, sanitarno-higieniczne, kulturalno- oświatowe, warunki zatrudnienia więźniów oraz kontakt ze światem zewnętrznym.

Humanitarne traktowanie więźniów a prawo krajowe

Za punkt wyjścia rozważań należy przyjąć zasadę wyrażoną w art. 30. Konstytucji Rzeczypospolitej⁶, iż „przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela”. Owa godność jest nienaruszalna, zaś na władze publiczne został nałożony obowiązek jej poszanowania i ochrony. Również w preambule polskiej ustawy zasadniczej znajduje się odesłanie do zachowania przyrodzonej godności człowieka. Zasada ta stanowi aksjologiczną podstawę całego systemu prawnego⁷. Konstytucja jako najwyższy akt prawa stanowionego w RP zakazuje okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania i karania (art. 40), zdanie drugie tegoż artykułu zakazuje również stosowanie kar cielesnych. Zasada humanitaryzmu w Konstytucji została *expressis verbis* wyrażona w art. 40. ust. 4., który stanowi, że „każdy pozbawiony wolności powinien być traktowany w sposób humanitarny”. Należy zwrócić uwagę, że użyte pojęcia nie posiadają definicji legalnych. Według Pawła Sarneckiego, humanitarne traktowanie to takie obchodzenie się z osobą pozbawioną wolności, które uwzględni i respektuje pewne minimalne potrzeby każdego człowieka, odnosząc je do przeciętnych

6 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dn. 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

7 E. Dawidziuk, *Traktowanie osób pozbawionych wolności we współczesnej Polsce na tle standardów międzynarodowych*, Warszawa 2013, s. 14.

standardów danego społeczeństwa⁸. Można również przyjąć definicję negatywną, w myśl której „za niehumanitarne uznać należy takie działania organów władzy państwowej, które – nie służąc bezpośrednio założonym celom kary pozbawienia wolności – prowadzą do udręki fizycznej skazanych, do poniżania ich godności osobistej, uszczuplania ich praw albo uniemożliwiania im ochrony swoich praw”⁹. W odniesieniu do wymienionych zasad Trybunał Konstytucyjny stwierdza, że niedookreślony, a przez to w praktyce nieograniczony czas stosowania ograniczeń praw i wolności konstytucyjnych w stosunku do skazanych i brak możliwości obrony tych praw stanowią rażące naruszenie zasady określonej w art. 41. ust. 4 i art. 40. Konstytucji. W ocenie sądu wolność niehumanitarnej i poniżającego ma charakter absolutny i nie może być w żadnych warunkach ograniczona. W tej kwestii zajął wyraźne stanowisko, że wzorce kontroli – art. 40 i art. 41 ust. 4 – nie mogą być łączone z wzorcem zawartym w art. 31. ust. 3 Konstytucji, który określa warunki i granice ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności. Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego można wywnioskować, że Trybunał uznaje absolutny charakter wolności od niehumanitarnego traktowania. Co więcej, nie może ona podlegać ograniczaniu w drodze ustawowej, choćby z tak ważnych przesłanek jak wymienione w art. 31 ust. 3, czyli bezpieczeństwo lub porządek publiczny, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Wagę owej zasady podkreśla również art. 233 ust. 1 Konstytucji, który zakazuje ograniczania w trakcie stanu wojennego lub wyjątkowego wolności i praw określonych w art. 30, 40 i 41 ust. 4 Konstytucji. Ta istotna gwarancja nie występowała w poprzednich polskich ustawach zasadniczych¹⁰.

W uzasadnieniu Kodeksu karnego wykonawczego wskazano jako źródło inspiracji „wartości ogólnoludzkie przyjmowane w cywilizowanym świecie”¹¹. Owe wartości według ustawodawcy odnaleźć można w koncepcji praw człowieka, odzwierciedlonej zwłaszcza w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych, Regułach Minimalnych oraz Europejskich Regułach Penitencjarnych.

Zasada humanitaryzmu i poszanowania godności ludzkiej znajduje wyraz w art. 3 k. k.¹² oraz art. 4 k. k. w.¹³. Według art. 4 k. k. w. środki karne, zabezpieczające i zapobiegawcze wykonuje się w sposób humanitarny, z poszanowaniem godności ludzkiej skazanego; zakazuje się tortur lub niehumanitarnej albo poniżającego traktowania i karania. Art. 4 ma charakter programowy, stanowi ogólną dyrektywę dla stosowania przepisów karnych

8 P. Sarnecki, *Komentarz do art. 41 Konstytucji RP* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. III*, red. Leszek Garlicki, Warszawa 2003, s. 8.

9 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 maja 2008 r., sygn. akt SK 25/07.

10 E. Dawidziuk, *op. cit.*, s. 16.

11 Uzasadnienie do projektu Kodeksu karnego wykonawczego z 1997 r., druk sejmowy nr 1278, Sejm Rzeczypospolitej Polskiej II kadencji.

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

13 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. Nr 90, poz. 557 z późn. zm.).

wykonawczych¹⁴. Zasada humanitaryzmu w nim wyrażona, co wynika z tytułu rozdz. III k. k. w., odnosi się do szczególnej kategorii, jaką jest skazany. Należy jednak w tym miejscu zaznaczyć, że naczelną zasadą dotyczy również tymczasowo aresztowanych.

K. k. w. określa także kompetencje sędziego penitencjarnego w zakresie nadzoru penitencjarnego (art. 33 i n. k. k. w.) wzmacniającą gwarancję przestrzegania praw więźnia. Sędzia ma prawo wizytowania obiektów, w których przebywają osoby pozbawione wolności, przeglądania dokumentów oraz żądania wyjaśnień od administracji tych jednostek. W trakcie wizytacji sędzia penitencjarny może przyjmować skargi, wnioski i prośby oraz rozmawiać z osobami pozbawionymi wolności bez obecności innych osób. Ponadto przysługuje mu uprawnienie kontrolne do uchylania sprzecznych z prawem decyzji dyrektora zakładu karnego, dyrektora aresztu śledczego, dyrektora okręgowego Służby Więziennej, kuratora sądowego, a nawet Dyrektora Generalnego Służby Więziennej, o ile dotyczą one osoby pozbawionej wolności. Jedynie w odniesieniu do decyzji komisji penitencjarnej to sąd wszczyna postępowanie z urzędu na mocy art. 76 § 2 k. k. w. Należy dostrzec rolę sędziego penitencjarnego w przestrzeganiu praw pozbawionych wolności, który zgodnie z art. 32. k. k. w. sprawuje nadzór nad legalnością i prawidłowością wykonywania kary pozbawienia wolności.

W stadium wykonawczym nie jest istotny stopień społecznej szkodliwości czynu bądź winy. Celem postępowania karnego wykonawczego jest prewencja ogólna, której zakres definiuje art. 67 §1 k. k. w. jako wzbudzanie w skazanym woli współdziałania w kształtowaniu jego społecznie pożądaných postaw, w szczególności poczucia odpowiedzialności oraz potrzeby przestrzegania porządku prawnego i tym samym powstrzymywania się od powrotu do przestępstwa. Dla osiągnięcia tego dalekosiężnego celu prowadzi się zindywidualizowane oddziaływanie na skazanych w określonych systemach wykonywania kary, w różnych rodzajach i typach zakładów karnych. W oddziaływaniu na skazanych powinno się zatem uwzględniać ich pracę sprzyjającą zdobyciu kwalifikacji zawodowych, zajęcia kulturalno-oświatowe i sportowe, podtrzymywanie kontaktów z rodziną i światem zewnętrznym oraz środki terapeutyczne¹⁵.

Nadto warto przytoczyć uprawnienia skazanego, o których mowa w art. 102 k. k. w., do:

- odpowiedniego ze względu na zachowanie zdrowia wyżywienia, odzieży, warunków bytowych, pomieszczeń oraz świadczeń zdrowotnych i odpowiednich warunków higieny,
- utrzymywania więzi z rodziną i innymi osobami bliskimi,

14 A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 17 i n.

15 A. Gerecka-Zołyńska, W. Sych, *Prawo karne wykonawcze. Zagadnienia procesowe*, Warszawa 2014, s.55.

- korzystania z wolności religijnej,
- otrzymywania związanego z zatrudnieniem wynagrodzenia oraz do ubezpieczenia społecznego w zakresie przewidzianym w odrębnych przepisach, a także pomocy w uzyskiwaniu świadczeń inwalidzkich,
- kształcenia i samokształcenia oraz wykonywania za zgodą dyrektora zakładu karnego do wytwarzania i zbywania wykonanych przedmiotów,
- korzystania z urządzeń i zajęć kulturalno-oświatowych oraz sportowych, radia, telewizji, książek i prasy,
- komunikowania się z obrońcą, pełnomocnikiem, właściwym kuratorem sądowym oraz wybranym przez siebie przedstawicielem,
- komunikowania się z przedstawicielami stowarzyszeń, fundacji, organizacji oraz instytucji związanych ze społeczną readaptacją skazanych, a także z kościołami i innymi związkami wyznaniowymi,
- zapoznawania się z opiniami sporządzonymi przez administrację zakładu karnego, stanowiącymi podstawę podejmowanych wobec niego decyzji,
- składania wniosków, skarg i próśb organowi właściwemu do ich rozpatrzenia oraz przedstawiania ich, w nieobecności innych osób, administracji zakładu karnego, kierownikom jednostek organizacyjnych Służby Więziennej, sędziemu penitencjarnemu, prokuratorowi i Rzecznikowi Praw Obywatelskich,
- prowadzenia korespondencji z organami ścigania, wymiaru sprawiedliwości i innymi organami państwowymi, organami samorządu terytorialnego, Rzecznikiem Praw Obywatelskich, Rzecznikiem Praw Dziecka oraz organami powołanymi na podstawie ratyfikowanych przez Rzeczpospolitą Polską umów międzynarodowych dotyczących ochrony praw człowieka.

Przez wzgląd na użycie przez ustawodawcę wyrażenie „w szczególności” należy przyjąć, że charakter wymienionych w powyższym artykule praw skazanego nie ma charakteru wyczerpującego. Odnosząc wymienione uprawnienia skazanego do uprawnień przysługujących skazanemu pod rządami pierwotnej wersji kodeksu karnego wykonawczego z 1969 roku¹⁶, dostrzec można dysproporcje w tym katalogu. Rozdział IV uprzednio obowiązującego kodeksu zatytułowany „Skazany” przyznał mu prawo składania wniosków i skarg, ustanowił zasadę, że ograniczenie praw nie może przekraczać granic niezbędnych do prawidłowego wykonania kary lub środka karnego, a także w §3 wskazał, że kary wykonuje się w sposób humanitarny z poszanowaniem godności ludzkiej skazanego. Nadzór nad wykonaniem kary prowadził sędzia penitencjarny i prokurator. W części szczególnej kodeksu karnego wykonawczego z 1969 r., w dziale XI została nadto podkreślona funkcja resocjalizacyjna kary pozbawienia wolności, która miała być

16 Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. - Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. Nr 13, poz.98).

kreowana zwłaszcza przez pracę naukę i zajęcia kulturalno-oświatowe. Katalog uprawnień skazanego z k.k.w. z 1997 r. jest więc szerszy, obejmuje również chociażby prawo do praktyk religijnych, które w okresie obowiązywania poprzedniego kodeksu nie były politycznie pożądane. W owym porównaniu należy też zadać pytanie o rzeczywiste stosowanie postanowień kodeksu do obywateli karzących karę pozbawienia wolności. Mimo wysłowionej również zasady humanitaryzmu, może być to wątpliwe.

Zasadę ogólną wprowadza również k. k., który stanowi, że kary oraz inne środki stosuje się z uwzględnieniem zasad humanitaryzmu, w szczególności z poszanowaniem godności człowieka. Zastrzeżenie odnosi się do wszystkich etapów stosowania kary, a więc także do jej wykonania¹⁷. Zasadę humanitaryzmu należy rozumieć jako dyrektywę minimalizowania cierpień, dolegliwości i innych niedogodności zadawanych człowiekowi przy stosowaniu kar kryminalnych oraz ich wymierzania tylko wtedy i w takich granicach, w jakich jest to konieczne dla realizacji norm prawa karnego¹⁸.

Ustawodawca, opracowując Kodeks karny, wziął pod uwagę zarówno dobra osobiste pokrzywdzonego, jak i sprawcy przestępstwa. Sprzeczne z dyrektywą humanitaryzmu w opinii Sądu Apelacyjnego w Krakowie jest nadmierne odwleknięcie wykonania kary¹⁹. Wówczas kara, w opinii sądu, nie służy poprawie skazanego, stając się abstrakcyjną dolegliwością oderwaną od dawnych czynów. Ponadto, długotrwałe oczekiwanie na wykonanie kary orzeczonej może prowadzić do destabilizacji życia skazanego w sferze jego stosunków osobistych i zawodowych²⁰. Należy jednak dostrzec wyjątek w sytuacji, gdy za odroczeniem wykonania kary przemawia przykładowo zły stan zdrowia skazanego²¹. Ideę humanitaryzmu urzeczywistnia także możliwość ubiegania się przez skazanego o wcześniejsze, przedterminowe zwolnienie – Art. 78. § 1 k. k. wskazuje, że skazanego można warunkowo zwolnić po odbyciu co najmniej połowy kary. Inny warunek określa dla recydywisty wymienionego w art. 64 § 1, którego można warunkowo zwolnić po odbyciu dwóch trzecich kary, natomiast określonego w art. 64 § 2 po odbyciu trzech czwartych kary. Z kolei skazanego na karę 25 lat pozbawienia wolności można warunkowo zwolnić po odbyciu 15 lat kary, natomiast skazanego na karę dożywotniego pozbawienia wolności, po odbyciu 25 lat kary. Założeniem warunkowego zwolnienia jest konieczność odbycia przez skazanego określonego minimum kary pozbawienia wolności. Uzasadnia to możliwość rozważania zwolnienia skazanego z reszty odbycia kary, o ile postawiona zostanie dla niego pozytywna prognoza kryminologiczna.

Treści art. 3 k. k. dopełnia przepis penalizujący fizyczne znęcanie się nad osobą pozbawioną wolności, którego sankcja karna jest tożsama ze znęcaniem się nad osobą najbliż-

17 W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 313 i 425.

18 A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz, t.I*, Gdańsk 1999, s.52.

19 Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 27 czerwca 2000, II Akz 232/00.

20 A. Gerecka-Zołyńska, W. Sych, *op. cit.*, s. 55.

21 E. Dawidziuk, *op.cit.*, s. 20.

szą lub podwładnym żołnierzem. Art. 274 k. k. zakłada zagrożenie karą od 3 miesięcy do 5 lat pozbawienia wolności, zaś jeśli sprawca działa ze szczególnym okrucieństwem, typ kwalifikowany przewiduje karę od roku do 10 lat pozbawienia wolności. Przepis ma szczególne znaczenie w kwestii torturowania osadzonych, bo choć kodeks nie posługuje się pojęciem tortur znanym prawu międzynarodowemu, bez wątpienia czyn stypizowany w art. 274 k. k. może nosić znamiona tortur bądź innych niedopuszczalnych form traktowania więźnia. W uzasadnieniu postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 29 lipca 1997 roku tortury definiowane są jako umyślne, nieludzkie traktowanie, powodujące poważne i okrutne cierpienia, zaś za nieludzkie traktowanie lub karanie uznawane jest takie, które polega na zadawaniu ciężkiego fizycznego i psychicznego cierpienia, natomiast poniżające traktowanie lub karanie to takie, które ma na celu wzbudzenie u ofiary uczucia strachu, udręki lub poczucia niższości, powodujące upokorzenie i upodlenie, ma złamać fizyczną i moralną odporność²². Postanowienie dotyczyło wniosku o ekstradycję obywateli Chińskiej Republiki Ludowej, gdzie Sąd Najwyższy orzekł w sentencji, że

wydanie osoby ściganej w sytuacji istnienia prawdopodobieństwa poddania jej w kraju wzywającym torturom lub nieludzkiemu albo poniżającemu traktowaniu lub karaniu, w rozumieniu art. 3 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284), jest prawnie niedopuszczalne.

W doktrynie podnosi się, że przepis statuujący zasadę humanitaryzmu zapewnia gwarancję jej poszanowania tak na etapie orzekania kar i środków karnych, jak i ich wykonywania²³. Należy przy tym odróżnić faktyczne oraz ustawowe ograniczenia praw więźniów²⁴. Ograniczenia faktyczne mogą polegać przykładowo na ograniczeniach w korzystaniu z praw przez więźniów zaliczanych do kategorii tak zwanych więźniów pokrzywdzonych oraz ograniczenia będące efektem przeludnienia zakładów karnych, czy też ograniczaniu innych warunków socjalno-bytowych lub kulturalno-oświatowych. Do ograniczeń ustawowych z kolei, należy zaliczyć kary dyscyplinarne przewidziane w art. 142–149 k. k. w.

Kodeks karny wykonawczy przewiduje następujące kary dyscyplinarne: - naganą, - pozbawienie wszystkich lub niektórych nie wykorzystanych przez skazanego nagród lub ulg albo zawieszenie ich wykonania, na okres do 3 miesięcy,

²² II KKN 313/97, OSNKW 1997, z. 9–10, poz. 85.

²³ K. Dąbkiewicz, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz.*, Warszawa 2012, s. 38–39.

²⁴ T. Bulenda, *Faktyczne i ustawowe ograniczenia praw więźniów [w:] Wykonywanie kary pozbawienia wolności w Polsce – w poszukiwaniu skuteczności*, red. Henryk Machel, Gdańsk 2006, s. 295–309.

- pozbawienie korzystania z udziału w niektórych zajęciach kulturalno-oświatowych lub sportowych, z wyjątkiem korzystania z książek i prasy, na okres do 3 miesięcy, - pozbawienie możliwości otrzymania paczek żywnościowych, na okres do 3 miesięcy, - pozbawienie lub ograniczenie możliwości dokonywania zakupów artykułów żywnościowych lub wyrobów tytoniowych, na okres do 3 miesięcy,
- udzielanie widzeń w sposób uniemożliwiający bezpośredni kontakt z osobą odwiedzającą, na okres do 3 miesięcy, - obniżenie przypadającej skazanemu części wynagrodzenia za pracę, nie więcej niż o 25%, na okres do 3 miesięcy, - umieszczenie w celi izolacyjnej na okres do 28 dni.

Nie ulega wątpliwości, iż sama instytucja kar dyscyplinarnych spełnia konstytucyjny wymóg proporcjonalności, co do formalnych i materialnych przesłanek ograniczenia praw i wolności.

Primo, problematyka kar dyscyplinarnych została uregulowana ustawie, czyniąc załość obligatoryjnej formie wprowadzania ograniczeń.

Secundo, ustanowienie kar dyscyplinarnych uzasadnione jest koniecznością ochrony wartości wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, w wymienionym przypadku: porządku publicznego oraz wolności i praw innych osób.

Tertio, uwzględniając kontekst społeczny i prawny, w jakim kary dyscyplinarne są stosowane, należy uznać, że nie naruszają one istoty ograniczanych praw i wolności. Izolacja penitencjarna to życie w pewnej społecznej zbiorowości, a w każdej zbiorowości obowiązują określone zasady i obowiązki, mające na celu zapewnienie porządku i bezpieczeństwa. Niepodporządkowanie się zasadom, niewypełnienie obowiązków powoduje określone konsekwencje²⁵.

Regulacje pozakodeksowe

Pozakodeksowym uregulowaniem odnoszącym się do właściwego traktowania więźniów jest ustawa o Służbie Więziennej (Dz. U. Nr 79, poz. 523 z późn. zm.). Jako zadanie Służby Więziennej zostało wymienione przestrzeganie praw osób pozbawionych wolności, zwłaszcza zapewnienie humanitarnych warunków bytowych, poszanowanie godności, zapewnienie opieki zdrowotnej i religijnej (art. 2 ust. 2 pkt 3). Obok humanitaryzmu ustawa wymienia dyrektywę bezstronności oraz praworządności jako podstawy traktowania przez Służbę Więzienną (art. 27 pkt. 1 i 2). Jednak z treści ślubowania funkcjonariusza usunięto sformułowanie dot. kierowania się zasadami humanizmu²⁶.

25 G. Szczygieł, *Postępowanie dyscyplinarne w kodeksie karnym wykonawczym w Europejskie Reguły Więzienne z 2006 r.*, [w:] „Białostockie Studia Prawnicze” 2014 z. 15, s. 211–224.

26 Ustawa z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej (Dz.U. 2010 nr 79 poz. 523).

Elementy zasad humanitarnego traktowania w prawie krajowym znajdują się również w aktach rangi podstawowej. Rozporządzenia do k. k. w. dotyczą między innymi: zasad i trybu nauczania w zakładach karnych, warunków bytowych osób osadzonych, opieki leczniczej i ambulatoryjnej. Wymienione elementy traktowania muszą jednak być zgodne z zasadą humanitaryzmu wyrażoną w aktach wyższego rzędu.

Akty prawa międzynarodowego

System ONZ

Szczególnie ważne w dziedzinie ochrony praw człowieka było uchwalenie w 1948 roku Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. Mimo istnienia sporu co do mocy wiążącej – bowiem nie jest umową międzynarodową – nie sposób nie docenić jej znaczenia moralnego i politycznego²⁷. W art. 5. został wyrażony zakaz tortur lub okrutnego, nieludzkiego albo poniżającego traktowania czy karania. Art. 8 formułuje prawo do ochrony sądowej w razie pogwałcenia podstawowych praw przyznanych przez prawo wewnętrzne, zaś art. 10 prawo do rzetelnego sądu. Wskazane artykuły, pomimo ich postulatywnego charakteru i braku mocy wiążącej, stały się fundamentem do przyjęcia założeń Deklaracji w późniejszych gwarantujących przestrzeganie praw osób pozbawionych wolności aktach prawa międzynarodowego.

Soft law z zakresie polityki penitencjarnej stanowią także „Wzorcowe reguły minimum postępowania z więźniami”, będące efektem prac I Kongresu ONZ, który odbył się w Genewie w 1955 roku. Dokument ten w swojej pierwotnej wersji obejmował 94 reguły. Są raczej apelem moralno-politycznym niż aktami bezwzględnie zobowiązującymi państwa do określonego postępowania²⁸. Nie dziwi więc brak jakiegokolwiek mechanizmu sankcji w przypadku nienależytego wypełniania lub naruszania przez państwa ich postanowień. Niemniej dały one asumpt do dyskusji na szczeblu międzynarodowym na temat praw przysługujących osobom pozbawionym wolności. Zbiór tych reguł był inspiracją dla twórców ich europejskiego odpowiednika²⁹. Spośród nich warto wymienić wiodące cele „Reguł minimalnych ONZ”: pełne zabezpieczenie praw więźniów w czasie ich pobytu w zakładzie karnym oraz promowanie takiego modelu penitencjarnego oddziaływania na więźniów, który oparty jest na idei progresji społecznej i rehabilitacji tych osób. Na szczególną uwagę zasługuje Reguła 31, która wymienia rodzaje kar całkowicie zakazanych. Zaliczono do nich: kary cielesne, karę osadzenia w ciemnicy oraz kary nieludzkie, okrutne i poniżające. W przypadku zastosowania kary ścisłej izolacji oraz ograniczenia racji żywnościowej zastrzeżono obowiązek uprzedniego zbadania więźnia

27 J. Hołda, Z. Hołda, D. Ostrowska, J. Rybczyńska, *Prawa człowieka. Zarys wykładu*, Warszawa 2014, s. 55.

28 D. Gajdus, B. Gronowska, *Europejskie Standardy Traktowania Więźniów*, Toruń 1998, s. 26.

29 *Ibidem*, s. 27.

przez lekarza i zaświadczenia przez niego na piśmie, że więzień jest zdolny do odbycia wymierzonej kary dyscyplinarnej.

Status umowy międzynarodowej miały za to przyjęte Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych oraz Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, które Polska ratyfikowała w 1977 roku³⁰. Pierwszy z wymienionych, w art. 7 potwierdził zakaz tortur lub okrutnego, nieludzkiego albo poniżającego traktowania lub karania. Art. 10 Paktu stanowi, że „każda osoba pozbawiona wolności będzie traktowana w sposób humanitarny i z poszanowaniem przyrodzonej godności człowieka”. Instytucją stojącą na straży przestrzegania Paktu jest Komitet Praw Człowieka, który rozpatruje skargi indywidualne na mocy *Protokołu Fakultatywnego do Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r.* Komitet Praw Człowieka przyjmuje skargi od osób fizycznych, jak również skargi międzypaństwowe. Nie ulega wątpliwości, że już samo zgłaszanie sprawy o naruszenie praw przyczynia się do jej nagłośnienia i wywiera presję na społeczność międzynarodową³¹. Orzeczenia Komitetu Praw Człowieka dotyczące bezpośrednio art. 10 MPPOiP są stosunkowo nieliczne, gdyż w większości przedmiotem uwagi Komitetu była kwestia stosowania tortur, a także, w nieco mniejszym stopniu, poddawania okrutnemu, nieludzkemu albo poniżającemu traktowaniu³². Komitet Praw Człowieka uznał, że warunki odbywania kary pozbawienia wolności nie mogą stanowić źródła tortury dla osoby skazanej. Wskazał w jednym z orzeczeń, że naruszeniem zasady humanitaryzmu jest umieszczenie osoby w podziemnej celi, w całkowitym odosobnieniu. Naruszeniem tej zasady jest także przetrzymywanie osoby w ciasnej komórce, w ciężkich warunkach, na które składają się między innymi obecność owadów w celi, nieodpowiednia temperatura w lecie i zimie, a także brak jakiegokolwiek wentylacji oraz brak światła³³. Innym przykładem naruszenia art. 10 Paktu było przetrzymywanie aresztowanego w celi bez materaca i pośłania, wentylacji, światła, urządzeń sanitarnych, czystej wody pitnej oraz pozbawienie lekarstw³⁴.

Obok Komitetu Praw Człowieka należy wskazać Komitet Przeciwko Torturom, który rozpatruje skargi indywidualne zgodnie z artykułem 22. *Konwencji w Sprawie Zakazu Stosowania Tortur oraz Innego Okrutnego, Nieludzkiego lub Poniżającego Traktowania albo Karania z 1984 roku.* Komitet przyjmuje skargi od osób fizycznych, jak również skargi międzypaństwowe. Konwencja już w art. 1 ust. 1 zawiera definicję tortur jako:

30 Dz. U. Nr 38, poz. 167 i 169.

31 J. Migdał, T. Szymanowski, *Prawo karne wykonawcze i polityka penitencjarna*, Warszawa 2014, s. 53.

32 W. Sobczak, *Komentarz do Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych*, [w:] *Międzynarodowy pakt praw obywatelskich (osobistych) i politycznych. Komentarz*, red. Roman Wieruszewski, Warszawa 2012.

33 Decyzja Komitetu Praw Człowieka z dnia 6 listopada 2003r., 1096/2002, Kurbanov p. Tadżykistanowi.

34 Decyzja Komitetu Praw Człowieka z dnia 23 marca 1999r., 775/1997, Brown p. Jamajce.

każde działanie, którym jakiegokolwiek osobie zadaje się ostry ból lub cierpienie fizyczne bądź psychiczne, w celu uzyskania od niej lub od osoby trzeciej informacji lub wyznania w celu ukarania jej za czyn popełniony przez nią lub osobę trzecią albo o którego dokonanie jest ona podejrzana, a także w celu zastraszenia lub wywarceniu nacisku na nią lub trzecią osobę albo w jakimkolwiek innym celu wynikającym z wszelkiej formy dyskryminacji, gdy taki ból lub cierpienie powodowane są przez funkcjonariusza państwowego albo inną osobę występującą w charakterze urzędowym lub z ich polecenia albo za wyraźną lub milczącą zgodą.

System Europejski

Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności

Zasadnicze znaczenie w ochronie praw człowieka w Europie ma Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności podpisana w Rzymie dnia 4 listopada 1950 roku (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, z późn. zm.; dalej: Konwencja). Omawiany pakt jest regionalnym odpowiednikiem omówionego wyżej Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych³⁵. Należy przy tym wskazać na efektywność Konwencji, bowiem określiła procedury zaskarżania spraw o naruszenie praw, przewidując następstwa mające zadośćuczynić poszkodowanym. Organem, który na mocy Konwencji został wprowadzony do systemu Rady Europy jest Europejski Trybunał Praw Człowieka, jest niezawisłym, międzynarodowym sądem wyposażonym w kompetencje do orzekania określonych sankcji. Znaczenie orzeczeń ETPC jest o tyle istotne, że przewiduje odpowiedzialność odszkodowawczą państw-sygnatariuszy Konwencji. Orzecznictwo Trybunału wskazuje także na kierunki ochrony praw osób pozbawionych wolności. Przykładowo, orzecznictwo strasburskie tortury utożsamiało z nieludzkim postępowaniem skutkującym zasadniczymi, okrutnymi dolegliwościami³⁶. Zgodnie z linią Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w sytuacji, gdy u osoby pozbawionej wolności doszło do obrażeń ciała, kiedy pozostawała pod kontrolą funkcjonariuszy, to na władzach państwowych spoczywa ciężar wykazania, że obrażenia spowodowane są innymi czynnikami niż złe traktowanie³⁷.

Europejska Konwencja o zapobieganiu torturom oraz nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu

Postulując humanitarne wykonywanie kar, nie sposób pominąć Europejskiej Konwencji o zapobieganiu torturom oraz nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu, podpisanej

35 J. Migdał, T. Szymanowski, *op. cit.*, s. 53.

36 K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 81.

37 *Ibidem*.

26 listopada 1987 roku (Dz. U. z 1995 r. Nr 46, poz. 238 z późn. zm.)³⁸. Na mocy art. 1 powołano Europejski Komitet ds. Zapobiegania Torturom oraz Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu albo Karaniu, który przeprowadza wizytyacje celem wzmocnienia tej ochrony. Przedstawiciele Komitetu mają swobodę poruszania się po terytorium państwa-strony, dostępu do informacji o miejscach przebywania osób pozbawionych wolności oraz w związku z tym prawo przeprowadzania wywiadu z tymi osobami. Wizytyacje kończą się sprawozdaniem i ewentualnymi zaleceniami w celu lepszej ochrony pozbawionych wolności.

Europejskie Reguły Więzienne

Z kolei miękkim prawem będącym odpowiednikiem „Reguł minimalnych ONZ” są dla Państw Rady Europy Europejskie Reguły Więzienne (dalej: ERW), przyjęte przez Komitet Ministrów Rady Europy w dniu 11 stycznia 2006 roku. Wyrosły one ze wspólnego przekonania państw Rady Europy, że charakter norm Reguł Minimalnych ONZ jest zbyt ogólny³⁹. Oczywiście część Reguł ma również charakter programowy. Zgodnie z pierwszą regułą wszystkie osoby pozbawione wolności są traktowane z poszanowaniem praw człowieka. Reguła 3 stanowi natomiast, że restrykcje nałożone na osoby pozbawione wolności powinny być ograniczone do koniecznego minimum i proporcjonalne do uzasadnionego celu. Podkreślają w sposób szczególny (reguła 102.2), że więzienie to kara sama w sobie i z tego powodu rygor wykonywania nie może przyczyniać się do pogorszenia cierpień związanych z osadzeniem. Reguły od 56.1 do 62 zawierają postanowienia normujące elementy związane z karaniem dyscyplinarnym. Zgodnie z przepisami ERW pociągnięcie do odpowiedzialności dyscyplinarnej powinno mieć charakter rozwiązania ostatecznego. Europejskie Reguły Więzienne przyznają pierwszeństwo mechanizmom mediacyjnym i restytucyjnym w rozwiązywaniu sporów z więźniami. W odróżnieniu od Reguł Minimalnych ONZ, przepisy ERW konkretyzują, jakie przesłanki powinny zostać spełnione, aby zakwalifikować określone działanie jako przekroczenie. Zgodnie z regułą 57.1 za przekroczenie może zostać uznane działanie, które zagraża porządkowi, bezpieczeństwu instytucjonalnemu lub bezpieczeństwu osobistemu. Europejskie Reguły Więzienne postulują całkowity zakaz stosowania pewnych rodzajów kar dyscyplinarnych. Zabroniono stosowania kar: zbiorowych, cielesnych, umieszczania w ciemnej celi, całkowitego zakazu kontaktów z rodziną. Niedozwolone jest także stosowanie sprzętu do krępowania swobody ruchu jako formy karania dyscyplinarnego. W ERW postuluje się stosowanie kary izolacji w wyjątkowych okolicznościach oraz na czas możliwie najkrótszy.

38 J. Migdał, T. Szymanowski, *op. cit.*, s. 56.

39 M. Płatek, *Zadania polskiej polityki penitencjarnej w świetle Europejskich Reguł Więziennych*, [w:] „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2007 z. 1, s. 262.

Problemy polskiego więziennictwa i ich wpływ na respektowanie zasady humanitaryzmu

Respektowanie zasady humanitaryzmu wykonywania kary pozbawienia wolności jest także zdeterminowane przez faktyczne warunki, w jakich skazani odbywają karę. Z tak ogólnym pojęciem wiążą się chociażby takie zagadnienia jak: stan infrastruktury sanitarnej, wentylacja celi, jakość opieki zdrowotnej w zakładach karnych oraz zapewnienie, aby powierzchnia celi, która przypada na jednego więźnia odpowiadała ustalonym standardom. Jednym ze strukturalnych problemów polskiego systemu więziennego jest zjawisko przeludnienia instytucji izolacyjnych. Zgodnie z obowiązującym prawem, stan przeludnienia występuje wtedy, gdy liczba osadzonych w zakładach karnych lub aresztach śledczych przekroczy w skali kraju ogólną pojemność tych zakładów⁴⁰. W komunikacie Centralnego Zarządu Służby Więziennej z dnia 6 kwietnia 2012 roku poinformowano, że zaludnienie zakładów karnych i aresztów śledczych wynosi 100,3% w skali kraju.

W doktrynie podkreśla się, że przeludnienie jednostek penitencjarnych może skutkować uniemożliwieniem osiągnięcia celów resocjalizacyjnych i wychowawczych kary pozbawienia wolności⁴¹. Trybunał Konstytucyjny zaznaczył, że nadmierne zaludnienie zakładów karnych może zostać uznane za traktowanie niehumanitarne, a w przypadku kumulacji innych niedogodności, również za torturę⁴².

Inną dziedziną, która powinna być przykładem realizacji zasady humanitaryzmu jest opieka zdrowotna w instytucjach izolacyjnych. Szczególna sytuacja, w jakiej znajdują się osoby pozbawione wolności, nakłada na administrację więzienną odpowiedzialność za stan zdrowia więźniów⁴³.

W wyroku z dnia 28 lutego 2007 roku Sąd Najwyższy podkreślił, że w przypadku umieszczenia skazanego w przeludnionej celi bez dostępu do oddzielonej od reszty pomieszczenia toalety oraz węzła sanitarnego:

nie można uznać za uzasadniony i normalny element kary pozbawienia wolności, co wynika także z art. 110 § 2 k. k. w., w którym ustawodawca, dostosowując przepisy dotyczące wykonania kary pozbawienia wolności do norm prawa europejskiego, zawarł wymogi dotyczące warunków bytowych w celach mieszkalnych.⁴⁴

40 *Standardy Europejskiego Komitetu Zapobiegania Torturom*. „Merytoryczne” fragmenty sprawozdań ogólnych Europejskiego Komitetu Zapobiegania Torturom, Strasburg 2003.

41 G. Szczygieł, *Zasada poszanowania godności skazanego a przeludnienie zakładów karnych* [w:] *X lat obowiązywania Kodeksu karnego wykonawczego*, Białystok 2009, s. 145.

42 Wyrok TK z dnia 26 maja 2008r., sygn. Sk 25/07.

43 *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1 – 18. Tom I.*, red. Leszek Garlicki, Warszawa 2010, s. 126.

44 Wyrok SN z dnia 28 lutego 2007 r., sygn. V CSK 431/06.

W kontekście standardów traktowania więźniów w Polsce, istotny jest problem nadmiernego stosowania środków ograniczających wobec więźniów niebezpiecznych⁴⁵. Powstaje pytanie, czy nie godzą w jego godność i czy zastosowanie zbyt rygorystycznych środków może być uznane za humanitarne.

W ważnym dla respektowania zasady humanitaryzmu wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 26 maja 2008 roku⁴⁶ został przytoczony raport Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, w którym wskazywała ona, że w Europejskim Trybunale Praw Człowieka znajduje się znaczna liczba skarg obywateli polskich, które dotyczą nieludzkich i poniżających warunków odbywania kary pozbawienia wolności związanych przede wszystkim z przeludnieniem jednostek penitencjarnych. Istnieje więc prawdopodobieństwo, że pociągnie to za sobą konsekwencje finansowe dla Polski ze względu na konieczność wypłaty wysokich odszkodowań przyznanych skarżącym przez ETPC.

Należy zaznaczyć, że problem humanitarnego traktowania osób odbywających karę pozbawienia wolności jest otwarty, zaś słowo „humanitarny” jest pojmowane niejednolicie. Trafne i aktualne są słowa konstytucjonalisty, że „realizacja zasady humanitaryzmu powinna być zapewniona nie tylko poprzez właściwe regulacje prawne, lecz również przez odpowiednie traktowanie osadzonych przez personel zaangażowany w proces wykonywania kary pozbawienia wolności”⁴⁷.

SUMMARY

The principle of humanity in international and national standards of penitentiary law

This paper points out the most important international and internal acts which refer to prisoners' rights in the context of the principle of humanity. The first part describes the Polish situation with regards to constitutional principles of human dignity and freedom from unfair treatment. The second part focuses on international standards, and is divided into two groups: UN standards and European standards. This leads to the conclusions contained in the third section about respecting these articles in contemporary Polish penitentiary law and prisons.

KEYWORDS: humanity, European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights, prisoners' rights, dignity, Polish Constitution, Polish criminal code, penitentiary law

45 E. Dawidziuk, *Prawa tzw. osadzonych niebezpiecznych na tle wyroków ETPC w sprawach przeciwko Polsce*, [w:] *Prawa człowieka a polski system penitencjarny. Edukacja. Resocjalizacja. Humanitaryzm*, red. Dorota Rondalska, Poznań-Kule 2012, s. 36 i n.

46 Wyrok TK z dnia 26 maja 2008 r., sygn. Sk 25/07.

47 P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*, Warszawa 2008, s. 104.

HANNA BANAS

Między *sacrum* a *profanum*: relacje wolności religijnej i wolności sztuki w orzecznictwie ETPCz

Prawne uregulowania obu wolności

Wraz z rozwojem prawa międzynarodowego, a w jego ramach praw człowieka, kolejne obszary życia i działalności ludzkiej obejmowane były ochroną prawną – czy to na gruncie konwencji międzynarodowych, czy różnych aktów prawa krajowego. Do jednej z takich dziedzin można zaliczyć wolność sztuki, która, stanowiąc przejaw aktywności artystycznej jednostki, podlega ochronie. Nie zawsze jednak jest objęta ochroną bezpośrednio w danym akcie prawnym – wtedy też rodzi się najwięcej kontrowersji co do zastosowania regulacji.

Niniejszy artykuł dotyczy będzie problematyki interpretacji przepisów odnoszących się do wolności artystycznej z jednej strony, a trudności w stosowaniu ich w praktyce, z drugiej. Całość zagadnienia została ujęta w kontekście wolności religijnej¹. Najpełniejsze orzecznictwo w tym zakresie (jakkolwiek i tak niewystarczające) posiada Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz), dlatego to na nim opierać się będą rozważania obejmujące tematyką prawo europejskie². Za główny przykład posłużą dwa kluczowe wyroki: *Wingrove przeciwko Wielkiej Brytanii* i *Otto Preminger Institute przeciwko Austrii*³.

1 Konkretniej – w kontekście problemów ochrony praw jednostki, gdy dochodzi do styku wolności myśli, sumienia i wyznania (w dalszej części określanej jako wolność religijna) oraz wolności sztuki (zamiennie nazywanej wolnością artystyczną).

2 Przez „prawo europejskie” rozumie się tu zarówno prawo Unii Europejskiej (UE), jak i prawo innych regionalnych organizacji międzynarodowych (np. Rady Europy) oraz prawo obowiązujące w państwach europejskich. Zamiennikiem stosowanym w tekście dla określenia prawa UE jest „prawo unijne” (lub „prawo wspólnotowe”, jeśli odnosi się do aktów prawnych sprzed wejścia w życie Traktatu Lizbońskiego).

3 Orzeczenia *Otto Preminger Institute v. Austria* z dnia 20 września 1994 roku (skarga nr 13470/87; dalej: *OPI*) i *Wingrove v. The United Kingdom* z dnia 25 listopada 1996 roku (skarga nr 17419/90; dalej: *Wingrove*). Oba wyroki znajdują się w bazie orzeczeń HUDOC Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (wersja angielska i francuska).

Rozpatrywanie problematyki należy zacząć od określenia, czym w istocie jest wolność religijna i wolność sztuki. Jest to o tyle trudne, że w żadnym z aktów prawnych na poziomie międzynarodowym definicja legalna nie została zawarta – co oznacza, że brak jest wspólnego, precyzyjnego spojrzenia na te wolności; brak spojrzenia, które pozwoliłoby stworzyć pewną i konkretną podstawę rozstrzygnięcia. W większości kwestie te pozostawione zostały do rozstrzygnięcia sądom krajowym.

Rozważania na temat wolności religijnej są łatwiejsze do podjęcia niż te dotyczące wolności artystycznej. Wolność religijna została bowiem wprost ujęta w większości konwencji dotyczących w sposób ogólny praw człowieka – takich jak Powszechna Deklaracja Praw Człowieka⁴, Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych⁵, ale i europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁶ czy inne konwencje o regionalnym zasięgu⁷.

W tym miejscu warto zacytować art. 9. Konwencji dotyczący wolności myśli, sumienia i wyznania:

Artykuł 9.

1. Każdy ma prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania; prawo to obejmuje wolność zmiany wyznania lub przekonań oraz wolność uzewnętrzniania indywidualnie lub wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie, swego wyznania lub przekonań przez uprawianie kultu, nauczanie, praktykowanie i czynności rytualne.

2. Wolność uzewnętrzniania wyznania lub przekonań może podlegać jedynie takim ograniczeniom, które są przewidziane przez ustawę i konieczne w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na interesy bezpieczeństwa publicznego, ochronę porządku publicznego, zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób.⁸

Jak zostało wskazane w cytowanym artykule, każdy – bez wyjątku – ma prawo do wolności religijnej. W zakres tej wolności wchodzi również nieposiadanie żadnego wyznania, a także posiadanie poglądów niezwiązanych z konkretną religią (na przykład wegetarianizm, pacyfizm). Poglądy te można wyrażać w dowolny sposób, acz z pewnymi

⁴ *Powszechna Deklaracja Praw Człowieka*, przyjęta na Zgromadzeniu Ogólnym ONZ dnia 10 grudnia 1948 roku.

⁵ *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych* z dn. 16.12.1966, wszedł w życie 23.03.1976 r. (UNTS tom 999 s. 171 i tom 1057 s. 407); wersja angielska.

⁶ *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r. w ramach Rady Europy (Dz. U. z 1993r. Nr 61, poz. 284 z późniejszymi zmianami). Dalej: Konwencja.

⁷ Np. *Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów*, art. 8; (zrewidowana) *Arabska Karta Praw Człowieka*, art. 25 i 30; *Amerykańska Konwencja Praw Człowieka*, art. 12.

⁸ Artykuł cytowany z oficjalnego polskiego przekładu; zapisy pozostałych aktów prawnych są identyczne albo bardzo zbliżone do cytowanego, dlatego nie ma potrzeby przytaczania kolejnych.

ograniczeniami⁹. Celem szczegółowego zapoznania się z samą problematyką wolności religijnej warto sięgnąć po komentarze do tego artykułu i jemu podobnych¹⁰.

Nieco inaczej na gruncie prawa międzynarodowego przedstawia się kwestia wolności sztuki i jej regulacji. Nie zawsze w aktach dotyczących praw człowieka wolność artystyczna jest wprost wskazana. Zazwyczaj wyprowadzana zostaje z szerszej (pod względem zakresu) wolności wypowiedzi¹¹.

I tak, jako powołujący wprost wolność sztuki, można wskazać art. 15 ust. 1. Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych (MPPGiK)¹², który stanowi:

Państwa Strony niniejszego Paktu uznają prawo każdego do:

- a) Udziału w życiu kulturalnym;
- b) Korzystania z osiągnięć postępu naukowego i jego zastosowań;
- c) Korzystania z ochrony interesów moralnych i materialnych, wynikających z wszelkiej twórczości naukowej, literackiej i artystycznej, której jest autorem.

Jak słusznie zauważa w swoim komentarzu Andrzej Wróbel¹³, poprzez takie sformułowanie przepisu, literat – paradoksalnie – przestaje być artystą, a zostaje wpisany w zupełnie odrębną kategorię. Dodatkowo w tym samym artykule państwa zobowiązały się do poszanowania swobody, która jest konieczna, aby móc prowadzić badania naukowe oraz realizować działalność artystyczną (twórczą)¹⁴. Z uwagi na status ONZ na arenie międzynarodowej MPPGiK mógłby stanowić dobrą podstawę do stworzenia konkretnej regulacji dotyczącej wolności artystycznej, jej zakresu i ograniczeń¹⁵.

9 Wolność słowa (ekspresji) została ujęta w art. 10; o jego treści poniżej.

10 Zainteresowanym dokładniejszym zgłębieniem tematyki, można polecić np. *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18*, red. L. Garlicki Warszawa 2010, komentarz do art. 9, nb 13 i następne.

11 Po porównaniu kilku aktów prawnych stwierdzić można, że w żadnej z przywoływanych wcześniej (patrz przypisy 4–7) konwencji międzynarodowych nie ma wprost zapewnionych gwarancji wolności sztuki (wolności artystycznej). Zazwyczaj, jeśli zaistnieje taka potrzeba, wyprowadza się to prawo z wolności wypowiedzi, przyjmując, że sztuka też jest swego rodzaju wyrażeniem poglądów.

12 *Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych* z dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 169).

13 A. Wróbel, *Karta Praw Podstawowych. Komentarz*, Warszawa 2013, art. 13, nb 1.

14 Zob. MPPGiK, art. 15 ust. 3.

15 Prawie wszystkie państwa świata podpisały i ratyfikowały; źródło: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&cmdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en.

Na gruncie ściśle europejskim¹⁶ wprost wyrażona wolność artystyczna pojawia się jedynie w art. 13. Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej¹⁷ i to ujęta dość lapidarnie:

Artykuł 13.

Wolność sztuki i nauki.

Sztuka i badania naukowe są wolne od ograniczeń. Wolność akademicka jest szanowana.

Sama Konwencja milczy jednak na temat wolności sztuki, ograniczając się do art. 10, zapewniającego wolność wypowiedzi.¹⁸

W tym kontekście trudno jest znaleźć wspólne, międzynarodowe ramy prawne dotyczące relacji sztuki i religii oraz określić wspólną linię orzeczniczą sądów krajowych poszczególnych państw. Taką rolę powinien pełnić Trybunał, ale – co zostanie podniesione w dalszej części tekstu – nie zawsze staje on na wysokości zadania.

Powodem trudności w pogodzeniu tych dwóch praw – wolności religijnej i wolności artystycznej – może być również geneza współczesnej sztuki. Jak zauważa Andrzej Draguła¹⁹ w swoich rozważaniach na temat historycznych relacji obu wolności: „sztuka chce przejąć funkcje zarezerwowane dotychczas dla religii, wywołując u odbiorcy reakcje analogiczne do tych, które charakteryzują ludzi wierzących w relacji do obrazów świętych”²⁰. Jest to spojrzenie niepozabawione racji, zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę reakcje wierzących odbiorców sztuki na dzieła, w których wykorzystywane są motywy religijne – oraz artystów, którzy chętnie z nich korzystają, by wywołać choćby chwilowe oburzenie²¹. Draguła stawia również tezę, że „być może wizerunki religijne wcale nie są sztuką, a w związku z tym trzeba by stosować inne kryteria dotyczące korzystania z nich”²². Rodzi się jednak pytanie, jakie to kryteria i kto powinien je ustalać?

16 Przez wyrażenie „grunt ściśle europejski” na potrzeby niniejszego artykułu należy rozumieć prawodawstwo regionalne obowiązujące na terytorium Europy, będące jednakże aktami prawa międzynarodowego (nie praw poszczególnych państw, w których konstytucjach bezpośrednie odniesienie może się pojawiać).

17 *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej* (Dz. UE. 2010/C, 83/02).

18 Szerzej ta kwestia zostaje rozwinięta w dalszej części.

19 A. Draguła, „*Prawo własności do religii w sztuce* [w:] *Swoboda wypowiedzi w działalności artystycznej*, red. D. Bychawska-Siniarska, D. Głowacka, Warszawa 2014.

20 *Ibidem*, s. 37.

21 Draguła podnosi, że tak naprawdę artyści ci wcale nie zaprzeczają „mocy obrazów”, wręcz przeciwnie – zdają sobie z niej sprawę i wykorzystują to; muszą w tę moc wierzyć, inaczej by tego nie robili. Różnica polega tylko na tym, że o ile wierzący są „na tak”, artyści wykorzystujący w sposób szokujący motywy religijne są niejako „na nie”. Por. A. Draguła, *op.cit.*, s.35.

22 *Ibidem*, s. 31.

Sprawa Otto Preminger Institut przeciwko Austrii

W zakresie wolności artystycznej w nawiązaniu do wolności religijnej ETPCz wydał kilka orzeczeń, spośród których *Otto Preminger Institut* jest jednym z pierwszych i najważniejszych.

Sprawa dotyczyła prywatnego stowarzyszenia, które zaplanowało cykl sześciu pokazów filmu „Das Liebeskonzil” Wernera Schroetera. Wszystkie zostały zapowiedziane na godzinę 22.00, poza jednym, które miało mieć miejsce o godzinie 16.00. Osób poniżej siedemnastego roku życia nie dopuszczano do oglądania seansu. Sam film opowiadał historię Oskara Panizy, potępionego dramaturga, który napisał sztukę „Das Liebeskonzil” [„Rada Niebieska” – przyp. aut.], w której przedstawił Boga jako zniedołężniałego starca, Jezusa jako upośledzonego umysłowo młodzieńca, a Marię Pannę jako kobietę lekkich obyczajów. Cała trójka oraz diabeł (który został przedstawiony jako inteligentny manipulator) planuje zesłanie kary na rozwiązlą ludzkość, czego efektem jest choroba o objawach syfilisu. Sztuka została zakazana w Niemczech, poza nimi jednakże była rozpowszechniana²³.

Władze Austrii zakazały wyświetlania tego filmu, żaden z pokazów się nie odbył. Jedyna kopia, jaką OPI posiadało, została skonfiskowana. Stowarzyszenie przegrało wszystkie sprawy przed sądami krajowymi, wniosło więc skargę do Strasburga. Od tego czasu zostały wystawione dwie sztuki teatralne na podstawie oryginalnego dramatu, po jednej z nich również postawiono zarzuty kilku osobom²⁴.

Komisja, oceniając skargę, stwierdziła naruszenie art. 10 Konwencji²⁵ – głosami dziewięć do pięciu w odniesieniu do przejścia filmu i głosami trzynastu do jednego w odniesieniu do zarządzenia jego przepadku²⁶. Jak podaje Ireneusz C. Kamiński, zwrócono „uwagę na satyryczny charakter filmu, wymagający zawsze dystansu”²⁷. Uchyłono się jednak od odpowiedzi na pytanie, czy ograniczenie zastosowane przez Austrię zostało podjęte dla ochrony moralności publicznej, co pozwalałoby na przyznanie znacznej swobody oceny władzom krajowym²⁸.

Trybunał musiał zbadać, czy ingerencja państwa była zasadna i zgodna z prawem. W tym celu postawił trzy pytania: o to, czy została ona przewidziana prawem, czy po-

23 *Vid. OPI*, §§9 – 10, §§20 – 22.

24 *Vid. ibidem*, §§11 – 19.

25 Art. 10 gwarantuje wolność wyrażania poglądów: „1. Każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe. Niżej przepis nie wyklucza prawa Państw do poddania procedurze zezwoleń przedsiębiorstw radiowych, telewizyjnych lub kinematograficznych”.

26 *OPI*, §§31 – 32.

27 I. C. Kamiński, *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna*, Warszawa 2010, rozdział VII, pkt. 3.2. Dostęp z bazy prawniczej LEX.

28 *Vid. ibidem* oraz *OPI*, §63.

stawiony cel był legitymowany oraz czy ingerencja ta była konieczna w demokratycznym społeczeństwie.

Czy ingerencja była przewidziana prawem?

Nad tą kwestią Trybunał nie pochyłał się zbyt szczegółowo. Stwierdził jedynie, że w pierwszej kolejności to władze państwa są powołane do interpretowania prawa krajowego. Sądy w Innsbrucku musiały wyznaczyć równowagę między prawem wolności artystycznej a prawem do poszanowania wierzeń religijnych²⁹.

Czy istniał legitymowany cel?

Rozstrzygając tę kwestię, Trybunał przywołał orzeczenie w sprawie *Kokkinakis przeciwko Grecji*³⁰, w którym wskazał, że wolność religijna jest jednym z fundamentów demokratycznego społeczeństwa i istotnym elementem budującym tożsamość wierzących i ich koncepcję życia. Wskazywał dalej, że ci, którzy wybrali jakąś religię, niezależnie od tego, czy należą do większości, czy nie, nie mogą racjonalnie oczekiwać, że pozostaną poza wszelką krytyką. Muszą tolerować i akceptować przeczenie ich wierzeniom; nawet propagandę wrogich doktryn. Jednakże sposób, w jaki są prezentowane poglądy, może angażować odpowiedzialność państwa, jaką jest zapewnienie pokojowego korzystania z praw gwarantowanych w art. 9. Poszanowanie uczuć religijnych z art. 9. może zostać uznane za niedopełnione z uwagi na prowokacyjne portretowanie obiektów czci religijnej; co więcej, może zostać to uznane za naruszenie w złej wierze ducha tolerancji, który jest cechą demokratycznych społeczeństw³¹. Tym samym Trybunał uznał, że nałożone ograniczenia służyły osiągnięciu zgodnego z Konwencją celu, jakim była przede wszystkim ochrona praw innych osób³².

Czy zajęcie i przepadek były „niezbędne w demokratycznym społeczeństwie”?

Badając tę kwestię, ETPCz w pierwszej kolejności przywołał ogólne zasady mające zastosowanie w tej dziedzinie. Przede wszystkim Trybunał wskazał na obowiązek unikania tak jak to tylko możliwe wyrażen, które są obraźliwe dla innych i tym samym naruszają prawa tych osób. Tym bardziej jest to niewskazane, jeśli nie przybiera formy debaty publicznej i nie zapewnia dalszego postępu w sprawach ludzkich. Niekiedy jednak, z uwagi na niestosowanie się do powyższych reguł, zachodzi konieczność interwencji państwa –

29 *Vid. ibidem*, §45.

30 Orzeczenie to jest uznawane za przełomowe w odniesieniu do rozstrzygnięć ze sfery wolności religijnej. *Cf. OPI*, §47.

31 *OPI*, §47.

32 *Ibidem*, §48.

należy pamiętać jednakże o tym, że środki muszą pozostać proporcjonalne do celu, jakie państwo chce osiągnąć³³.

Warto mieć również na względzie, że w tak delikatnych i niedookreślonych kwestiach, jaką jest między innymi moralność, nie jest możliwe utworzenie wspólnej europejskiej koncepcji dotyczącej znaczenia religii w społeczeństwie; nawet w obrębie jednego kraju mogą się one bowiem różnić. Z tego powodu nie sposób ustalić, co stanowi dopuszczalną ingerencję państwa w wolność wypowiedzi jednostki, jeśli wypowiedź ta jest kierowana przeciwko uczuciom religijnym. Państwa posiadają zatem w tej sferze margines oceny, nie jest on jednak nieograniczony – idzie bowiem w parze z nadzorem Trybunału. Niezbędność jakiegokolwiek ograniczenia musi być zatem wystarczająco przekonująco umocowana³⁴.

W dalszej części Trybunał przystąpił do zastosowania powyższych zasad w niniejszej sprawie. Rząd argumentował zastosowane środki tym, że religia pełni ważną rolę w życiu mieszkańców, z których większość to katolicy. Istniała zatem nagląca potrzeba społeczna ochrony porządku publicznego³⁵, a sądy w Innsbrucku nie przekroczyły marginesu oceny. Skarżący podnosił wprawdzie, że dopełnił zasad bezpieczeństwa mających na celu niedopuszczenie do kontaktu z dziełem osób, które mogłyby poczuć się urażone, ale nie przekonało to Trybunału³⁶. Zauważył on, że mimo wskazanych zabezpieczeń, film był szeroko reklamowany, co uczyniło go wystarczająco publicznym, by spowodować naruszenie uczuć religijnych. Tym samym ETPCz przyznał rację państwu, nie dopatrując się naruszenia obowiązków konwencyjnych³⁷.

Sprawa budziła sporo kontrowersji, nie powinno zatem dziwić, że nie wszyscy sędziowie byli zgodni co do sentencji. Troje z nich – Palm, Pekkanen i Makarczyk – złożyło wspólne zdanie odrębne, z którego warto przytoczyć najważniejsze punkty. Przede wszystkim, sędziowie wskazali na istotę art. 10, gwarantującego wolność wypowiedzi – i brak racji jego istnienia w momencie, gdy wolność ta realizowana jest jedynie w sytuacji zgodności z ogólnie akceptowaną opinią³⁸. Została również poruszona kwestia marginesu oceny państwa; kontestujący uznali bowiem, że to nie do władz należeć powinna decyzja o tym, czy dana wypowiedź przyczynia się do rozwoju³⁹. Nie udzielają jednak odpowiedzi na pytanie, kto w takim razie miałby tej oceny dokonywać. A jeśli nikt, to czy oznacza to całkowitą bezkarność w sytuacji wypowiedzi skrajnie rażących i naruszających prawa innych? Czy wolność słowa powinna iść tak daleko, że nie byłaby niczym ograniczona? Czy zatem jedynymi kryteriami ograniczeń są te zawarte w art. 10§2 i obraza uczuć religijnych nie może mieć nigdzie miejsca?

33 *Ibidem*, §49.

34 *Ibidem*, §50.

35 Poprzez zajęcie taśmy z filmem i zarządzenie jej przepadku.

36 *OPI*, §52 – 53.

37 *Ibidem*, pkt.3 sentencji wyroku.

38 *Vid.* Pkt. 3 zdania odrębnego.

39 *Ibidem*, pkt. 4.

Na większość tych pytań próżno szukać odpowiedzi w zdaniu odrębnym, wskazane zostało natomiast zagrożenie płynące z zastosowania ochrony interesu silnej grupy społecznej – wtedy przedsięwzięcie takich prewencyjnych działań, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie, może być szkodliwe dla tolerancji, od której zależy demokratyczne społeczeństwo⁴⁰. Sędziowie stanęli na stanowisku, że Konwencja nie gwarantuje ochrony uczuć religijnych; uznali przy tym, że prawa tego nie można wyprowadzać z wolności religijnej. Jednakże zgodzili się, że do pewnego stopnia ochrona uczuć religijnych członków społeczeństwa może być „legitymowana” w rozumieniu art. 10 i że może być to „konieczne w demokratycznym społeczeństwie”, by takie ograniczenia nałożyć⁴¹.

Konkludując, sędziowie stwierdzili, że jakkolwiek zgadzają się, że do obrazy uczuć religijnych doszło, to uznają zastosowane środki za nieproporcjonalne – państwo miało do dyspozycji inne możliwości niż zajęcie filmu i orzeczenie jego przepadku⁴².

W doktrynie sprawa *Otto Preminger Institut* jest bardzo często przywoływana w odniesieniu do wolności sztuki. Podobnie jednak jak w przypadku sędziów wyrokujących w sprawie, i tutaj głosy są podzielone. Dominika Bychawska-Siniarska uważa, że „wolność artystyczna jest stosunkowo słabo chroniona przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (...), w szczególności w zderzeniu z ochroną moralności czy uczuć religijnych”⁴³. Z tego powodu krytykuje omawiane orzeczenie, jak również i wyrok w sprawie *Wingrove*, wskazując, że Trybunał „w sposób dużo bardziej restrykcyjny (...) podchodzi do spraw, w których ingerencja w swobodę działalności artystycznej uzasadniona była ochroną uczuć religijnych”⁴⁴. Nie komentuje jednak w żaden sposób orzeczenia, ograniczając się jedynie do cytowanego stwierdzenia i zarysowania sprawy.

W nieco większym zakresie do wyroku odnosi się Anthony Lester, który krytykuje szeroki margines uznania przyznany państwom i stwierdza, że:

skala ustępstw europejskich sędziów wobec cenzury krajowej oznacza, że ETPCz nie jest w stanie wyartykułować właściwych kryteriów tam, gdzie swoboda wypowiedzi pozostaje w konflikcie z powszechnymi i głęboko zakorzenionymi lokalnymi przekonaniami na temat dobrego smaku, przyzwoitości publicznej i osobistej wiary.⁴⁵

40 *Ibidem*.

41 *Ibidem*, pkt. 6 -7.

42 *Ibidem*, pkt. 10 -11.

43 D. Bychawska-Siniarska, *Wolność artystyczna w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka* [w:] *Swoboda wypowiedzi w działalności artystycznej*, red. D. Bychawska-Siniarska, D. Głowacka, Warszawa 2014, s. 59.

44 *Ibidem*, s.63.

45 A. Lester, *Sztuka dla sztuki – komentarz do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach z zakresu wolności wypowiedzi artystycznej* [w:] *Swoboda wypowiedzi w działalności artystycznej*, red. D. Bychawska-Siniarska, D. Głowacka, Warszawa 2014, s.80.

Uważa, że tym samym przypisywana jest większa waga wolności religijnej niż wolności artystycznej⁴⁶. W takim momencie nasuwa się pytanie, czy w takim razie sztuka posiada jakieś granice, a jeśli tak – gdzie należy je wyznaczyć. Czy w demokratycznym państwie prawo jednostki może stać ponad prawami wielu jednostek, większości społeczeństwa? To prowadzi do rozważań o kontratybie sztuki, który stanowi równie kontrowersyjne zagadnienie⁴⁷. Również Kamiński podaje, że wyrok spotkał się z krytyką doktryny. Najmocniejszą według niego wyraził Patrick Wachsmann, który nazywa go godnym pożałowania już w tytule komentarza. W samej treści określa orzeczenie „jako mające groźne następstwa, bo dokonuje ono relatywizacji swobody wypowiedzi i przekształca skargę dotyczącą art. 10 EKPC w dyskusję o obronie swobód religijnych”⁴⁸.

Sprawa Wingrove przeciwko Wielkiej Brytanii

To druga z kluczowych spraw ze styku wolności religijnej i wolności sztuki. Skarga ta została wniesiona w odniesieniu do art. 10 (a nie art. 9), jako że skarżącym (a tym samym poszkodowanym) był producent i dystrybutor filmu pornograficznego, a nie osoba, której uczucia religijne mogłyby zostać naruszone.

Nigel Wingrove, reżyser filmowy, napisał scenopis dla krótkometrażowej pracy wideo zatytułowanej „Wizje Ekstazy”⁴⁹. Według twierdzeń autora, film ten był inspirowany życiem św. Teresy z Avila⁵⁰. Akcja dzieła koncentruje się na młodej aktorce ubranej w zakonny habit, w dalszej części pojawia się również jej nagie *alter ego* oraz figura Jezusa Chrystusa przybitego do krzyża; całość ma wydźwięk bardzo seksualny, jakkolwiek sam stosunek nie został przedstawiony⁵¹. Autor nie poczynił również żadnej próby, aby wyjaśnić swoje inspiracje i historyczne tło⁵²; zgłosił jednakże dzieło do odpowiedniej Rady, by uzyskać pozwolenie na jego rozprowadzanie⁵³.

Rada nie wydała zezwolenia, wskazując na kilka ważnych aspektów sytuacji Wingrove. Przede wszystkim prawo karne Wielkiej Brytanii przewidywało karę za tego typu

46 *Vid. ibidem.*

47 Zdania na ten temat w polskiej doktrynie są bardzo podzielone; nie istnieje formalnie żadna instytucja pozwalająca na bezkarność z uwagi na działalność artystyczną, natomiast część doktryny mocno popiera takie rozwiązanie.

48 I. C. Kamiński, *Wolność myśli, sumienia i wyznania a swoboda wypowiedzi* [w:] *Prawne granice wolności sumienia i wyznania*, red. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, L. Kondratiewa-Bryzik, Warszawa 2012, s. 226.

49 Zob. *Wingrove*, §8.

50 *Ibidem*; św. Teresa z Avila była karmelitańską zakonnicą i mistyczką, żyjącą w XVI wieku, która doświadczała silnie ekstatycznych wizji Chrystusa.

51 *Ibidem*, §9.

52 *Ibidem*, §10; na końcu filmu pojawia się jedynie obsada.

53 *Ibidem*, §§11 – 12. Rada ta to British Board of Film Classification; chodziło o nadanie odpowiedniej kategorii wiekowej.

czyn klasyfikowany jako bluźnierstwo. Ponieważ reżyser zasięgnął porady prawników, wiedział – albo co najmniej mógł przewidzieć – że jego praca może nie spotkać się z akceptacją jako naruszająca prawo. Sam fakt zgłoszenia tego do Rady świadczył o tym, że Wingrove mógł mieć wątpliwości co do legalności swojego dzieła. Poza tym, jak wskazała w swojej decyzji Rada, „gdyby męską figurą nie był Chrystus, problem by nie powstał”⁵⁴.

Ponieważ artysta odwołał się od tej decyzji do wyższej instancji, Rada, wnosząc formalną odpowiedź na zarzuty, wskazała dodatkowo, że:

w Wielkiej Brytanii przestępstwo bluźnierstwa jest popełniane, jeśli praca wideo traktuje przedmiot religijny [przedmiot kultu – przyp. aut.] (w szczególności Boga, Chrystusa lub Biblię) w taki sposób, który jest obliczony (to jest, związany, nie zamierzony) na oburzenie tych, którzy mają zrozumienie dla [...] chrześcijańskiej historii i etyki.⁵⁵

Oznacza to, że autor nie musi posiadać intencji oburzenia innych, a jedynie jego dzieło musi być w jakiś sposób związane z czczonym przez wyznawców danej religii przedmiotem kultu. Dotyczy to jednakże tylko chrześcijan⁵⁶. Wingrove nie otrzymał zatem zezwolenia na rozprowadzanie swojego filmu.

Ostatecznie sprawa została wniesiona do Europejskiej Komisji Praw Człowieka. Komisja uznała skargę za dopuszczalną, stwierdzając większością czternastu do dwóch głosów, że doszło do naruszenia art. 10. Konwencji.

Podobnie jak w sprawie *OPI*, Trybunał pochylił się nad zasadnością ingerencji państwa w prawa jednostki i zbadał trzy kryteria, których spełnienie usprawiedliwiłoby ograniczenie praw jednostki na gruncie art. 10 ust. 2⁵⁷. Tym samym sędziowie musieli po raz kolejny odpowiedzieć sobie na pytania o to, czy ingerencja była „przewidziana przez

54 Tłumaczenie własne Autorki; ang. *If the male figure were not Christ, the problem would not arise*. Zob. *Wingrove*, §13. Takie stanowisko Rady zastanawia, gdyż wskazuje na to, że nie byłoby karane naruszenie innych świętości chrześcijan (poza Bogiem).

55 Por. *Wingrove...*, §15.

56 Zarzut nierównego traktowania innych religii i „faworyzowanie” chrześcijan, zwłaszcza Kościoła anglikańskiego, skarżący podniósł przed Trybunałem i zostanie on wspomniany w dalszej części artykułu.

57 Ust. 2 wspomnianego artykułu brzmi: „2. Korzystanie z tych wolności pociągających za sobą obowiązki i odpowiedzialność może podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom, jakie są przewidziane przez ustawę i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej.”

prawo”⁵⁸, czy realizowany cel był legitymowany oraz czy ingerencja ta była „konieczna w demokratycznym społeczeństwie”. Każde z tych pytań również w tej sprawie należy pokrótce rozważyć.

Czy ingerencja była „przewidziana przez prawo”?

Skarżący podnosił, że prawo dotyczące bluźnierstwa pozostaje zbyt niepewne i trudno było przewidzieć, że akurat w tym konkretnym przypadku to na nim skupią się zarzuty⁵⁹. Rząd zakwestionował tę skargę, stwierdzając, że cechą powszechną większości praw i systemów prawnych jest to, że przy orzekaniu sąd może dojść do różnych konkluzji, nawet stosując to samo prawo do tych samych faktów⁶⁰. Komisja zaś, biorąc pod uwagę udzieloną skarżącemu pomoc prawną, uznała, że mógł przewidzieć restrykcje, jakim został poddany⁶¹.

Trybunał stwierdził, że – zgodnie z jego orzecznictwem – istotne dla sprawy prawo krajowe powinno zostać sformułowane w wystarczająco precyzyjny sposób, by konsekwencje były możliwe do przewidzenia⁶². Przyznał również, że Rada działała w zakresie swoich kompetencji oraz że przestępstwo bluźnierstwa ze swej istoty uniemożliwia stworzenie precyzyjnej definicji legalnej. Tym samym, to do władz krajowych należy ocenie, czy dana sprawa mieści się w zakresie akceptowanej definicji przestępstwa⁶³. Do oceny tego kryterium na korzyść rządu przyczynił się również sam skarżący, który, idąc za wskazaniem swojego radcy, nie wszczął procedury sądowej, przypuszczając, że jego dzieło może spełniać znamiona przestępstwa. Z uwagi na powyższe, Trybunał stwierdził, że restrykcje, z jakimi spotkał się skarżący, zostały nałożone zgodnie z prawem⁶⁴.

Czy realizowany przez władze cel był celem legitymowanym?

Skarżący kwestionował argument rządu dotyczący praw innych obywateli, wskazując, że istnieje realne prawo do nie bycia obrażanym – a nie hipotetyczne prawo do unikania niepokojów, zwłaszcza w perspektywie tego, że inni ludzie oglądali to wideo bez zszokowania⁶⁵. W tym kontekście skarżący podnosił również, że ograniczenia na niego nałożone są oparte na prawie dyskryminującym, które obejmuje swoim zakresem jedynie część wierzących⁶⁶. Rząd z kolei powołał się na sprawę *Otto-Preminger-Institut przeciwko Austrii*, gdzie Trybunał przyznał, że poszanowanie dla uczuć ludzi wierzących może

58 Dokładniej, *prescribed by law*.

59 *Vid.*. *Wingrove*, §37.

60 *Ibidem*, §38.

61 *Ibidem*, §39.

62 *Ibidem*, §40.

63 *Ibidem*, §§41 -42.

64 *Ibidem*, §§43 - 44.

65 *Ibidem*, §45.

66 *Wingrove* odnosił to do chrześcijan, zwłaszcza wyznania anglikańskiego, gdyż brytyjskie prawo tylko im przyznawało tego typu ochronę.

doprowadzić do legalnego ograniczenia publikacji dzieła, które w sposób prowokacyjny portretuje obiekt czci religijnej⁶⁷. Komisja przyznała również, że zostało to poczynione dla ochrony obywateli i ich uczuć religijnych.

Trybunał zgodził się z Komisją, stwierdzając, że cel ten niewątpliwie mieści się znaczeniu art. 10. ust. 2., a także jest całkowicie zgodny z celem ochrony zapewnianym przez art. 9. dla wolności religijnej⁶⁸. Odrzucony został również argument skarżącego dotyczący dyskryminującego prawa bluźnierstwa; Trybunał uznał, że nie jest jego rolą orzekanie *in abstracto* w sprawie zgodności prawa krajowego z Konwencją⁶⁹. Fakt, że prawo o bluźnierstwie nie traktuje w sposób równy wszystkich wyznań, nie umniejsza jednak legitymizacji celu⁷⁰.

Czy ingerencja ta była „konieczna w demokratycznym społeczeństwie”?

Rozpatrując tę kwestię, Trybunał przypomniał w pierwszej kolejności, że wolność wypowiedzi tworzy jedną z istotnych podstaw demokratycznego społeczeństwa; realizacja tej wolności jednakże niesie ze sobą obowiązki i odpowiedzialność⁷¹. Test, który musi zostać zdany, by uznać za legalną ingerencję państwa, nazywany jest „testem niezbędności”. Po raz kolejny Trybunał przywołał również zasadę, wedle której państwa cieszą się pewnym marginesem swobody oceny i to do nich należy rozstrzygnięcie, czy dane środki zastosowane w konkretnej sytuacji były wymagane. Ten margines oceny nie jest jednak nieograniczony, a ponadto, nie pozostaje bez kontroli – jak zostało wspomniane, ETPCz sprawdza, czy państwa nie nadużywają swoich praw. By wydać ostateczny wyrok w sprawie zgodności działań państwa z Konwencją, należy jeszcze sprawdzić, czy istniała „nagła potrzeba społeczna” oraz czy działania te były „proporcjonalne do zamierzonego celu”⁷². Trybunał skupił się w swoich rozważaniach na kwestii bluźnierstwa, konkludując, że – jakkolwiek już coraz rzadsze – stosowanie zapisów penalizujących zachowania określone jako bluźniercze nie jest samo w sobie niepotrzebne w demokratycznym społeczeństwie; zwłaszcza gdy wciąż brak wspólnych standardów europejskich regulujących te kwestie⁷³.

67 *Wingrove*, §46.

68 *Ibidem*, §48.

69 O ile zrozumiałe wydaje się być takie rozumowanie Trybunału, to – mimo wszystko – może ono budzić sprzeciw. Nawet jeśli Trybunał powołany jest do orzekania w danej, konkretnej sprawie, to wyznacza jednak pewien poziom i kierunek orzekania w kolejnych, podobnych sprawach – nie tylko w ramach samej Rady Europy, ale również na poziomie krajowym. Brak chociażby krótkiego komentarza (ale jednak dłuższego niż jedno zdanie) rozczarowuje.

70 *Wingrove*, §50.

71 *Ibidem*, §52.

72 *Vid.* §53 i n. Skarżący oczywiście utrzymywał, że taka potrzeba nie istniała i wideo mogło być rozprowadzane przy zachowaniu pewnych środków ostrożności i odpowiednim jego zabezpieczeniu. Komisja zgodziła się ze skarżącym.

73 *Ibidem*, §57; Trybunał przywołał również omówione już orzeczenie *OPI*, §49.

Trybunał wskazał również, że angielskie prawo nie zabrania krytykowania chrześcijaństwa ani wyrażania poglądów jemu wrogich. Istotne jest jednak, w jaki sposób te treści i poglądy są prezentowane. Dodatkowo, po obejrzeniu filmu, sędziowie uznali, że decyzje władz krajowych nie mogą zostać uznane za arbitralne⁷⁴. Co więcej, chodziło głównie o możliwość rozpowszechniania dzieła – jak wskazał Trybunał, gdyby tylko trafiło do legalnej dystrybucji, mogłoby być rozprowadzone na wiele innych sposobów, niekoniecznie zgodnych z prawem. Tym samym byłoby niemożliwością utrzymać nad całym procesem całkowitą kontrolę. I to władze krajowe są na lepszej pozycji, by określić, jaki wpływ miałyby dopuszczenie tego wideo do obrotu, niż ETPCz⁷⁵.

Trybunał przyznał rację stronie rządowej, nie stwierdzając naruszenia art. 10. Do wyroku zostały złożone zdania odrębne sędziów Bernhardta, Pettiti, de Meyer i Lohmusa⁷⁶. Dystrybucja filmu została całkowicie zakazana. Dopiero kilka lat temu zakaz zdjęto i zakwalifikowano film jako przeznaczony dla odbiorców powyżej 18. roku życia. Obecnie film jest już nawet dostępny w Internecie.

Również i ta sprawa spotkała się z krytyką w doktrynie, choć już nie tak ostrą jak ta względem *Otto Preminger Institute*. Bychowska-Siniarska stwierdziła wprawdzie, że „podejście Trybunału do spraw dotyczących bluźnierstwa jest szeroko krytykowane na szczeblu międzynarodowym”, jak również, że „komentatorzy uznają, iż Trybunał, powinien odstąpić od tak szerokiego marginesu swobody uznania sądów krajowych w tych sprawach”, nie przywołała jednak żadnych nazwisk, trudno więc określić skalę krytyki⁷⁷.

Bardziej konkretne stanowisko zajmuje Kamiński. Według niego Trybunał jest niekonsekwentny w swoich orzeczeniach, bowiem:

sędziowie zadawałają się strukturalnymi zabezpieczeniami przed pochopnym kwalifikowaniem działania jako bluźnierczego, ale równocześnie akceptują ograniczenie bluźnierstwa do obrazy religii chrześcijańskiej. Zatem nawet po osiągnięciu krytycznego progu wypowiedź dotykająca niechrześcijan nie zostanie zakwalifikowana jako bluźniercza.⁷⁸

74 *Ibidem*, §§60–61.

75 *Ibidem*, §63.

76 Na uwagę zasługuje zdanie odrębne sędziego Pettiti, który słusznie zauważa, że sprawę tę należałoby rozpatrywać również pod kątem zakazu dyskryminacji (art. 14), jednakże taki postulat nie został przez skarżącego wniesiony. Co więcej, według sędziego art. 9 nie ma tutaj zastosowania, a całość wyroku należałoby oprzeć na art. 10. Nie można również automatycznie usprawiedliwiać zakazu dystrybucji.

77 D. Bychowska-Siniarska, *op.cit.*, s. 64. A. Lester, który także powoływał omawianą sprawę, nie opatrzył jej żadnym komentarzem (*vid. A. Lester, op.cit.*, s. 79–80).

78 I. C. Kamiński, *Ograniczenia...*, 4.1.

Tym samym nie da się uzasadnić ingerencji jako koniecznej, nawet przy założeniu szerokiego marginesu oceny władz krajowych⁷⁹.

Konkluzje

Po tylu latach orzekania Trybunału, sprawy wolności sztuki w odniesieniu do wolności religijnej nadal nie sposób wskazać zbyt wielu wyroków, na których można by się oprzeć, przy tworzeniu konkretnego stanowiska strasburskiego sądu. Wprawdzie w tych dwóch sprawach ETPCz przyznał rację stronie państwowej, nie można tego jednak uznać za normę i pewne wypracowane standardy. Przykładowo, w odniesieniu do satyry czy karykatury, z góry należy założyć przesadę i zniekształcenie, a to wymaga dystansu. Ochrona takich wypowiedzi jednostki zdaje się być według Wróbla absolutyzowana⁸⁰.

W orzecznictwie Trybunału można wyróżnić niejako trzy testy, którymi ten posługuje się przy wyrokowaniu. Pierwszy z nich, wywodzący się ze sprawy *Müller i inni przeciwko Szwajcarii*⁸¹, to test sposobu prezentacji dzieła. Ważne jest, w jaki sposób dzieło zostało zaprezentowane, jak szerokiej publiczności i czy powzięto odpowiednie kroki, by nie dopuścić do kontaktu z dziełem osób, których uczucia mogłyby zostać zranione. Sprawa ta dotyczyła konfiskaty obrazów, które uznano za obsceniczne, gdyż przedstawiały ludzką seksualność w obraźliwych formach (na przykład zoofilii). Sąd krajowy skazał artystę na karę grzywny oraz zarządził konfiskatę dzieł. Komisja przyznała Müllerowi rację, natomiast Trybunał, podobnie jak w sprawie *OPI* czy *Wingrove*, zachowawczo stanął po stronie państwa „podkreślając, że twórczość wiąże się także z odpowiedzialnością, oraz powołując się na szeroki margines swobody uznania w odniesieniu do potrzeby ochrony moralności publicznej”⁸². Anthony Lester wskazuje, że przy takim stanie rzeczy „trudno wyobrazić sobie sprawę, w której artysta mógłby liczyć na skuteczny europejski nadzór sądowy”⁸³. Być może jest to przesadzona teza, ale biorąc pod uwagę przywoływane orzeczenia – niekoniecznie bezzasadna obawa.

Drugi test, pojawiający się w omawianej już sprawie *OPI*, dotyczy nieobrażania i wartości dzieła. Trzeci zaś wspólnego europejskiego standardu (którego niestety w zakresie moralności i religii nadal brak)⁸⁴.

Zastrzeżenia odnośnie do omówionych rozstrzygnięć dotyczą pochylenia się przez ETPCz nad definicjami i stosowanymi kryteriami. Trybunał trzyma się ściśle wyznaczonych ram, niejako sprawdzając tylko, czy sądy krajowe w odpowiedni sposób dopełniły

⁷⁹ *Vid. ibidem.*

⁸⁰ *Vid. A. Wróbel, op. cit.*, art. 13, nb 13.

⁸¹ *Müller i inni przeciwko Szwajcarii* z dnia 24 maja 1988 roku (skarga nr 10737/84).

⁸² A.Lester, *op.cit.*, s.79.

⁸³ *Ibidem.*

⁸⁴ Tak np. I .C. Kamiński, *Glosa do wyroku ETPC z dnia 25 stycznia 2007r., 68354/01. Swoboda autora wypowiedzi będącej satyrą lub karykaturą.*, pkt. 3.1.

formalności przy wyrokowaniu. Nie jest to niezgodne z prawem – ale mimo wszystko rozczarowuje brak refleksji nad pewnymi kwestiami. Jakkolwiek Trybunał nie jest powołany do tworzenia prawa, wyznacza poprzez swoje orzecznictwo nowe trendy i kierunki, wskazując, czym należy się przede wszystkim kierować przy wyrokowaniu w danej sprawie. Na jego orzeczeniach sądy krajowe w pewien sposób opierają również swoje rozstrzygnięcia. Trybunał ma możliwość stworzenia standardów w zakresie praw człowieka – brak chociażby próby zastanowienia się nad jakimś konkretnym przypadkiem może być oznaką rozsądku i rozważności, ale równie dobrze może wynikać z konformizmu.

Trzeba jednak przyznać, że nie zawsze tak się dzieje. W tym przypadku uznanie wolności artystycznej za przejaw wolności słowa (co pozwala rozszerzyć na nią ochronę gwarantowaną w art. 10.) czy uczuć religijnych jako zasługujących na objęcie zakresem art. 9. (w pewnych przypadkach) pokazuje, że mimo wszystko Trybunał szuka rozwiązań najbardziej odpowiadających rzeczywistości.

Przykładem mogą być nowsze orzeczenia, w których ETPCz próbuje odejść od ustalonej linii orzeczniczej. Pierwsze z nich, *I. A. przeciwko Turcji*⁸⁵, dotyczyło skazania autora książki napisanej w stylu powieści, która została zakwalifikowana przez sądy krajowe jako atak na „Boga, Religię, Proroka i Świętą Księgę”. Niewielką przewagą głosów (cztery do trzech) Trybunał nie dopatrzył się naruszenia art. 10.⁸⁶ Według sędziów wyrażających zdanie odrębne wyroki w sprawach *Otto Preminger Institute* oraz *Wingrove* nie były prawidłowe i należało dokonać ich przegądu, przełamując dotychczasową linię orzeczniczą. Należy jednak zauważyć, że sprawa *I. A.* odróżnia się od powoływanych wcześniej dwóch podstawowych spraw – choćby z uwagi na znacznie mniejszy zasięg działania (tylko 2 tysiące egzemplarzy), a tym samym wpływ na społeczeństwo. Sędziom nie chodzi jednak o szukanie racji rozróżnienia, co może być kwestią drugorzędą, a po prostu o odejście od dotychczasowego orzecznictwa, które oceniają jako błędne⁸⁷.

Drugą sprawą, którą warto przywołać w kontekście prób odchodzenia Trybunału od tez zawartych w swoich wcześniejszych wyrokach, jest *Vereinigung Bildender Künstler przeciwko Austrii*⁸⁸. Dotyczyła ona otwartej wystawy pod tytułem „Stulecie wolności artystycznej”, a konkretniej dzieła tam wystawianego – obrazu *Apokalipsa* autorstwa Ottona Mühla. Przedstawiał on różne osoby publiczne (niektóre z nich związane były z religią – na przykład Matka Teresa z Kalkuty) uczestniczące w seksualnej orgii. W tym przypadku przewaga głosów również była niewielka – stosunkiem czterech do trzech sędziowie zdecydowali, że ingerencja państwa pogwałciła prawa jednostki z art. 10. Co zaskakujące, w żadnym z tych wyroków nie pojawił się argument moralności publicznej. W VBK skarżony był zakaz eksponowania płótna, gdyż sądy krajowe stwierdziły, iż

85 *I. A. przeciwko Rosji* z 13 września 2005r. (skarga nr 42571/98).

86 I. C. Kamiński, *Ograniczenia...*, pkt 6.1.

87 *Ibidem*.

88 *Vereinigung Bildender Künstler przeciwko Austrii* z 25 stycznia 2007 (skarga nr 68354/01).

zostało naruszone dobre imię jednej z przedstawionych na obrazie postaci⁸⁹. Kamiński uważa, że „kluczowe jest (...) zakwalifikowanie dzieła jako satyry i karykatury, które zakładają przesadę i zniekształcenie dokonane przez twórcę”, jednakże „wyrok w austriackiej sprawie zdaje się czynić ochronę satyry absolutną. Jest ponadto wątpliwe, czy rozstrzygnięcie daje się spójnie wpisać w dotychczasowe orzecznictwo”⁹⁰. Przepuszcza on ponadto, że gdyby Trybunał skupił się na kwestii obrazy moralności publicznej, zamiast dobrego imienia jednej z przedstawionych osób, wyrok byłby inny (pozytywny dla państwa)⁹¹. Wciąż jednak brak przystającego do współczesnych standardów, jasnego stanowiska Trybunału, który w sposób kompleksowy zająłby się kwestią nie tylko wolności artystycznej jako takiej, ale i jej styku z wolnością myśli, sumienia i wyznania.

Na gruncie polskim nie brak opracowań w tym zakresie, dotyczą one jednak przede wszystkim przypadków krajowych (takich jak na przykład sprawa Nergala czy „Pasji” Nieznalskiej), odnosząc się do polskich regulacji, nie skupiając się na orzecznictwie ETPCz (albo poprzestając na przywołaniu dwóch omówionych w niniejszym artykule wyroków). Echem orzecznictwa strasburskiego na rodzimym gruncie są rozważania o możliwości zastosowania kontratypu wolności artystycznej, co jednak stanowi materię na odrębny artykuł.

To, o czym trzeba przede wszystkim pamiętać, zastanawiając się nad relacją wolności sztuki i wolności religijnej – państwu pozostawiony jest margines oceny, ale pod nadzorem Trybunału; najistotniejszą zaś kwestią jest znalezienie równowagi między interesem społeczności i jednostki, żadne bowiem prawo czy wolność nie może być stawiane ponad inną.

SUMMARY

Between *sacrum* and *profanum*: the relationship of religious freedom and the freedom of art in the jurisprudence of the ECHR

Formerly, art was closely connected to religion. Nowadays, art is such a far-reaching, controversial phenomenon, that the recipient no longer knows what he is looking at. Religion (as an aim) is a great example. It applies to the most intimate sphere of the individual's life and it is difficult to legally regulate this issue. There is no definition of art, nor of religion, which is sufficiently precise to be a basis for judgments. The European Court of Human Rights has partly dealt with this matter in its judgments but this is still not enough to solve the problem.

KEYWORDS: human rights, freedom of religion, freedom of art, European Court of Human Rights

89 I. C. Kamiński, *Ograniczenia...*, pkt. 6.1.

90 *Ibidem*.

91 *Ibidem*.

KAROLINA BRESSA

Status embrionów ludzkich na tle zdolności patentowej wynalazków biotechnologicznych

Wydany 18. 10. 2011 roku przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrok w sprawie C-34/10 *Oliver Brüstle przeciwko Greenpeace eV* był pierwszym rozstrzygnięciem stanowczo przesądzającym o zakresie pojęcia „embrionów ludzkich” w myśl Dyrektywy 98/44/WE – a zatem, w konsekwencji, determinującym dopuszczalność patentowania tak zdefiniowanych organizmów. Decyzja Trybunału wywołała kolejną dyskusję w sprawie możliwości patentowania materiału biologicznego pochodzenia ludzkiego, w następstwie której pojawiło się wiele głosów krytycznych podnoszących ryzyko hamowania rozwoju nauki i medycyny. Słusznie jednak wskazuje się w doktrynie, że w obliczu osiągnięć biotechnologii – nauki, której znaczenia dla medycyny czy gospodarki nie sposób podważyć – ustalone w prawie patentowym pojęcia i reguły dotyczące wynalazku jako przedmiotu patentu i kryteriów jego odróżnienia od przedmiotów niepatentowalnych, w tym w szczególności od odkryć, a także sposobu interpretacji przesłanek zdolności patentowej, utraciły swoją jednoznaczność i oczywistość¹. Ponadto trafną uwagę przedstawił rzecznik generalny Yves Bot w opinii przedłożonej w sprawie C-34/10, wskazując na trudności związane z wydawaniem orzeczeń o niewielkim stopniu trwałości z uwagi na postęp wiedzy w szybko rozwijającej się dziedzinie². Za taką niewątpliwie trzeba uznać jeden z najnowszych nurtów biotechnologii związany z wykorzystaniem i pozyskiwaniem komórek macierzystych z embrionów ludzkich, których istotą jest to, że mogą podlegać nieograniczonemu podziałowi. Jednocześnie wskazać należy kwestię budzącą w tym wypadku największe wątpliwości, a mianowicie konflikt pomiędzy przyznaniem ochrony prawnej w postaci patentu na wynalazki biotechnologiczne wykorzystujące embriony ludzkie, co wiąże się z ich wykorzystaniem handlowym i komercyjnym,

1 H. Żakowska-Henzler [w:] *System prawa prywatnego, tom 14A*, red. R. Skubisz, Warszawa 2012, ss. 266–267.

2 Opinia rzecznika generalnego Y. Bota z dnia 10. 03. 2011 r. w sprawie C-34/10, pkt 48.

a koniecznością poszanowania ludzkiej godności, człowieczeństwa i określenia stanu początkowego ludzkiego istnienia, co podkreślił Trybunał w orzeczeniu w sprawie *Brüstle*.

Wyrok w sprawie *Brüstle* i jego implikacje

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sprawie *Brüstle* dotyczył wykładni art. 6 ust. 2 dyrektywy 98/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 lipca 1998 roku w sprawie ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych³. Jest to pierwszy w Unii Europejskiej akt prawny traktujący ochronę osiągnięć z dziedziny biotechnologii w sposób kompleksowy, obejmujący w szczególności kwestie dotyczące patentowania materiału biologicznego, rozróżniania między wynalazkami biotechnologicznymi a odkryciami, wskazujący wyjątki niepodlegające ochronie patentowej oraz zakres ochrony patentowej wynalazków tego typu⁴. Artykuł 5. ust. 1 dyrektywy 98/44/WE wyłącza zdolność patentową ciała ludzkiego w różnych stadiach formowania się i rozwoju. Z treści tego przepisu, zgodnie z zasadą ochrony godności i integralności osoby, wynika zatem, że patentowanie embrionów ludzkich (a ściślej: także tych komórek macierzystych istniejących w pierwszej fazie rozwoju embrionu, które mogą rozwinąć się w jednostkę ludzką – komórek totipotentnych – co wynika jednoznacznie już z literalnego brzmienia przepisu) jest niedopuszczalne z uwagi na to, że stanowią one jeden z etapów formowania ludzkiego ciała. Art. 5. ust. 2. dyrektywy przyznaje jednak zdolność patentową takim wynalazkom, które stanowią element wyizolowany z ciała ludzkiego (a jak stwierdził rzecznik generalny Yves Bot, taki status można by przypisać embrionalnym komórkom macierzystym pluripotentnym⁵, niezdolnym do rozwinięcia się w jednostkę ludzką) lub inaczej wytworzony sposobem technicznym. Zgodnie z powyższym, sam embrion nie może być uznany za wynalazek, ale już jego wykorzystywanie w celu otrzymywania z niego danych komórek mogłoby podlegać opatentowaniu, co istotnie budzi moralne wątpliwości. Wydaje się, że rozwiązanie spornej kwestii stanowi właśnie badany w niniejszej sprawie art. 6. ust. 2. lit. c) dyrektywy 98/44/WE uściślający, że zdolności patentowej pozbawione jest wykorzystywanie embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych. Przepis ten wymienia taki sposób wykorzystywania embrionów ludzkich jako przykład wynalazków, których handlowe wykorzystanie byłoby sprzeczne z porządkiem publicznym lub dobrymi obyczajami.

Oliver *Brüstle* był uprawnionym z patentu na otrzymywanie progenitorowych komórek nerwowych, których transplantacja pozwala na regenerację układu nerwowego i leczenie pewnych chorób – w tym choroby Parkinsona. Istotą jego zgłoszenia paten-

3 Dz. Urz. WE L 213 z 30. 7. 1998 r., s. 13.

4 A. Twardowska [w:] *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, red. P. Kostański, Warszawa 2014, s. 619.

5 Opinia rzecznika generalnego Y. Bota z dnia 10.03.2011 r. w sprawie C-34/10, pkt 101.

towego jest fakt, że wspomniane komórki wytwarza się z embrionalnych komórek macierzystych ulegających zniszczeniu w trakcie procesu wytwórczego ulegały. Jednakże fakt destrukcji embrionów ludzkich nie był wyszczególniony w specyfikacji patentowej, gdyż stanowił fazę uprzednią względem procesu objętego ochroną patentową. Zatem – w świetle powyżej wspomnianych art. 5 i art. 6 ust. 2 lit. c) dyrektywy – powstało pytanie, jak rozumieć pojęcie embrionów ludzkich. Wątpliwość ta implikuje jednocześnie możliwość wyłączenia tak zdefiniowanych bytów spod przyznania ochrony patentowej.

Trybunał uznał – co trzeba zaznaczyć już na wstępie – że z przedmiotem patentu zdecydowanie należy wiązać ewentualną konieczność uprzedniego unicestwienia embrionu ludzkiego, nawet jeśli działanie to nie jest objęte zgłoszeniem patentowym. Odmówił zatem legalizacji takich działań i opatentowania technologii wymagających wcześniejszego unicestwienia embrionów lub ich wykorzystania jako materiału wyjściowego do osiągnięcia finalnego efektu w postaci wynalazku. Ponadto wyraźnie odwołał się do przeznaczenia i funkcji patentu, który jest instrumentem prawnym stworzonym na potrzeby przemysłu, handlu i wykorzystania komercyjnego. Tym samym nie jest możliwe przyznanie ochrony patentowej embrionom dla celów naukowych, gdyż z tym wiązałyby się automatycznie ich umieszczenie w obszarze komercyjnym. Trybunał podkreślił – w ślad za motywem pkt 42. preambuły dyrektywy – że przedmiotem patentu może być jedynie wykorzystywanie embrionów do celów terapeutycznych lub diagnostycznych, które jest dla nich użyteczne⁶.

Co jednak najbardziej znaczące, Trybunał podał następującą definicję:

embrionem ludzkim jest każda komórka jajowa począwszy od stadium jej zapłodnienia, każda niezapłodniona komórka jajowa, w którą wszczepiono jądro komórkowe pochodzące z dojrzałej komórki ludzkiej oraz każda niezapłodniona ludzka komórka jajowa, która została pobudzona do podziału i dalszego rozwoju w drodze partenogenezy.

Tym samym Trybunał bardzo szeroko określił pojęcie embrionu ludzkiego, włączając w nie nie tylko zapłodnione komórki jajowe, ale również niezapłodnione, poddane procesowi dalszego rozwoju, tak jak naturalnie zapłodniona komórka. Równie szerokie wykluczenie spod patentowania tego typu materiału biologicznego uzasadniono potrzebą ochrony godności, która – jak stwierdził rzecznik generalny Bot – jest uznawana za ogólną zasadę prawa unijnego. Wskazuje to dobitnie, że rynek unijny opiera się tak-

⁶ Cf. pkt 42 dyrektywy 98/44/WE: „Ponadto należy wyłączyć możliwość udzielenia patentu na stosowanie embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych; w żadnym przypadku takie wyłączenie nie ma wpływu na wynalazki służące do celów terapeutycznych lub diagnostycznych, które dotyczą embrionu ludzkiego i są dla niego użyteczne”.

że na wartościach, które wymagają poszanowania⁷. Należy w tym miejscu odwołać się do stanowiska Komisji Europejskiej, wyrażonego w sprawozdaniu z 14. 07. 2005 roku. Wskazała ona już wówczas – co potwierdził TSUE – że przepisy dyrektywy są klarowne w odniesieniu do totipotentnych komórek macierzystych, gdyż każda przy spełnieniu niezbędnych warunków może dokonać podziału i z każdej z tych komórek może rozwinąć się jednostka ludzka, a na mocy art. 5 ust. 1 dyrektywy ciało ludzkie w różnym stadium formowania się i rozwoju nie może być wynalazkiem posiadającym zdolność patentową. Jednocześnie Komisja podkreśliła, że:

w przypadku pluripotentnych komórek macierzystych sytuacja jest o wiele bardziej skomplikowana. W świetle wyraźnych rozbieżności, jakie występują obecnie między Państwami Członkowskimi w odniesieniu do dopuszczalności badań związanych z embrionalnymi komórkami macierzystymi, stały i szybki rozwój w tej dziedzinie oraz fakt, że sama Dyrektywa przyznaje Państwom Członkowskim możliwość odmowy patentu na podstawie klauzuli porządku publicznego lub moralności na mocy art. 6 ust. 1, Komisja uważa, że przedwczesne jest dalsze definiowanie lub harmonizacja w tej dziedzinie.⁸

Należy zatem wyraźnie stwierdzić, że choć Trybunał wskazał pośrednio, że skoro do otrzymania danego wynalazku – wykorzystującego komórki macierzyste pluripotentne – konieczne jest uprzednie unicestwienie embrionu (nawet niewskazane w specyfikacji patentowej, co ma miejsce w przedmiotowej sprawie), nie można udzielić takiemu wynalazkowi ochrony patentowej, uchylił się od określenia statusu pluripotentnych komórek macierzystych, wskazując, że to do sądu krajowego należy ustalenie, czy w świetle rozwoju nauki komórka macierzysta, która została pozyskana z embrionu ludzkiego w stadium blastocysty, stanowi „embrion ludzki”. Nie wypowiedział się więc wprost w kwestii, czy za embrion ludzki uznaje stadium blastocysty, ale powyższe wynika z samej przyjętej przez niego definicji embrionu, zaliczającej do tego pojęcia wcześniejsze stadia rozwoju komórkowego. Ponadto Trybunał nie rozstrzygnął ostatecznie o dopuszczalności patentowania wynalazków związanych z wykorzystaniem pluripotentnych komórek macierzystych w przypadku, gdyby ochrona patentowa na ich wykorzystanie miała zostać przyznana bez konieczności uprzedniego unicestwienia embrionu (co zapewne jest bądź będzie możliwe w obliczu szybko postępującego rozwoju biotechnologii). Wyraźne stanowisko w tej kwestii zajął natomiast rzecznik generalny Bot, wskazując, że pojedyncza komórka pluripotentna sama nie może być uznana za embrion, gdyż została pobrana

⁷ Opinia rzecznika generalnego Y. Bota z dnia 10. 03. 2011 r. w sprawie C-34/10, pkt 46.

⁸ Sprawozdanie Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego, Rozwój i wpływ prawa patentowego w dziedzinie biotechnologii i inżynierii genetycznej, Bruksela 14.07.2005 r.

w określonym stadium rozwoju embrionu i nie jest zdolna do wznowienia tego rozwoju⁹. Jednocześnie w jego opinii wynalazki dotyczące komórek macierzystych pluripotentnych mogą mieć zdolność patentową, o ile ich pobieranie nie szkodzi embrionowi, a zatem nie powoduje unicestwienia bądź uszkodzenia ciała ludzkiego w stadium rozwoju z chwili pobierania¹⁰.

Sprawa C-364/13 – opinia rzecznika generalnego i wyrok TSUE

W świetle powyższych uwag oczywistym jest, że Trybunał pozostawił pewien zakres nieokreśloności co do rozumienia pojęcia „embrion ludzki”, szczególnie zważywszy na fakt, iż przyznał sądom krajowym kompetencje do określenia, czy w świetle rozwoju nauki, komórki macierzyste pozyskane z embrionów ludzkich w stadium blastocysty wchodzi w jego zakres. Sądy krajowe mają nadto pewną swobodę przyznaną w oparciu o art. 6. ust. 1. dyrektywy, uprawniający do uznania za niemające zdolności patentowej takich wynalazków, których handlowe wykorzystanie byłoby sprzeczne z porządkiem publicznym lub dobrymi obyczajami. Już sam Bundesgerichtshof (niemiecki sąd federalny orzekający w sprawie *Brüstle*) po uzyskaniu orzeczenia w trybie prejudycjalnym wykluczył uznanie pewnych nieżywotnych organizmów uzyskanych z oocytów zapłodnionych *in vitro* za embriony w świetle wyroku Trybunału, gdyż nie są one w stanie zainicjować przebiegu formowania się organizmu człowieka¹¹. Tym samym uznać należy, że wyrok w sprawie *Brüstle* nie rozstrzygnął definitywnie o przyjęciu jednolitego rozumienia pojęcia embrionów ludzkich, co miało być podstawą wydanego orzeczenia¹².

Ponadto Trybunał w sprawie *Brüstle* wskazał niejako, że analizy dopuszczalności uznania danego bytu za embrion ludzki należy dokonywać, bacząc na fakt, czy może on zapoczątkować proces rozwoju jednostki ludzkiej¹³. Taki właśnie argument został podniesiony w sprawie C-364/13 *International Stem Cell Corporation przeciwko Comptroller General of Patents*, w której Trybunał badał, czy wnioski o rejestrację patentów dotyczące aktywacji oocytów w drodze partenogenezy odnoszą się do wykorzystania embrionów ludzkich w rozumieniu dyrektywy 98/44/WE. Wnioskodawca w sprawie C-364/13 ubiegał się o rejestrację dwóch krajowych patentów. Pierwszy wniosek dotyczył partenogenetycznej aktywacji oocytów w procesie uzyskiwania ludzkich zarodkowych komórek macierzystych i zastrzegał metody otrzymywania pluripotentnych ludzkich komórek macierzystych z aktywowanych partenogenetycznie oocytów i linii komórek

⁹ Opinia rzecznika generalnego Y. Bota, 10.03.2011 r. w sprawie C-34/10, pkt. 98 i 100.

¹⁰ *Ibidem*, pkt. 103.

¹¹ Wyrok Niemieckiego Sądu Federalnego (BGH) z dnia 27. 11. 2012 r., X ZR 58/07.

¹² Wyrok Trybunału z dnia 18. 10. 2011 r. w sprawie C-34/10, *Olivier Brüstle vs. Greenpeace eV*, pkt. 26 i 28.

¹³ *Ibidem*, pkt. 36 i 37.

macierzystych uzyskiwanych zgodnie z zastrzeżonymi metodami. Natomiast w drugim wnosił on o przyznanie ochrony patentowej metodom uzyskiwania sztucznej rogówki lub tworzących ją tkanek z wykorzystaniem metod izolacji pluripotentnych komórek macierzystych z partenogenetycznie aktywowanych oocytów. Wnioskodawca zwrócił się o objęcie ochroną patentową procesu wykorzystującego niezapłodnione ludzkie komórki jajowe pobudzone do podziału i dalszego rozwoju w drodze partenogenezy (partenoty), które Trybunał w sprawie *Brüstle* jasno sklasyfikował jako wchodzące w zakres definicji „embrionów ludzkich”, a zatem niemające zdolności patentowej. Jak wskazał jednak rzecznik generalny w sprawie C-364/13, sentencję tamtego wyroku trzeba interpretować w zgodzie z uzasadnieniem, jakie doprowadziło do takiego rozstrzygnięcia¹⁴. Odwołał się on do kluczowego kryterium przyjętego przez Trybunał w sprawie *Brüstle* – zdolności do zapoczątkowania procesu rozwoju jednostki ludzkiej – wskazując, że implikacją tego przy rozstrzyganiu, czy niezapłodniona komórka jajowa jest embrionem, winna być okoliczność wrodzonej zdolności komórki do rozwinięcia się w jednostkę ludzką. Stanowisko rzecznika generalnego w całości zaaprobował Trybunał w wyroku w sprawie C-364/13, podkreślając, że zdolność do zapoczątkowania procesu rozwoju jednostki ludzkiej należy rozumieć jako posiadanie przez nią wrodzonej zdolności rozwinięcia się w organizm ludzki¹⁵. W konsekwencji Trybunał zgodził się z poglądem rzecznika generalnego, że należałoby odmówić partenotom przymiotu embrionów ludzkich z uwagi na fakt, że – jak wynika z obecnego stanu wiedzy – zawierają one jedynie komórki pluripotentne, niezdolne do wykształcenia bytów ludzkich. Rzecznik generalny podkreślił, że takie komórki jajowe pozbawione są ojcowskiego DNA, co sprawia, iż mogą rozwinąć się do stadium blastocysty, ale nie są w stanie zakończyć rozwoju zarodkowego, gdyż komórki partenoty na żadnym etapie podziału nie są totipotentne¹⁶.

Jednocześnie rzecznik generalny wskazał, że nawet gdyby uznać, iż partenoty nie wchodzą w zakres pojęcia embrionu ludzkiego, państwom członkowskim z mocy art. 6. ust. 1. dyrektywy przysługuje uprawnienie do odmówienia przyznania ochrony patentowej na wykorzystanie partenot do celów przemysłowych i handlowych z racji sprzeczności eksploatacji takich wynalazków z porządkiem publicznym lub dobrymi obyczajami. Z takiego instrumentu zapewne skorzystałaby Polska, która jako jedyna spośród państw członkowskich zgłaszających uwagi na piśmie, zajęła stanowisko zakwestionowane następnie w opinii rzecznika¹⁷. Wątpliwości Rzeczypospolitej skupiły się na wyrażeniu „mogą zapoczątkować proces rozwoju jednostki ludzkiej”, dotyczyły pytania, czy sfor-

14 Opinia rzecznika generalnego Pedra Cruza Villalona, 17. 07. 2014 r. w sprawie C-364/13, pkt. 63.

15 Wyrok Trybunału z dnia 18. 12. 2014 r. w sprawie C-364/13, *International Stem Cell Corporation vs. Comptroller General of Patents, Design and Trade Marks*, pkt 27 i 28.

16 Opinia rzecznika generalnego Pedra Cruza Villalona, 17. 07. 2014 r. w sprawie C-364/13, pkt. 57.

17 Uwagi na piśmie Rzeczypospolitej Polskiej, przedkładane na podstawie art. 23 Statutu Trybunału Sprawiedliwości w postępowaniu o wydanie orzeczenia wstępnego w sprawie C-364/13, Warszawa 9. 10. 2013 r.

mułowanie to oznacza rozpoczęcie procesu, który powinien mieć zdolność do doprowadzenia do powstania istoty ludzkiej, czy obejmuje także rozpoczęcie procesu rozwoju, pomimo że proces ten nie może zostać ukończony, przez co nie może prowadzić do powstania jednostki ludzkiej. Polska stoi zatem na stanowisku, że wynalazki oparte na niezapłodnionych ludzkich komórkach pobudzonych do podziału i dalszego rozwoju w drodze partenogenezy nie mogą być patentowane, ponieważ posiadają potencjał zapoczątkowania procesu rozwoju jednostki ludzkiej, tak jak embrion powstały w wyniku zapłodnienia komórki jajowej. Zgodnie z zapatrywaniem Polski partenogenicznie aktywowane oocyty niewątpliwie rozpoczynają proces podziałów i różnicowania w taki sam sposób, jak zapłodnione oocyty, z których powstał człowiek. Bezwzględnie podkreślono zatem, że na gruncie dyrektywy 98/44/WE ochrona przed stworzeniem monopolu patentowego przyznawana jest całemu organizmowi ludzkiemu już od pierwszej fazy jego rozwoju niezależnie od perspektywy i możliwości ukończenia procesu.

Patentowanie embrionów ludzkich – Europa a sytuacja w państwach pozaeuropejskich

W wyroku w sprawie *Brüstle* TSUE wskazał, że brak określenia przez Trybunał jednolitej definicji pojęcia embrionu ludzkiego stwarzałyby zagrożenie, że twórcy wynalazków biotechnologicznych je wykorzystujących byłiby skłonni do występowania z wnioskiem o ich opatentowanie w tych państwach członkowskich, w których funkcjonowałyby najwęższa koncepcja definicji¹⁸. Niedopuszczalność opatentowania identycznych wynalazków w krajach, które przyjęłyby szerszą definicję embrionu, wynikałaby z nieprzyznawania w tych państwach członkowskich zdolności patentowej wynalazkom dotyczącym stosowania embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych.

W przypadku wynalazków biotechnologicznych, w tym głównie wykorzystujących materiały biologiczne pochodzenia ludzkiego, bardzo ważkie kwestie etyczne ściśle wiążą się z nieodłącznymi dla pojęcia patentu zagadnieniami gospodarczymi i technologicznymi. Zdolność tworzenia różnych tkanek przez ludzkie komórki embrionalne, w tym także ich wykorzystanie do odtwarzania uszkodzonych tkanek czy narządów, dała możliwość znalezienia metod leczenia dotąd nieuleczalnych schorzeń. Przykładowo, wynalazek Brüstlego pozwala na wyeliminowanie w szczególności problemu technicznego związanego z wytwarzaniem praktycznie nieograniczonej ilości komórek progenitorowych izolowanych i oczyszczonych, które mogą być wykorzystywane do terapii wad układu nerwowego¹⁹. Zatem ważyc należy tutaj dwie wartości – możliwość komercyjnej-

¹⁸ Wyrok Trybunału z dnia 18. 10. 2011 r. w sprawie C-34/10, *Olivier Brüstle vs. Greenpeace eV*, pkt. 28.

¹⁹ *Ibidem*, pkt. 18.

go wykorzystania takich wynalazków, czerpania z nich zysku i inne względy finansowe oraz postęp naukowy i możliwość rozwoju w leczeniu poważnych chorób.

Europejskie stanowisko względem dopuszczalności patentowania wynalazków wykorzystujących embriony ludzkie jest konsekwentne i sprzeciwia się takim praktykom. Kluczowe znaczenie ma decyzja Rozszerzonej Komisji Odwoławczej Europejskiego Urzędu Patentowego (dalej: Rozszerzona Komisja EUP) z dnia 25. 11. 2008 r.²⁰, na mocy której oddalone zostało odwołanie Wisconsin Alumni Research Foundation dotyczące odmowy opatentowania wynalazku – produktu – linii ludzkich embrionalnych komórek macierzystych (*human embryonic stem cell cultures*). Uprzednio jednostka ta uzyskała dla wspomnianego wynalazku ochronę patentową w 2001 roku przyznaną przez Urząd Patentów i Znaków Towarowych USA. Obejmowała ona proces izolacji, hodowli oraz produkt – linie komórkowe pochodzące od naczelnych²¹. W decyzji tej wskazano – co następnie zostało podkreślone w wyroku TSUE w sprawie *Brüstle* – że niedopuszczalne jest opatentowanie wynalazku, który wymaga wcześniejszego unicestwienia embrionu, nawet jeśli fakt ten nie jest ujawniony w zgłoszeniu patentowym. Rozszerzona Komisja EUP podkreśliła, że wynalazek taki – wykorzystujący embriony – musi być kwalifikowany jako sprzeczny z porządkiem publicznym (*ordre public*) w myśl art. 53 (a) Konwencji o udzielaniu patentów europejskich²² (dalej: KPE) i zasady 28 (c) Regulaminu wykonawczego²³. We wnioskach podmiotów niezależnych od toczącego postępowania reprezentowano poglądy, że oczywistą intencją prawodawcy w Konwencji było zakazanie komercyjnego wykorzystania embrionów, niezależnie nawet od powszechnie uznawanych względów moralnych i etycznych²⁴. Rozszerzona Komisja EUP nie uznała za słuszne argumentów wnioskodawcy, który wskazywał, że w przypadku określonego w tej sprawie użycia embrionu nie dochodzi w rzeczywistości do jego zastosowania w celach przemysłowych bądź handlowych i nie ma się tu do czynienia z komercyjnym wykorzystaniem samych embrionów, a dopiero produktów z nich otrzymanych²⁵. Wnioskodawca jednocześnie podkreślał, że jeśli akt prawny zakazywałby patentowania produktów otrzymanych z embrionów, zawierałby wprost takie postanowienie, a nie jedynie zapis o niedopuszczalności wykorzystywania embrionów ludzkich do celów przemysłowych bądź handlowych²⁶. Rozszerzona Komisja EUP zajęła stanowisko, że już sam proces wytwarzania finalnego produktu związany jest z jego komercyjnym bądź przemysłowo-

20 Decyzja Rozszerzonej Komisji Odwoławczej EUP z dnia 25. 11. 2008 r. w sprawie G 2/06 Use of embryos/WARF; tytuł wynalazku: Primate Embryonic Stem Cells; wnioskodawca: Wisconsin Alumni Research Foundation.

21 A. Twardowska, *op. cit.*, s. 623.

22 Dz. U. z 2004 r. nr 79, poz. 737 ze zm.

23 Decyzja Rozszerzonej Komisji Odwoławczej EUP z dnia 25. 11. 2008 r., odpowiedź na pytanie 2, s. 30.

24 *Ibidem*, pkt VIII, s. 12.

25 *Ibidem*, pkt VI, ss. 6–7.

26 *Ibidem*, pkt VI, s. 7.

wym zastosowaniem, a użycie embrionów ma tu znaczenie integralne i konieczne²⁷. Jednocześnie wyraźnie zaznaczyła, że nie rozstrzyga o kwestii patentowalności samych ludzkich embrionalnych komórek macierzystych, a jedynie takich, których otrzymanie wymaga uprzedniego unicestwienia embrionów²⁸. Powyższe stanowisko zostało powtórzone w decyzji T 522/04 Stem cells/California, potwierdzającej, że skoro pierwotne zgłoszenie patentowe nie wskazuje, jakoby nerwowe komórki macierzyste (*mammalian multipotent neural stem cells*) mogły zostać otrzymane w inny sposób niż z wykorzystaniem embrionów ludzkich, należy przyjąć, że zostają one otrzymane wyłącznie w sposób wymagający ich unicestwienia, co skutkuje zakazem patentowania takich wynalazków w myśl art. 53 (a) KPE i zasady 28 (c) Regulaminu wykonawczego²⁹.

Tymczasem w Japonii czy Stanach Zjednoczonych prowadzone prace naukowe i wyniki badań dotyczące pozyskiwania komórek macierzystych pluripotentnych z dojrziałych komórek ludzkich pobieranych od osoby dorosłej objęte są następczą ochroną patentową. W USA, przeciwnie niż w Europie, wątpliwości natury etycznej co do zastosowania rezultatów rozwoju biotechnologii nie wywołują wprost implikacji na gruncie prawa patentowego³⁰. W systemie prawnym USA uprawnienie do odmowy przyznania patentu bada się względem przesłanki użyteczności (*utility*) wynalazku, choć podkreśla się, że mimo braku wprost wysłowionych wymagań zgodności udzielenia patentu z zasadami moralności, Urząd Patentowy USA w wielu decyzjach brał też te kwestie pod rozwagę³¹. Natomiast dla Europy charakterystyczne jest rozwiązanie (przyjmowane na mocy ustawodawstw państw członkowskich, dyrektywy 98/44/WE i KPE) zakazujące patentowania wynalazków, których wykorzystanie sprzeczne jest z zasadami moralności bądź porządku publicznego.

Badania nad komórkami macierzystymi poza Europą gwałtownie rozwinęły się od momentu uzyskania pierwszej linii ludzkich komórek macierzystych w 1998 roku (dokonał tego dr James Thomson z Uniwersytetu Wiscosin, wynalazkowi EUP odmówił przyznania ochrony patentowej we wskazanej powyżej sprawie G 2/06 – Use of embryos/WARF)³². Debata na ten temat stała się bardziej powszechna po 2004 roku, gdy koreańscy badacze ogłosili wyniki eksperymentów prowadzących do rozwinięcia linii komórkowej pluripotencjalnych komórek macierzystych przy użyciu techniki „klonowania terapeutycznego”. W jej ramach wytwarza się komórki o tej samej informacji genetycznej, co dany pacjent, i używa do leczenia chorób tego pacjenta, unikając przede wszystkim

27 *Ibidem*, pkt 25, s. 25.

28 *Ibidem*, pkt 35, s. 29.

29 Decyzja Komisji Odwoławczej EUP z dnia 28. 05. 2009 r. w sprawie T 522/04 Stem cells/California, pkt 7, s. 8.

30 H. Żakowska-Henzler, *Wynalazek biotechnologiczny. Przedmiot patentu*, Warszawa 2006, s. 14–15

31 *Ibidem*, s. 242.

32 A. Twardowska, *op. cit.*, s. 623.

ryzyka ich odrzucenia przez system immunologiczny³³. Odmowy przyznawania zdolności patentowej takim procesom w Europie mogą mieć negatywny wpływ na prowadzenie badań tego typu. Skłania to specjalistów od wyjazdu do krajów pozaeuropejskich w celu prowadzenia działalności badawczej i naukowej. Wobec tego, że w USA czy Japonii znacznie łatwiej jest uzyskać patent na rozwiązania biotechnologiczne niż w Europie, to tam przeniesiono inwestycje i tam kierowane są środki finansowe od dużych przedsiębiorców na badania w przemyśle biotechnologicznym³⁴. Z drugiej strony, stanowisko europejskie – TSUE i Europejskiego Urzędu Patentowego – wyraźnie określa granice dopuszczalności patentowania, sprzeciwiając się twierdzeniu, jakoby „wszystko, co pod słońcem stworzył człowiek, mogło podlegać patentowaniu”, jak z kolei wypowiedział się Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych, rozpatrując wniosek Chakrabarty³⁵.

SUMMARY

The status of the human embryo in the context of the patentability of biotechnological inventions

This article presents an overview of the issues surrounding the patenting of inventions concerning the use of the human body, the status of the human embryo and the admissibility of patenting human embryos. In his analysis, the author refers to the provisions of directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council from the 6th July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions, which is the main European Union legal act on patenting biological material. Issues discussed in this article refer to article 5 of the above-mentioned directive, according to which the human body, at the various stages of its formation and development, cannot constitute a patentable invention.

KEYWORDS: human embryo, pluripotent cells, patents, directive 98/44/WE, case C-34/10 Oliver Brustle vs Greenpeace eV, case C-364/13 International Stem Cell Corporation vs Comptroller General of Patents

33 Sprawozdanie Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego, Rozwój i wpływ prawa patentowego w dziedzinie biotechnologii i inżynierii genetycznej, Bruksela 14. 07. 2005 r.

34 H. Żakowska, O. Henzler, *op. cit.*, ss. 15–16.

35 447 U.S. 303, 206 USPQ193 (1980); w orzeczeniu tym stwierdzono dopuszczalność udzielenia patentu na wynalazek, jakim przedmiotem jest genetycznie zmodyfikowany mikroorganizm, który poprzez wszczepienie weń obcego genu nabrał zdolności niszczenia węglodorów.

Kryteria oceny ofert w przetargach na prowadzenie działalności leczniczej w nieruchomościach komunalnych

Udział jednostek samorządu terytorialnego w finansowaniu świadczeń opieki zdrowotnej jest na gruncie obowiązującej regulacji prawnej mocno ograniczony¹. Nie zmienia to faktu, że jednostki te mogą aktywnie uczestniczyć w budowaniu systemu opieki zdrowotnej, choćby poprzez tworzenie warunków sprzyjających prowadzeniu na ich obszarze terytorialnym działalności leczniczej wszelakich rodzajów². Na podkreślenie zasługuje przecież fakt, że zgodnie z art. 7. ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2013 r. poz. 594, dalej: u. s. g.) sprawy ochrony zdrowia należą do zadań własnych gminy. Odpowiednio regulacja ta została zamieszczona także w art. 4. ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz. U. z 2013 r. poz. 595) i art. 14 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 roku o samorządzie województwa (Dz. U. z 2013 r. poz. 596). Dodatkowo ustawa z dnia 24 sierpnia 2004 roku o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2008 r. Nr 164 poz. 1027, z późn. zm., dalej: u. ś. o. z.) w rozdziale 2. wskazuje, że w ramach zadania władz publicznych do zapewniana równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej, znajduje się w szczególności tworzenie warunków funkcjonowania systemu ochrony zdrowia. Nie ulega zatem wątpliwości, że ustawodawca oczekuje aktywnej postawy jednostek samorządu terytorialnego wspierającej działania podejmowane na szczeblu centralnym i zmierzającej do wypełnienia konstytucyjnego obowiązku zbudowania efektywnego systemu ochrony zdrowia³.

Jedną z najbardziej rozpowszechnionych form udziału jednostek samorządu terytorialnego (zwłaszcza gminy) w konstruowaniu siatki świadczeniodawców składających

1 A. Dyląg, *Odplatne udzielanie świadczeń zdrowotnych*, Państwo i Prawo 2013/1/78–92. *Vid.* także A. Macheta, *Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Komentarz do art. 7.* LEX 2010 nr 57347.

2 D.E. Lach, *Zasada równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej*, LEX 2011 nr 128089.

3 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r., sygn. akt K 14/03.

się na system opieki zdrowotnej jest przeznaczanie nieruchomości komunalnych na cel wykonywania w nich działalności leczniczej. Zabieg ten ułatwia przedsiębiorcom podjęcie działalności gospodarczej poprzez zapewnienie im zaplecza lokalowego (nierazko specjalnie do tego wyremontowanego) i tym samym umożliwia lokalnej społeczności dostęp do lekarza na terenie tej jednostki.

Oczywistym jest, że oddawanie na ten cel nieruchomości komunalnych odbywa się w przepisany do tego trybie. Na gminie, powiecie czy województwie ciąży obowiązek stworzenia w obrębie prowadzonego postępowania przetargowego mechanizmów pozwalających na zawarcie umowy z przedsiębiorcą dającym najlepszą gwarancję jej prawidłowego wykonania. Dlatego też przedmiotem niniejszego artykułu jest nie tylko analiza występujących w obrocie kryteriów oceny ofert, ale zwrócenie uwagi na reżimy prawa znajdujące zastosowanie w toku całego postępowania i wynikające z tego konsekwencje dla każdej z jego stron.

Tryb przeznaczania nieruchomości gminnych na cele prowadzenia działalności leczniczej

Zasady gospodarowania nieruchomościami, stanowiącymi własność Skarbu Państwa i własność jednostek samorządu terytorialnego określa ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 roku o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651, z późn. zm., dalej: *ustawa*). Zatem w zakresie zainteresowań autora niniejszego artykułu znajduje się gospodarowanie nieruchomościami znajdującymi się w gminnym, powiatowym i wojewódzkim zasobie nieruchomości, to jest nieruchomościami, które stanowią przedmiot własności jednostki samorządu terytorialnego i nie zostały oddane w użytkowanie wieczyste oraz nieruchomościami będącymi przedmiotem ich użytkowania wieczystego.

Nieruchomości budynkowe znajdujące się w wyżej wymienionym zasobie gospodarowanym przez wójta (burmistrza, prezydenta miasta), zarząd powiatu lub zarząd województwa, przeznaczane są zwłaszcza na cele publiczne opisane w art. 6 u. g. n.

Zasadniczo⁴ zawarcie umów użytkowania, najmu lub dzierżawy na czas oznaczony dłuższy niż 3 lata lub na czas nieoznaczony następuje w drodze przetargu. Jedynie wyjątkowo wojewoda albo odpowiednia rada lub sejmik mogą wyrazić zgodę na odstąpienie od obowiązku przetargowego trybu zawarcia tych umów, między innymi, gdy kontrahentem ma być podmiot posiadający cel statutowy zbieżny z celem publicznym i przeznaczający na realizację swojej działalności statutowej całość uzyskiwanych dochodów. Wobec powyższego rozważało, czy przekazywanie przedsiębiorcom nieruchomości komunalnych na cel wykonywania w nich działalności leczniczej na rzecz lokalnej społeczności jest realizowaniem przez tych ostatnich celu publicznego, pozwa-

4 Art. 37 ust. 2 u. g. n. określa katalog wyjątków od tej zasady.

lającego na odstąpienie od procedury przetargowego zakontraktowania świadczeniodawcy? Obecnie ugruntowało się stanowisko judykatury, zgodnie z którym okoliczności tego rodzaju nie zwalniają organu wykonawczego jednostki samorządu terytorialnego od obowiązku przeprowadzenia przetargu⁵. W orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego przeważał argument, iż podmiot ubiegający się o bezprzetargową sprzedaż (bądź to zawarcie umowy najmu czy dzierżawy) nieruchomości musi realizować wyłącznie cel publiczny, a nie także cel publiczny. Niepubliczny ZOZ – jakkolwiek oferujący usługi medyczne tak jak ZOZ publiczny – czyni to jednak nie tylko nieodpłatnie, na podstawie umów z NFZ, ale również odpłatnie, zatem realizuje nie tylko cel publiczny, ale również prywatny⁶.

Wobec powyższego koniecznym jest przeprowadzenie przetargu, w drodze którego zostanie wyłoniona oferta najkorzystniejsza dla jednostki samorządu terytorialnego.

Z kolei wybór najlepszego świadczeniodawcy uzależniony jest od stworzenia mechanizmów pozwalających na efektywne zróżnicowanie złożonych w postępowaniu przetargowym ofert. Przeprowadzenie selekcji musi odbyć się przy zastosowaniu co najmniej kilku kryteriów oceny, które w rezultacie pozwolą na rzetelną analizę i porównanie informacji, dając pełen obraz możliwych do uzyskania profitów wynikających z wyboru oferty konkretnego uczestnika postępowania przetargowego. Jedynie na marginesie należy zaznaczyć, że organizacja przetargu na najem czy dzierżawę nieruchomości nie jest czynnością podejmowaną w ramach imperium, lecz stanowi przejaw zarządzania przez jednostkę samorządu terytorialnego swoim majątkiem jako przez osobę prawną⁷, co w niniejszym przypadku zbiega się z wykonaniem ustawowych powinności z zakresu ochrony zdrowia.

Formy prowadzenia przetargów, obowiązki organizatorów, jak i kwestie szczegółowego ich prowadzenia określa *ustawa* i wydane w oparciu o nią rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 września 2004 r. w sprawie sposobu i trybu przeprowadzania przetargów oraz rokowań na zbycie nieruchomości (Dz. U. z 2004 r. Nr 207 poz. 2108, dalej: *rozporządzenie*), niemniej sam dobór kryteriów oceny ofert jest polem sporej dowolności, której to granice właśnie stanowią istotę niniejszego artykułu. Dodatkowo należy pamiętać, iż przetarg jest instytucją prawa cywilnego, co oznacza ważne konsekwencje zarówno dla organizatora, jak i uczestników przetargu.

5 Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 20 stycznia 2010 r., sygn. akt II SA/Lu 751/09.

6 Wyrok Naczelnego Sadu Administracyjnego z dnia 17 października 2008 r. sygn. akt I OSK 503/08, Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 grudnia 2007 r. sygn. akt I OSK 1759/06.

7 Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 7 października 2010 r., sygn. akt: III SA/Kr 437/10.

Granice swobody kształtowania kryteriów oceny ofert

Podjęcie tematu określenia granic swobody kształtowania kryteriów oceny ofert musi rozpocząć się od zestawienia aktów normatywnych regulujących to zagadnienie oraz wyłożenia występujących między nimi relacji.

Jak już wskazano, nie ma wątpliwości, co do faktu, iż instytucja przetargu posiada cywilnoprawną naturę. W związku z tym przepisy zawarte w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16 poz. 93 z późn. zm., dalej: k.c.) należy traktować, jako regulację ogólną, fundamentalną z perspektywy konstrukcji przetargu.

Z drugiej strony, nie ma również wątpliwości, co do faktu, iż *ustawa* jest regulacją o charakterze administracyjnoprawnym, który wykorzystuje w pewnym zakresie cywilnoprawną instytucję dla dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. Co za tym idzie, *ustawa* i wydane na jej gruncie *rozporządzenie* przewidują szereg przepisów dotyczących między innymi organizacji, przeprowadzenia przetargu oraz procedury odwoławczej od czynności podjętych w jego trakcie, czy wszczynanej w jego wyniku, jakie z perspektywy wykładni prawa należy uznać za regulacje szczególne względem przepisów z k.c.

Konsekwencją powyższego jest wymóg bezwzględnego stosowania z pierwszeństwem przepisów *ustawy* i *rozporządzenia*. Obok tego stwierdzenia należy postawić drugą tezę, iż w zakresie nieuregulowanym przepisami szczególnymi, o których mowa powyżej, zastosowanie powinny znaleźć przepisy regulacji ogólnej, dające się z nimi pogodzić, uzupełniając je w niezbędnym zakresie⁸.

Innymi słowy, kryteria oceny ofert w przetargach na prowadzenie działalności leczniczej w nieruchomościach komunalnych muszą być skonstruowane w oparciu o znajdujące bezwzględne zastosowanie przepisy szczególne oraz uzupełniającą je regulację ogólną i wynikające z niej zasady.

Opisywane zagadnienie jest więc regulowane reżimem administracyjno i cywilnoprawnym. Istotę takiego rozwiązania znakomicie wyłożył Naczelny Sąd Administracyjny wskazując, że działalność gminy w odniesieniu do mienia stanowiącego przedmiot jej własności nie opiera się wyłącznie na przepisach prawa cywilnego. Z uwagi na publicznoprawny status gminy oraz przysługującego jej mienia, obrót ten regulowany jest także przepisami prawa publicznego. Natomiast publicznoprawny charakter jednostki samorządu terytorialnego oraz przeznaczenie mienia, którym dysponuje na zaspokojenie potrzeb wspólnoty, stanowi uzasadnienie wprowadzenia ograniczeń w zakresie swobody dysponowania nim i swobody zawierania umów. Szczególne unormowania ustawy dotyczące obrotu nieruchomościami stanowiącymi przedmiot własności gminy podyktowane są tym, iż mienie to ma służyć przede wszystkim celom publicznym. Dlatego też przyjęta w k. c. fundamentalna zasada swobody umów oraz swoboda właściciela rozporządzania jego rzeczą doznaje ograniczeń. Za takie ograniczenie w opisywanym zakresie należy

⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 2009 r. o sygn. akt: II CSK 437/08.

uznać wprowadzenie w *ustawie*, jako zasady – obowiązku przeprowadzenia przetargu, celem wyłonienia najkorzystniejszej oferty. Z kolei, odwołując się do istoty tej instytucji, należy podkreślić, że stanowi ona jeden ze sposobów zawierania umowy, zapewniając (przynajmniej z założenia) udział – według jednolitych reguł postępowania – wszystkim zainteresowanym zawarciem umowy oraz wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert zgłoszonych przez uczestników postępowania przetargowego⁹.

Kryteria oceny ofert na gruncie przepisów szczególnych

W obliczu przepisów *rozporządzenia*, należy przede wszystkim zwrócić uwagę na kwestię regulacji treści ogłoszenia przetargu, na podstawie którego uczestnicy postępowania będą przygotowywać swoje oferty. Nie ulega wątpliwości, że oprócz tak oczywistych informacji, jak wskazanie czasu, miejsca czy przedmiotu przetargu, należy także określić warunki jego przeprowadzania – wskazuje się między innymi poszczególne informacje mające znaleźć się w ofercie bądź wprost przedstawia schemat jej budowy. Dokonując analizy § 17 *rozporządzenia*¹⁰, należy stwierdzić, że przepis ten, oprócz wymogu przedstawienia danych pozwalających zidentyfikować osobę oferenta, zawiera wymóg zaferowania ceny i sposobu jej zapłaty oraz proponowanego sposobu realizacji dodatkowych warunków przetargu. Podczas gdy informacje osobowe oferenta stanowią przesłankę formalnego dopuszczenia oferty do dalszej części postępowania, to jest części niejawnego przetargu, to zupełnie inny status posiada informacja w postaci proponowanej ceny i proponowanego sposobu realizacji dodatkowych warunków przetargu. Koniecznym jest stwierdzenie, że ten element stanowi podstawę do merytorycznego rozpatrzenia oferty w związku, z czym cenę należy uznać za kryterium oceny oferty. Co więcej, z § 21 *rozporządzenia* wynika, że przy wyborze oferty komisja przetargowa bierze pod uwa-

9 Uchwała składu 7 sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27 lipca 2009 r. sygn. akt: I OPS 1/09. Zob. także: Postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach z dnia 17 sierpnia 2010 r., sygn. akt: II SA/Ke 419/10.

10 1. Wyznaczony termin składania ofert w przetargu pisemnym nieograniczonym nie może upłynąć później niż 3 dni przed terminem przetargu. Oferty należy składać w zamkniętych kopertach.

2. Pisemna oferta powinna zawierać:

- 1) imię, nazwisko i adres oferenta albo nazwę lub firmę oraz siedzibę, jeżeli oferentem jest osoba prawna lub inny podmiot;
- 2) datę sporządzenia oferty;
- 3) oświadczenie, że oferent zapoznał się z warunkami przetargu i przyjmuje te warunki bez zastrzeżeń;
- 4) oferowaną **cenę** i sposób jej zapłaty;
- 5) proponowany sposób realizacji dodatkowych warunków przetargu.

3. Do oferty należy dołączyć kopię dowodu wniesienia wadium lub dowody stanowiące podstawę do zwolnienia z tego obowiązku, w przypadku osób wymienionych w § 5.

gę zaoferowaną cenę oraz inne kryteria wpływające na wybór najkorzystniejszej oferty, ustalone w warunkach przetargu.

Wobec powyższego, kryterium oceny każdej oferty stanowi proponowana cena, ale już nie sposób jej zapłaty, o czym mowa była w obligatoryjnych elementach oferty. Ponadto ustawodawca przyznaje organizatorowi przetargu dowolność w zakresie kształtowania innych kryteriów oceny ofert, na których podstawie ten dokonuje ich oceny.

Zatem, na gruncie przepisów szczególnych, należy podkreślić dwie zasadnicze kwestie. Kryterium ceny, posiadające charakter formalny, jak i charakter materialny, musi być podstawą oceny oferty w każdym przetargu organizowanym na gruncie przepisów szczególnych. Ponadto ustawodawca umożliwia dowolne kształtowanie przez organizatora innych kryteriów oceny ofert, które mogą, lecz nie muszą, zostać opracowane na potrzeby prowadzonego postępowania przetargowego. Jednakże, jeżeli organizator decyduje się na ich wprowadzenie, wówczas niezbędnym jest podanie ich do wiadomości publicznej w ogłoszeniu, jak i dalsze weryfikowanie złożonej oferty również pod kątem proponowanego sposobu ich realizacji. Błędną będzie praktyka polegająca nie nieróżnicowaniu ofert pod kątem innych powołanych kryteriów, jak też tylko części z nich.

Przyjmując powyższe ustalenie o istnieniu na gruncie regulacji szczególnej tylko jednego obligatoryjnego kryterium oceny oferty w postaci ceny, powstaje pytanie o granice dopuszczalność manewrowania jej wysokością. W przedmiotowych aktach brak jest regulacji przewidującej odrzucenie oferty zawierającej rażąco niską cenę, bądź regulacji odwrotnej. Z perspektywy przedmiotowego postępowania dumping cenowy jest niecelowy, gdyż jednostka samorządu terytorialnego zainteresowana jest w uzyskaniu ceny jak najwyższej (tutaj czynszu). Oznacza to, że oferta zawierająca rażąco niską cenę, zwyczajnie nie jest atrakcyjna dla organizatora, co prawdopodobnie będzie oznaczać jej niewybranie¹¹. Ma tutaj miejsce naturalna rezygnacja z ofert niekorzystnych dla gminy/powiatu/województwa z perspektywy ich rynkowości.

Można się jednak zastanawiać, czy oferowanie ceny rażąco wysokiej, nieosiągalnej dla pozostałych uczestników postępowania przetargowego nie powinno powodować odrzucenia oferty. Wydaje się, że o ile możliwym byłoby podjęcie próby argumentacji w tym kierunku, to przeszkodą, która uzasadniałaby niecelowość takiego przepisu, okazałaby się praktyka życia codziennego, gdzie ofertowanie zawyżonych cen czynszu najmu czy dzierżawy komunalnych nieruchomości budynkowych po prostu nie miałyby najmniejszego uzasadnienia gospodarczego, przede wszystkim ze względu na lokalny zakres prowadzonej działalności i możliwe do osiągnięcia z tego tytułu zyski.

11 Celem postępowania przetargowego jest oczywiście wybór oferty najkorzystniejszej, co nie oznacza, że za najkorzystniejszą ofertę uznać należy ofertę zawierającą cenę najwyższą. Taki przypadek będzie miał miejsce zarówno wtedy, gdy kryterium ceny będzie jedynym kryterium oceny ofert w zorganizowanym postępowaniu, jaki i wówczas, gdy kryterium ceny okaże się rozstrzygające wobec zbliżonych ocen ofert pod względem innych kryteriów.

Wobec powyższego, jedynym obligatoryjnym kryterium oceny ofert, występującym na gruncie przepisów szczególnych, jest kryterium ceny, której to poziom nie został poddany regulacji ustawodawcy. Oferent uprawniony jest do określenia jej w sposób dowolny, co z kolei zostanie poddane ocenie komisji konkursowej.

Kryteria oceny ofert na gruncie przepisów ogólnych

K. c. nie przewiduje przepisów wprost formułujących kryteria oceny oferty, dające wpiąć się następnie do ogłoszenia o przetargu. Jednakże akt ten zawiera bezpośrednie wskazania, co do konstrukcji samego kryterium. Innymi słowy, regulacja ogólna znajduje zastosowanie niejako na przedpolu postępowania przetargowego, określając to, jakie kryteria oceny ofert nie mogą być. Tym samym k. c. ogranicza organizatora przetargu w dowolności dobierania przesłanek w oparciu, o które ten dokona wyboru kontrahenta. Powyższa teza wynika z faktu, iż swoboda ustalania warunków¹² przez organizatora przetargu podlega ograniczeniom wyznaczonym przez art. 58 k. c. oraz art. 353¹ k. c. Chociaż ustalenie warunków jest jednostronnym oświadczeniem woli organizatora, to warunki te są przyjmowane przez adhezję uczestników składających oferty, co powoduje nawiązanie między każdym z nich a organizatorem stosunku prawnego o charakterze zobowiązaniowym¹³. Dlatego też stosunek ten musi zostać poddany analizie z perspektywy przepisów przewidujących dopuszczalność i zakres jego kształtowania.

W związku z powyższym, podczas opracowywania modelu kryteriów, organizator musi wziąć pod uwagę, czy zastosowanie kryteriów określonej treści nie będzie sprzeczne z ustawą, nie doprowadzi do jej obejścia, nie sprzeciwi się naturze czynności prawnej i czy nie naruszy zasad współżycia społecznego.

Właściwe zbudowanie mierników, na podstawie których organizator dokona wyboru oferty, jest kluczowe, choćby z uwagi na konsekwencje, jakie ustawodawca przewidział w przypadku niezachowania przepisów ogólnych. Reguły dokonywania czynności prawnych składają się z dwóch grup elementów, to jest reguł określających jak należy dokonywać czynności prawnej danego typu – tak zwanej reguły konstrukcji czynności prawnej oraz reguł określających, jakie konsekwencje wywołuje dokonanie czynności prawnej danego typu¹⁴. Naruszenie niektórych spośród reguł konstrukcji, powoduje, że czynność prawna nie zostaje skutecznie dokonana, a stan ten nazywany jest nieważnością czynności prawnej. W analizowanym zagadnieniu, warunkiem *sine qua non* zawarcia ważnej umowy, jest nie tylko poprzedzenie jej przeprowadzeniem przetargu, ale przede wszystkim przetargu, który w świetle przepisów prawa cywilnego można ocenić, jako ważny

¹² Tym samym kryteriów, które są ich częścią.

¹³ K. Kopaczyńska-Pieczniak, *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna. Komentarz do art. 70(1) Kodeksu cywilnego*, LEX 2012 r. nr 128113.

¹⁴ P. Machnikowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*. Warszawa 2008, s. 136–137.

i tym samym wywierający przewidziany dla niego skutek prawny. Z kolei przetarg ważny będzie miał miejsce wówczas, gdy zostaną zachowane przedmiotowe przepisy szczególne (przesłanka pozytywna) i nie wystąpią żadne okoliczności skutkujące nieważnością na gruncie przepisów ogólnych (przesłanka negatywna). Wobec tego prawidłowe skonstruowanie probiezry oceny ofert z zachowaniem ograniczeń wynikających z k. c. jest elementem składowym całej reguły konstrukcji czynności prawnej. Co więcej, dopuszczenie się naruszenia w tym zakresie może spowodować nieważność całego przedsięwzięcia finalizowanego umową. Warto także zaznaczyć zarysowany w orzecznictwie funkcjonalny pogląd, że § 11 ust. 4 *rozporządzenia* nie daje odpowiedzi na pytanie, czy każde uchybienie przepisom o przetargu powoduje konieczność powtórzenia czynności albo unieważnienia przetargu. Biorąc pod uwagę charakter regulacji prawnej rozporządzenia oraz cel zawartych w nim przepisów, trzeba stwierdzić, że nie wszystkie są przepisami bezwzględnie obowiązującymi. Taki charakter mają jedynie przepisy służące zagwarantowaniu przestrzegania zasad przetargu, których naruszenie może mieć wpływ na jego wynik. Chodzi między innymi o przepisy dotyczące obowiązku przeprowadzenia przetargu (art. 37 ust. 1 u. g. n.), jawności przetargu, jednolitości postępowania, równego dostępu do udziału w przetargu, ustalania najkorzystniejszego wyniku przetargu (art. 42 ust. 1 u. g. n.). Natomiast charakter takiego nie mają przepisy techniczno-porządkowe, ułatwiające sprawne przeprowadzenie czynności przetargowych. Trzeba też stwierdzić, że nie zawsze naruszenia nawet przepisów zaliczanych do pierwszej grupy, będzie uzasadniało unieważnienie przetargu. Takiego skutku nie mogą mieć bowiem uchybienia nie naruszające praw osób biorących udział w przetargu ani nie mogące mieć wpływu na przebieg i wynik przetargu¹⁵.

Dopuszczalność stosowania określonych kryteriów oceny ofert w postępowaniach przetargowych

Jak już była o tym mowa powyżej, wybór oferty może odbyć się w oparciu o jedyne kryterium ceny. Zjawisko przeprowadzania tak uszczuplonych postępowań jest dosyć częste, ze względu na korzyści dla samego organizatora – nie naraża go na ewentualne wadliwe skonstruowanie innych kryteriów oceny ofert (co jak wyżej wskazano rodzi poważne skutki prawne). Z drugiej strony, przeprowadzenie tak uproszczonej rywalizacji uczestników postępowania, w rozważaniach *sensu largo*, wcale nie przyczynia się do wyboru oferty najkorzystniejszej, tylko do oferty deklarującej najwyższą stawkę czynszu. O ile jest to korzystne dla kieszeni jednostki samorządu terytorialnego, to już korzyść ta nie musi przekładać się na dobro pacjenta. Nie powinno ulegać wątpliwości, że dokonanie wyboru świadczeniodawcy w oparciu o samodzielne kryterium ceny nie gwaran-

15 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 2009 r., sygn. akt II CSK 437/08.

tuje w żaden sposób najlepszej realizacji obowiązku jednostki samorządu terytorialnego, gdyż nie uwzględnia szeregu czynników, które mogą mieć wpływ na jakość i zakres udzielanych świadczeń.

Jednakże wybór oferenta w oparciu o samodzielne kryterium ceny będzie właściwym rozwiązaniem w przypadku przyjęcia jednego założenia. Mianowicie organizator winien wpisać do ogłoszenia dodatkowe wymogi, które nie będą stanowiły podstawy do oceny ofert, ale warunek formalny decydujący o jej przyjęciu w ogóle. Przykładowo, byłby to wymóg posiadania sprzętu medycznego określonego rodzaju z określonymi atestami bądź personelu o konkretnych kwalifikacjach i liczbie, czy też doświadczeniu związanym z odpowiednio długim stażem pracy w sektorze usług medycznych. Wówczas oferenci spełniający oczekiwania stawiane przez środowisko lokalne, dający gwarancje realizacji miejscowych potrzeb zdrowotnych, rywalizowaliby jedynie już na płaszczyźnie cenowej, natomiast oferty innych zostałyby odrzucone na wcześniejszym etapie.

Niestety zabieg ten występuje zdecydowanie rzadziej. Dzieje się tak głównie z obawy przed skonstruowaniem warunków trudnych do spełnienia lub takich, których żaden z potencjalnych uczestników nie będzie chciał spełnić z uwagi na zbyt duże ryzyko gospodarcze.

Zdecydowanie przystępniejsze dla organizatora jest określenie poszczególnych kryteriów, w oparciu o które porównywane będą propozycje uczestników postępowania. Zbudowanie adekwatnych do rzeczywistych możliwości rynku wymogów przystąpienia do udziału w przetargu, wymaga starannej analizy lokalnych potrzeb oraz wiedzy w zakresie funkcjonowania systemu ochrony zdrowia, dlatego też nie należy do zadań łatwych. Stąd, organizatorzy wielokrotnie uciekają się do opracowania dodatkowych kryteriów oceny ofert bądź zaadoptowania takich kryteriów, które były już gdzieś przygotowane i wykorzystane w przetargu.

Niestety w pierwszym przypadku, niejednokrotnie proces właściwego formułowania kryteriów oceny ofert jest lekceważony, podczas gdy w drugim przypadku z łatwością można zauważyć posługiwanie się w obrocie niemalże jednym wzorcem powielanym przez wiele jednostek i wcale nie wolnym od wad. Błędy popełnione podczas etapu doboru kryteriów oceny ofert rodzą poważne konsekwencje, łącznie z koniecznością przeprowadzenia całego przetargu od nowa.

Kryterium rozwoju usług medycznych

Nie ulega wątpliwości, że wachlarz oferowanych zwłaszcza na terenie gmin wiejskich świadczeń opieki zdrowotnej jest zdecydowanie różny od spotykanego w gminach miejskich. Każda gmina, koncentrując się na zagwarantowaniu zamieszkującej ją wspólnocie jak najlepszego dostępu do świadczeń zdrowotnych, zmierza nie tylko do zapewnienia minimalnego dostępu do tych świadczeń, lecz ma na celu również poszerzanie ich zakresu. Zjawisko to należy ocenić jak najbardziej pozytywnie względem fundamentalnych

zasad, które legły u podstaw idei systemu w obecnym kształcie, jednakże nie można oddzielić samego celu od środków.

W obrocie dochodzi do częstych przypadków stosowania bliżej nieokreślonego kryterium rozwoju usług medycznych. Zastosowana formuła językowa sugeruje odniesienie tego kryterium do przyszłości, do etapu, który dopiero ma lub może powstać. *De facto* sprowadza się to do oczekiwania od oferenta deklaracji rozbudowy prowadzonej w oparciu o komunalną nieruchomość działalności leczniczej, to jest między innymi na poszerzaniu zakresu udzielanych świadczeń, proponowaniu leczenia w kolejnych dziedzinach medycyny, czy zwiększenia częstotliwości ich udzielania.

Nie odnosząc się do czysto zdroworozsądkowego aspektu tego problemu, należy się skupić na jego prawnym wydzwisku i prawnej dopuszczalności takiego kryterium.

System opieki zdrowotnej oparty jest między innymi na zasadzie udzielania świadczeń opieki zdrowotnej na podstawie umowy oraz zasadzie konkursowego wyboru świadczeniodawcy¹⁶. Idee te zostały przetransponowane w konkretne rozwiązania ustawowe, opisane przepisami skatalogowanymi w dziale VI u. ś. o. z. Dział ten poświęcony jest postępowaniu w sprawie zawarcia umowy ze świadczeniodawcami, tym samym reguluje procedurę, której jedną stroną jest Narodowy Fundusz Zdrowia (dalej: NFZ), a drugą – świadczeniodawcy. Nie wstępniąc się w szczegółowe przepisy, należy stwierdzić, że głównym trybem zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej jest konkurs ofert. Pozostaje więc bezspornym, że ze specyfiki postępowania konkursowego wynika założenie wyboru oferty lub ofert najkorzystniejszych dla płatnika. Zatem NFZ w tym postępowaniu dokonuje wyboru świadczeniodawców, z udziałem których stworzona zostanie siatka punktów gwarantujących pacjentom dostęp do świadczeń finansowanych ze środków publicznych. Jednocześnie należy zauważyć, że w grupie podmiotów kontraktujących, znajdują się jedynie uczestnicy, którzy przedstawią oferty najkorzystniejsze, a to jest nierozłącznie związane z niewybraniem pozostałych ofert. Konsekwencją tego jest oczywista konkluzja, że nie każdy stawający do konkursu świadczeniodawca będzie uprawniony do zawarcia umowy z NFZ. Co więcej, żaden ze stawających nie jest w stanie przewidzieć rezultatu tego postępowania, w tym zadawalającego wyniku w postaci podpisania umowy. Stąd też bierze źródło naczelny zarzut dla stosowania opisywanego kryterium. Skoro zawarcie takiego kontraktu nie jest uzależnione wyłącznie od woli świadczeniodawcy, to nieuzasadnionym jest zobowiązanie go do deklarowania otworzenia w danej placówce jakiegokolwiek poradni specjalistycznej. Jeżeli organizator przetargu stawia kryterium rozwoju usług medycznych wykonywanych w oparciu o dzierżawioną nieruchomość, tym samym zobowiązuje oferenta do zadeklarowania rzeczy niezależnej wyłącznie od jego woli. W konsekwencji dochodzi do oceniania abstrakcyjnych deklaracji, które mogą nie mieć żadnego pokrycia w rzeczywistości. Od ofe-

16 G. Machulak, *Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Komentarz do art. 132*, LEX 2010 nr 57347.

rentów można wymagać jedynie spełnienia deklaracji, jakie są zależne od ich woli oraz możliwych do zrealizowania w dniu złożenia oferty. Wobec tego, tak stosowane kryterium ma nie tylko charakter przyszły, ale i niepewny. Co więcej, Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że „warunki aukcji, o których mowa w art. 70¹ § 2 i 3 k. c. to niewątpliwie nie zdarzenia przyszłe i niepewne w rozumieniu art. 89 k. c.”¹⁷, dlatego nie znajduje żadnego uzasadnienia działanie polegające na porównywaniu deklaracji, mogących nie znaleźć żadnego odzwierciedlenia w rzeczywistości.

Powyzsze stwierdzenia znajdują jedynie zastosowanie do kontraktowania świadczeń specjalistycznych. Nie dotyczą zaś podstawowej opieki zdrowotnej, która ze względu na swój charakter kontraktowana jest odmiennie.

Jeżeli zatem władzom lokalnym zależy na rozszerzeniu zakresu świadczeń udzielanych na terenie jednostki ponad podstawową opiekę zdrowotną i otwarciu możliwości leczenia specjalistycznego, wówczas organizator powinien położyć nacisk na długoletnią politykę zdrowotną, przewidując zawarcie umowy na okres co najmniej 5 lat, dając tym samym szanse zwycięskiemu oferentowi pozyskanie w przyszłości kontraktu z NFZ.

W tym miejscu należy jeszcze rozważyć dwa przypadki doniosłe z perspektywy opisywanego kryterium, stanowiące niejako pozorny wyjątek od tego, co zostało dotychczas powiedziane. Pierwszy z nich dotyczy możliwości przeniesienia kontraktu na leczenie specjalistyczne pod nowy adres miejsca jego wykonywania. Z kolei drugi odnosi się do sytuacji, kiedy dotychczasowy dzierżawca/najemca, posiadający już kontrakt na poszczególne dziedziny medycyny, staje do przetargu ogłoszonego na dzierżawę/najem pomieszczeń w kolejnych latach.

Warte jest rozważenia, czy zmiana dotychczasowego miejsca wykonywania posiadanego przez świadczeniodawcę kontraktu w medycynie specjalistycznej mogłoby stanowić przymiot podlegający ocenie na podstawie tego kryterium. Wówczas nie można byłoby już postawić zarzutu oceniania deklaracji niezależnych od woli oferenta, gdyż kontrakt w danej dziedzinie został zawarty i jest wykonywany tyle, że pod innym adresem (w przypadku gmin wiejskich, z pewnością na terenie innej gminy). Jedynie do obowiązku oferenta pozostałoby przeniesienie możliwości jego wykonywania do nowej lokalizacji. O ile zmiana miejsca wykonywania kontraktu jest możliwa na gruncie § 7 ogólnych warunków umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, stanowiących załącznik do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 6 maja 2008 roku (Dz. U. z 2008 r. Nr 81, poz. 484, dalej: o. w. u.), to jest ona opatrzona swoistym rygiem w postaci konieczności uzyskania uprzedniej zgody dyrektora oddziału wojewódzkiego NFZ. W szczególności DOW NFZ może jej odmówić, jeżeli zmiana miejsca wykonywania świadczeń spowodowałaby ograniczenie ich dostępności.

17 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 22 lutego 2007 r. o sygnaturze akt III CSK 308/06.

Wydaje się, że dokonanie rzeczzonej zmiany w opisanych okolicznościach nie jest możliwe. Pomijając analizę kolejnych czynności, jakie należy podjąć celem zmiany miejsca udzielania świadczeń finansowanych ze środków publicznych, zasadniczym problemem byłoby uzyskanie pozytywnej decyzji państwowej inspekcji sanitarnej o dopuszczeniu pomieszczeń objętych przetargiem do wykonywania w nich działalności leczniczej. Jak zatem tego dokonać, skoro na etapie składania oferty uczestnik postępowania nie posiada do nich jeszcze tytułu prawnego (co jest podstawą do wystąpienia z rzeczonym wnioskiem) i nie jest wiadomym, czy w ogóle przetarg ten wygra, a co za tym idzie, czy tytuł ten rzeczywiście nabędzie (zakładając, że organizator nie uchyli się od zawarcia stosownej umowy). Dlatego też punktowanie zapowiedzi przeniesienia już wykonywanego kontraktu lub jego części do tak zwanej nieruchomości przetargowej również sprządza się do ewaluacji jedynie możliwości, a nie faktu.

Przy takich trudnościach, kwestia ewentualnego ograniczenia dostępności do świadczeń jest wtórna i schodzi na drugi plan. Jednakże należałoby stwierdzić, że ograniczenie takie może realnie wystąpić. Skoro dany świadczeniodawca otrzymał kontrakt w określonej lokalizacji na wykonywanie świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych na rzecz społeczności ją zamieszkującej, to konsekwencją przeniesienia części punktów kontraktowych w inne miejsce byłoby zwiększenie szans skorzystania z tych świadczeń przez innych pacjentów, czemu towarzyszyłoby proporcjonalne ich zmniejszenie względem dotychczasowych beneficjentów (problem ten jest niepomierne mniejszy w gminach miejskich).

W związku z powyższym należy stwierdzić, że na dzień składania oferty uczestnik postępowania posiadający już kontrakt z NFZ w innym miejscu, nie spełnia przesłanek do wyrażenia zgody na zmianę miejsca jego wykonywania, z uwagi na obiektywny brak tytułu prawnego do tak zwanej nieruchomości przetargowej. Po drugie, nie może z pewnością założyć, że nawet jeżeli zwyciężyłby w przedmiotowym przetargu, to kontrakt ten będzie chociaż w jakiejś części wykonywany pod nowym adresem. W obliczu odmowy wystąpiłaby opisana już wyżej sytuacji przyznania punktów za deklarację, która nie znalazła pokrycia w rzeczywistości, co zaburzałoby obraz wyników przetargu.

W odniesieniu do drugiego przypadku, błędną praktyką jest ocenianie przez komisję przetargową w ramach opisywanego kryterium dotychczasowego katalogu świadczonych usług medycznych. Wachlarz świadczeń, które pacjent może otrzymać w lokalnej placówce, winien być oceniany z perspektywy innego miernika, niż rozwój usług medycznych. Jak wskazano powyżej, kryterium to wybiega w przyszłość, natomiast przedmiot oceny ma charakter teraźniejszy. Stąd też wniosek, że ewaluacja oferty winna być dokonana przy użyciu przykładowego kryterium katalogu wykonywanych świadczeń na dzień rozpoczęcia obowiązywania umowy, które to kryterium wcale często nie występuje.

Probiez rozwoju usług medycznych nie tylko dotyka wykazany na wstępie zarzut ewaluacji pozornej, ale również za jego pomocą dokonuje się oceny przymiotu, który nie mieści się w jego zakresie, to jest oceny cechy nierelewnatnej z perspektywy celu, któremu ma służyć to kryterium. Jeżeli już prowadzi się porównywanie ofert, to musi być ono dokonane w tej samej płaszczyźnie, a nie dwóch różnych, czyli teraźniejszej i przyszłej.

Jedynie na marginesie należy dodać, że nie powinny podlegać ocenie także deklaracje o rozpoczęciu udzielania świadczeń z danego zakresu i dziedziny medycyny pokrywanych ze środków prywatnych. Jak wskazano na wstępie, na jednostce ciąży obowiązek zabezpieczenia równego dostępu do świadczeń zdrowotnych, ale finansowanych ze środków publicznych. W związku z tym, po pierwsze, deklaracje uczestnika postępowania o poszerzeniu katalogu świadczeń o tak zwane prywatne usługi specjalistyczne należy traktować, jako wolne od oceny elementy oferty. Po drugie, ryzyko gospodarcze utrzymania na obszarze gmin wiejskich zasobów (ludzkich, czy też sprzętowych) warunkujących udzielanie świadczeń specjalistycznych, których koszt poniesie we własnym zakresie pacjent, jest zbyt wysokie. Po raz kolejny przedmiotem tej oceny zostałaby deklaracja, z której zwyczajnie oferent mógłby się wycofać natychmiast po stwierdzeniu nierentowności prowadzenia działalności w tym zakresie.

Kryterium doświadczenia zawodowego personelu

Kolejnym, często spotykanym kryterium oceny ofert jest miernik doświadczenia zawodowego personelu. O ile stosowanie tego typu miary nie jest kwestionowane pod względem jego dopuszczalności *in genere*, o tyle posługiwanie się nim pociąga za sobą konieczność zbudowania przez organizatora przejrzystego wykazu punktowego, stanowiącego legendę tego, co rzeczywiście jest oceniane. Tym samym, aby doszło do realnego wykorzystania tego kryterium, niezbędne jest stworzenie siatki odniesienia. Istoty tego zabiegu należy upatrywać w celu wyeliminowania stanu niepewności. Tak więc wykorzystanie opisywanego kryterium posiada swoje uzasadnienie jedynie wówczas, gdy obydwie strony postępowania wiedzą, za jakie przymioty przyznaje się określoną ilość punktów. W przeciwnym razie, uczestnik zostałby pozbawiony możliwości starannego przygotowania oferty, a członek komisji przetargowej możliwości rzetelnej jej oceny. Ponadto brak uszczegółowienia tego typu doprowadziłby do niczym nieuzasadnionej uznaniowości w ocenie ofert.

Co więcej, powyższe związane jest także z koniecznością zdefiniowania przez organizatora pojęcia doświadczenia zawodowego i terminu personelu, co zakreśla obszar przedmiotowy i podmiotowy oceny oferty pod względem tego kryterium.

Całość stosowanych rozwiązań zmierza do maksymalnego skonkretyzowania przesłanek w oparciu, o które zostaną przyznane punkty. W konsekwencji, konstrukcja tego kryterium musi pozwalać stwierdzić, jakie czynniki decydują o przyznaniu konkretnych

wartości punktowych każdemu oferentowi. Uszczegółowienie powinno zatem dotyczyć takich elementów jak np. staż, miejsce czy charakter dotychczasowej pracy.

Należy stwierdzić, że to na organizatorze ciąży obowiązek skonstruowania tak precyzyjnego kryterium oceny ofert, aby nie pojawiły się wątpliwości, co do wolności przyznawanych punktów w tym zakresie.

Kryterium kwalifikacji zawodowych personelu

Uwagi przedstawione powyżej w całości znajdują zastosowanie do niniejszego kryterium. W tym zakresie, z dużo większą łatwością, organizator jest w stanie zbudować dalsze uszczegółowienie kryterium. Swoistym odniesieniem będzie np. stopień specjalizacji lekarskiej, stopień lub tytuł naukowy, umiejętność wykonywania dodatkowych badań, studia podyplomowe czy odbyte kursy, szkolenia i tym podobne. Katalog ten będzie autonomicznie kształtowany przez każdego organizatora, jednakże przy zachowaniu adekwatnego związku takiej przesłanki pomocniczej z kryterium głównym. Innymi słowy, dodatkowo punktowane powinny być tylko te elementy, które pozostają bezpośrednio powiązane z przedmiotem przetargu, a więc z zakresem udzielanych świadczeń finansowanych ze środków publicznych, do jakich jednostka samorządu terytorialnego w drodze przedmiotowego przetargu ma zapewnić równy dostęp jej mieszkańcom.

Kryterium sprzętu medycznego

Analiza oferty na bazie tego kryterium jest najbardziej skomplikowana z uwagi na specjalistyczny charakter wiedzy wymaganej do jej dokonania. Sprzęt medyczny daje nowe możliwości przede wszystkim diagnostyczne, co znajduje bezpośrednie przełożenie na właściwość obranego kierunku leczenia i jego skuteczność, podnosząc tym samym jakość udzielanych świadczeń. Nie powinno zostać bez znaczenia z perspektywy oceny oferenta to, czym dana placówka zostanie wyposażona.

Stąd też ocena winna odnosić się do adekwatności sprzętu medycznego, jego przydatności, jakości oraz funkcjonalności. Nie chodzi przy tym jedynie o obiektywną rozpoznawalność danego urządzenia, ale o jego przydatność dla wykonania świadczeń deklarowanych przez oferenta. Wskazane urządzenie musi (nadawać się) być pomocne podczas udzielania świadczeń opieki zdrowotnej. Dalej, sprzęt nowej generacji, otwierający więcej możliwości, winien zwrócić uwagę komisji przetargowej, jako dający lekarzowi więcej możliwości w procesie szeroko pojętego leczenia. Co więcej, sprzęt medyczny musi być funkcjonalny, sprawny, nadający się do skorzystania w każdej chwili, a zwłaszcza w momencie składania oferty, aby nie doprowadzono do sytuacji promowania punktowego uczestnika za sprzęt zepsuty, nienadający się do użytku.

Podsumowanie

Przeznaczanie komunalnych nieruchomości budynkowych na cel prowadzenia w nich działalności leczniczej pozwala na stworzenie tak zwanych (zwłaszcza gminnych) ośrodków zdrowia. Dzięki takim zabiegom jednostki samorządu terytorialnego realnie uczestniczą w urzeczywistnianiu naczelnej zasady systemu opieki zdrowotnej, to jest zapewnianiu pacjentom równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Przedsięwzięcia te należy oceniać pozytywnie z perspektywy samej jednostki, przedsiębiorcy udzielającego świadczeń oraz ich odbiorców. Każda ze stron odnosi wspomniane już korzyści, odnosi je też sam system opieki zdrowotnej, w skład którego wchodzi kolejne placówki.

Wybór przedsiębiorcy, który rozpocznie wykonywanie działalności leczniczej w komunalnej nieruchomości budynkowej, dokonywany jest w drodze przetargu. W przedmiotowym zakresie cywilnoprawna instytucja została wpisana do aktu administracyjnoprawnego. Konsekwencją powyższego jest konieczność stosowania bezwzględnie obowiązujących przepisów szczególnych *ustawy* i wydanego na jej gruncie *rozporządzenia*, które zostają uzupełnione regulacją ogólną z k. c. Przepisy szczególne w prowadzonych postępowaniach przetargowych obligują organizatora do oceny złożonych ofert w oparciu o jedyne obowiązkowe kryterium, to jest kryterium ceny, oraz zezwalają na dokonanie dalszej weryfikacji w oparciu o kryteria stosowane fakultatywne, jednak przygotowane zgodnie ze wskazaniami z k. c.

Kluczowe w tym miejscu jest zwrócenie uwagi na kwestię skutku niezachowania przepisów regulujących przetarg. Nie tylko zawarcie umowy cywilnoprawnej z pominięciem przeprowadzenia przetargu skutkuje jej nieważnością. Skutek ten będzie miał również miejsce w obliczu przeprowadzenia przetargu z naruszeniem zasad wynikających z przepisów szczególnych, jak też z naruszeniem zasad konstrukcji kryteriów oceny oferty, wynikających z regulacji ogólnej.

Kryteria oceny ofert odgrywają podwójną rolę w instytucji przetargu. Dla organizatora stanowią podstawę do dokonania rzetelnego wyboru oferty najkorzystniejszej, co z perspektywy interesu jednostki samorządu terytorialnego pozwoli na prawidłowe wykonanie jej zadania własnego, tym samym zaspokajając potrzeby ochrony zdrowia lokalnej społeczności. Natomiast dla uczestnika przetargu stanowią podstawę do sumiennego i skrupulatnego przygotowania przedmiotowej oferty oraz analizy wyników przetargu po jego rozstrzygnięciu.

To na organizatorze przetargu ciąży obowiązek jego właściwego przeprowadzenia, tak, aby uniknąć potencjalnego zarzutu naruszenia prawa.

Nie ulega wątpliwości, że ocena ofert zawsze połączona jest z pewną dozą uznaniowości. Niemniej dla dobra organizatora, uczestników postępowania, jak również dla beneficjentów świadczeń, wpływ uznania na ogólną wartość punktową decydującą o wyborze oferenta powinien być jak najmniejszy.

Należy pamiętać, że każde ze sformułowanych kryteriów posiada swój autonomiczny cel sprowadzający się do zróżnicowania ofert w jego zakresie. Dlatego też formuła językowa określająca dane kryterium musi pozwalać na urzeczywistnienie tego celu. Jeżeli jest to niemożliwe na bazie samego kryterium, koniecznym jest stworzenia dalszej jego specyfikacji. Na organizatorze ciąży obowiązek wykazania, że przydzielona w danej kategorii wartość punktowa jest zasadna. Poszczególne atrybuty oferenta muszą znaleźć swoje odzwierciedlenie punktowe w treści specyfikacji. Tylko na tej drodze każda ze stron postępowania będzie świadoma, za co otrzymała, a za co nie otrzymała punktów i w jakiej ilości. Innymi słowy, stosowanie kryteria muszą być obiektywnie weryfikowalne. Dopiero to pozwala oceniającemu skutecznie uwolnić się od zarzutu uznaniowego przydzielania punktów.

Obok powyższego wielce istotnym jest przestrzeganie granic danego kryterium. Nieprawidłowym jest wykraczanie oceną poza to, co w obrębie miernika może być ocenione. Innymi słowy, ocenie podlega tylko cecha relewantna z perspektywy określonego kryterium, nadająca się do ewaluacji na jego podstawie.

Niedochowanie standardów w zakresie formułowania kryteriów oceny ofert i ich późniejszego wartościowania może stanowić podstawę do wzruszenia umowy zawartej wskutek wadliwie przeprowadzonego przetargu. Pociągnie to za sobą konsekwencje nie tylko dla jednostki samorządu terytorialnego, czy przedsiębiorcy, jako stron tej umowy, ale przede wszystkim dla jej mieszkańców – odbiorców świadczeń zdrowotnych. Taka sytuacja może znaleźć bezpośrednie przełożenie na dostępność do usług medycznych, ich ograniczenie, a nawet czasowe zaprzestanie, będąc z perspektywy funkcjonowania całego systemu opieki zdrowotnej absolutnie niepożądaną.

SUMMARY

Medical services in municipal properties. Criteria for evaluation of tender offers.

Local government units try to ensure better access to health care services and assignment of municipal properties for tenancy is one of the most common ways of achieving this goal. Thanks to this activity, entrepreneurs have the possibility to start providing health care services to the local population. The author introduces the provisions of law which should be applied in order to organize and carry out such a tender. Special attention was paid to the process of constructing criteria for the evaluation of offers. The choice of business partner to render medical services in municipal properties could not be a random one. The article contains much advice on how to construct criteria for the evaluation of offers in the correct way (especially from the point of view of the tender's goals), and reviews the most commonly committed errors by the organizers of tender processes.

KEYWORDS: tender offers in health care services, medical law

MARTYNA OSTRZYCKA

Idea *community policing* jako źródło innowacyjnych metod współpracy społeczności lokalnych z policją w Polsce

Prewencja kryminalna jest obszarem działania Policji ukierunkowanym na współpracę ze społecznościami lokalnymi. Mając na uwadze bezpieczeństwo obywateli, Policja stara się realizować ciężące na niej zadania nie tylko związane ze sferą wykrywczą (kiedy przestępstwo już zaistniało), ale również te zapobiegające popełnieniu przestępstwa. Działania z zakresu prewencji kryminalnej są związane z budowaniem strategii zapobiegania przestępczości i zjawiskom patologii społecznej¹. Rozróżnić należy dwa rodzaje tychże strategii: po pierwsze, strategia destruktywna, po drugie, kreatywna. Działania profilaktyczne mogą być reakcją skierowaną bezpośrednio na negatywne zachowania i zjawiska społeczne. Ich cechą jest nastawienie na eliminowanie niepożądanych zdarzeń poprzez stosowanie represji i wtedy związane są z realizacją strategii destruktywnej. Zakłada ona usuwanie zachowań patologicznych poprzez zastosowanie działań represyjnych, jak na przykład nakładanie mandatów karnych, sporządzanie wniosków o ukaranie w przypadku popełnienia wykroczeń, czy też izolowanie sprawców przestępstw. Realizacja działań profilaktycznych może mieć jednak na celu pobudzenie do działania i odpowiedniego myślenia, inspirowanie pojawiania się pożądaných zachowań, umożliwi to bowiem eliminację negatywnych zjawisk społecznych. Podejmowanie działań wypierających zjawiska niepożądane wiąże się z realizacją strategii kreatywnej².

Trudno jednoznacznie stwierdzić, która z powyższych strategii jest skuteczniejsza. Podkreślić jednak należy, iż w praktyce występuje absolutna konieczność stosowania ich wymiennie. Strategia kreatywna bazuje na wieloletnim, systematycznym prowadzeniu działań profilaktycznych, zakłada działanie konstruktywne oparte na bodźcach pozy-

1 J. Fiebig, W. Pływaczewski, A. Tyburska, *Prewencja kryminalna. Policyjne strategie działań zapobiegawczych*, Szczytno 2003, s. 5.

2 J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, *Kryminologia*, Gdańsk 1999, s. 469. Cf. J. Czapska, *Zapobieganie przestępczości w społecznościach lokalnych – możliwości i granice*, [w:] *Zapobieganie przestępczości w społecznościach lokalnych*, red. J. Czapska, W. Krupiarz, Warszawa 1999, s. 55–73.

tywnych, chroniących podstawowe wartości wyznawane przez społeczeństwo. Jej celem jest m. in. zmniejszenie liczby popełnianych przestępstw i wykroczeń, przyczynienie się do wzrostu poczucia bezpieczeństwa wśród obywateli oraz zwiększenie zaufania do Policji, przede wszystkim w odczuciu samych obywateli, podniesienie świadomości społeczeństwa o występujących zagrożeniach i sposobach ich unikania oraz sposobie postępowania w przypadku zostania ofiarą czynu zabronionego, zapobieganie demoralizacji i przestępczości nieletnich, czy też tworzenie trwałych struktur współpracy pomiędzy Policją i instytucjami publicznymi, szkołami, palcówkami opiekuńczo-wychowawczymi. Jednakże w życiu społecznym należy zawsze liczyć się z występowaniem zjawisk wymagających natychmiastowej reakcji. W wielu sytuacjach niemożliwe okazuje się zastosowanie działań o charakterze kreatywnym, gdyż wiązałoby się to z długim okresem oczekiwania na pożądane efekty. Dlatego też strategia destruktywna – pozwalająca na szybkie uzyskanie zamierzonych rezultatów – jest koniecznym uzupełnieniem strategii kreatywnej. Niemniej stosowanie strategii destruktywnej w dłuższym przedziale czasu może doprowadzić jedynie do wytlumienia niektórych negatywnych zjawisk społecznych, ale nie daje pełnej gwarancji likwidacji ich przyczyn. Prawdopodobne też, że powoduje zanikiem poparcia społecznego dla prowadzonych działań. Zapobieganie oparte na represji niesie ze sobą ryzyko eskalacji kontroli i rozbudowy instytucji kontrolnych, co w konsekwencji może negatywnie wpływać na inicjatywę i aktywność społeczną³. Dlatego strategia destruktywna powinna być wykorzystywana, jak zostało już wyżej podkreślone, tylko jako uzupełnienie strategii kreatywnej.

Ostatnie czterdzieści lat to era zapobiegania przestępczości w społecznościach lokalnych. Położenie nacisku na prewencję w kontaktach Policji ze społeczeństwem powiązane jest z rozczarowaniem rezultatami pracy policyjnej nastawionej tylko i wyłącznie na represję, gdzie Policja jest całkowicie wyobcowana ze społeczeństwa, a w konsekwencji z rozwojem filozofii Policji skierowanej na potrzeby społeczności lokalnych – *community policing*⁴. Aby w pełni zrozumieć założenia tej idei, należy rozpocząć od poznania jej genezy.

Filozofia *community policing* rozwinęła się najpierw w Stanach Zjednoczonych. W latach sześćdziesiątych Policja amerykańska stała się przedmiotem oskarżeń i ataków. Znaczny spadek zaufania do Policji związany był z serią narodowych kryzysów, brutalnym zachowaniem policjantów podczas zamieszek, a w konsekwencji krytyką Policji przez ruchy działające w obronie praw obywatelskich, czy też radykalne ruchy młodzieżowe. Policji zarzucano, że jest nieskuteczna i nie dysponuje już środkami, które pozwoliłyby jej prawidłowo wykonywać swoje zadania. Zatem, aby poprawić skuteczność działania i wizerunek, należało zmienić nie tylko organizację wewnętrzną, ale też sposób

3 J. Fiebig, W. Pływaczewski, A. Tyburska, *op. cit.*, s. 64.

4 J. Czapska, J. Wójcikiewicz, *Policja w społeczeństwie obywatelskim*, Kraków 1999, s. 236.

realizacji zadań. Oznaczało to przede wszystkim bliższe powiązanie ze społecznościami lokalnymi. Takie zmiany rozpoczęto już w latach siedemdziesiątych ubiegłego stulecia⁵.

Wówczas to w Newark pod auspicjami Fundacji Policyjnej i pod kierunkiem złożonego z fachowców zespołu, przeprowadzono eksperyment w celu zbadania funkcjonowania pieszych patroli policyjnych⁶. Były one wówczas postrzegane przez obywateli i polityków jako bardzo pożyteczne. Jednak sami policjanci twierdzili, że jest to marnowanie pieniędzy, które powinny zostać przeznaczone na patrole zmotoryzowane. W trakcie trwania eksperymentu policjanci „wtapiali się” w życie społeczności, której byli dobrze znani i którą sami także doskonale znali. Pozostawali na bieżąco z problemami dzielnicy, świetnie orientowali się, na jakie miejsca i osoby należy zwracać szczególną uwagę, mieli własny system pozyskiwania informacji (ich informatorami zostawali właściciele kamienic, sklepikarze itp.). Policjanci wszystkich znali i dawali się wszystkim poznać. Patrole piesze nie zredukowały co prawda liczby poważnych przestępstw, ale dały ludziom poczucie bezpieczeństwa i przekonanie, że przestępczość zmalała. Spowodowało to także ograniczenie tendencji do obrony przed przestępcami na własną rękę. Policjanci pracujący w patrolach pieszych znajdowali się w bliższym kontakcie z obywatelami, co niewątpliwie wpłynęło pozytywnie na ich wizerunek⁷.

Wyniki eksperymentu z patrolami pieszymi z Newark opublikowano w 1981 roku. Na ich podstawie, a także na podstawie własnych badań, George Kelling i James Wilson, opublikowali artykuł⁸, w którym podkreślali znaczenie działań policyjnych skierowanych przeciw naruszaniu ładu i porządku. Tekst ten stał się powszechnie znany pod tytułem: *Wybite szyby*. Autorzy za pomocą idei „wybitych szyb” opisywali związek pomiędzy naruszaniem ładu a przestępczością:

Jeżeli przez dłuższy czas nikt nie wprawi wybitej szyby w oknie, wkrótce w budynku wybite zostaną także wszystkie pozostałe szyby. Jeżeli bowiem nikt nie zadbał o wstawienie jednej szyby, to znaczy, że nikogo stan budynku nie interesuje i że można bez obaw o konsekwencje niszczyć go dalej.⁹

Autorzy posłużyli się konkretnym przykładem: stabilna dzielnica, której mieszkańcy dbali zawsze o domy, pilnowali nie tylko dzieci swoich, ale i sąsiadów, zwracali uwagę na obcych, może się w niedługim okresie czasu – kilku miesięcy czy lat – zmienić w miej-

5 J. Czapska, J. Wójcikiewicz, *op. cit.*, s. 132.

6 Szczegółowe omówienie programu i opis badań opublikowano w *The Newark Foot Patrol Experiment* (Washington, D.C.: Police Foundation, 1981).

7 G. L. Kelling, C. M. Coles, *Wybite szyby. Jak zwalczyć przestępczość i przywrócić ład w najbliższym otoczeniu*, Poznań 2000, s. 29–31.

8 Artykuł został opublikowany w piśmie „The Atlantic” (1982, s. 29–38), tytuł oryginału: *The Police and Neighborhood Safety*.

9 G. L. Kelling, J. Wilson, *op. cit.*, s. 31.

sce niebezpieczne albo wręcz groźne. Można wywnioskować, że występujące w danej okolicy zjawiska naruszania ładu i porządku są dla obywateli znakiem, że rejon nie jest bezpieczny. Zaczną więc oni tych miejsc unikać. Kiedy zatem nie będzie w danym rejonie ludzi, zniszczeniu ulegnie mechanizm nadzoru jednych nad drugimi, co w końcu doprowadzi do zupełnego rozkładu systemu kontroli społecznej. W rezultacie w dzielnicy, gdzie przestały normalnie funkcjonować stosunki społeczne, rozwinie się przestępczość¹⁰. Wilson i Kelling tak ukazywali teorię „wybitych szyb”:

na obszarach, gdzie w niekontrolowany sposób wybują zjawiska związane z naruszaniem ładu i porządku, rozkwita groźna przestępczość. Nie ukarany agresywny żebrak staje się więc pierwszą „wybitą szybą”. Bandyci i złodzieje, zarówno ci z przypadku, jak i zawodowcy, wiedzą, że mają lepsze pole działania w okolicy, gdzie potencjalne ofiary zostały już wcześniej zastraszone i przytłoczone przez niepokohowany rozwój przestępczości. Jeżeli bowiem nie udało im się zakazać żebrakowi nagabywania przechodniów, na pewno nie zadzwonią też na Policję, by złapała włamywacza czy przeszkodziła bandycie w dokonaniu napadu.¹¹

Analizując związek pomiędzy naruszaniem ładu i porządku a strachem obywateli, Wilson i Kelling opierali się na wynikach wspomnianego eksperymentu z patrolami pieszymi, badaniach przeprowadzonych w innych miastach (między innymi w Bostonie), a także na rezultatach wcześniejszych. Bez wątpienia ich artykuł stał się wyrazem dotąd skrywanego, a zarazem coraz silniejszego pragnienia społeczeństwa, aby władze wreszcie uporały się z problemem naruszania ładu i porządku w miejscach publicznych. Lektura artykułu uświadomiła również wielu policjantom, jak ważny jest to dla obywateli problem¹².

W latach osiemdziesiątych XX wieku idea *community policing* opanowała niemal cały świat. Był to okres znacznego wzrostu przestępczości w wielu krajach. Coraz bardziej widoczne stawało się, że tradycyjne działania Policji ani nie redukują niebezpieczeństwa, ani nie umniejszają obaw potencjalnych ofiar przestępstw. Zaczęto więc poszukiwać nowych rozwiązań opartych się na pierwszych doświadczeniach ze Stanów Zjednoczonych. Główna idea głosiła: „Policja i społeczności lokalne muszą wspólnie zapobiegać przestępczości”. Powstała zatem nowa filozofia wypełniania zadań przez Policję, której fundamentem była intensywniejsza kooperacja między Policją i społecznościami lokalnymi rozpowszechniona na całym świecie jako *community policing*¹³.

10 G. L. Kelling, C. M. Coles, *op. cit.*, s. 32–33.

11 *Eadem*, J. Wilson, *op. cit.*, s. 34.

12 *Eadem*, C. M. Coles, *op. cit.*, s. 33–34.

13 J. Czapska, J. Wójcikiewicz, *op. cit.*, s. 136; *vid.* także: T. L. Krawczyk, *Koncepcja community policing i teoria wybitych szyb. Różnice, podobieństwa, wnioski dla polityki kryminalnej* [w:]

Mając na uwadze powyższe, ideę *community policing* określić należy jako filozofię sprawowania funkcji policyjnych, polegającą na bliskiej współpracy tej formacji (a właściwie określonych jej funkcjonariuszy) z członkami społeczności lokalnej¹⁴. Celem wynikających z niej jest osiągnięcie skuteczniejszej kontroli nad przestępczością, zmniejszenie poczucia zagrożenia nią, poprawa jakości życia, usprawnienie pracy Policji i podniesienie jej autorytetu przez proaktywne wykorzystywanie środków społecznych dla zmiany warunków stanowiących podłoże działań przestępnych. Ponadto do założeń zaliczyć można zwiększenie rzetelności i odpowiedzialności w pracy Policji oraz większy udział obywateli w podejmowaniu decyzji i zapobieganiu przestępczości, a także zwiększenie troski o zapewnienie i przestrzeganie praw i swobód obywatelskich¹⁵. Podkreślenia wymaga fakt, iż ponieważ idea *community policing* zrodziła się w Stanach Zjednoczonych, w wielu swych przejawach odpowiada wciąż jednak amerykańskim wzorcom i realiom. Mimo to, opiera się na pewnych uniwersalnych zasadach dotyczących roli autorytetu Policji w społeczeństwie oraz na organizacyjnych reformach. Wspiera oczywiste dla wszystkich zadania tej formacji, większą jej odpowiedzialność przed społecznościami lokalnymi oraz powoduje większe zainteresowanie społeczeństwa jej pracą. W związku z powyższym znalazła swych zwolenników i propagatorów na całym świecie. Istnieje jednak problem z identyfikacją idei *community policing* spowodowany faktem, iż jej założenia mogą być realizowane bez wyraźnego odwoływania się do niej¹⁶. Jest to spowodowane oczywistym brakiem enumeratywnego katalogu działań, jakie można by jej przypisać. Istnieje zatem duże prawdopodobieństwo aktywności zgodnej z jej założeniami, ale w nieświadomości, iż wypełnia się jej cele.

Na podstawie wieloletnich badań i analiz można wymienić następujące cechy konstytutywne *community policing*¹⁷:

- konsultacje polegające na prowadzeniu systematycznych badań dotyczących oczekiwań i potrzeb mieszkańców w zakresie poprawy bezpieczeństwa oraz powiązanych z tym oczekiwań wobec Policji,
- adaptacja, polegająca na zmianie dowodzenia w taki sposób, aby w najmniejszych, lokalnych jednostkach Policji istniała możliwość podejmowania decyzji

Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej, red. T. Dukiet-Nagórska, Bielsko-Biała 2006, s. 345–354 – autor w oryginalny sposób porównuje koncepcję *community policing* z teorią wybitych szych, uznając tę pierwszą za optyującą za niewładczymi metodami oddziaływania, natomiast tę drugą jako kojarzoną głównie z działaniami siłowymi.

14 *Ibidem*, s. 129.

15 B. Hołyst, *Kontrola społeczna przestępczości. Community policing*, [w:] *Policja w społeczeństwie okresu przejściowego. Studia i materiały*, red. M. Roga, Szczytno 1995, s. 112.

16 J. Czapska, J. Wójcikiewicz, *op. cit.*, s. 138.

17 *Ibidem*, s. 138–139.

- o przesuwaniu sił i środków w celu zaspokojenia specyficznych potrzeb danych społeczności lokalnych czy też większych rejonów,
- mobilizacja, czyli aktywne uczestnictwo ludzi i instytucji publicznych i prywatnych spoza Policji w rozwiązywaniu problemów związanych z prewencją kryminalną i zapewnieniem bezpieczeństwa,
 - rozwiązywanie problemów, to jest eliminowanie wszelkich czynników, które wywołują przestępczość i strach obywateli, a w rezultacie prewencja na lokalnym poziomie skupiająca uwagę na genezie powstawania przestępstw (prewencja społeczna).
 - Niektórzy autorzy¹⁸ wskazują natomiast nie na cechy, lecz strategie, za pomocą których realizuje się ideę *community policing*. I tak wymieniane są:
 - strategia kontaktu z obywatelem – polegająca w głównej mierze na tym, iż policjant powinien pamiętać, że jest dla obywatela i ma zawsze, kiedy jest to konieczne, służyć mu pomocą; istotna jest tu również personalizacja, która oznacza inicjatywę policjanta działającego w konkretnej społeczności lokalnej, aby jak najlepiej poznać jej mieszkańców, a także, aby samemu być wśród nich rozpoznawalnym,
 - strategia konsultacji ze społecznościami lokalnymi – Policja organizuje regularne spotkania z lokalną wspólnotą, na których omawiane są problemy dotyczące przestępczości i zagrożeń występujących lub mogących wystąpić w danym regionie, a także oczekiwania ludzi wobec funkcjonariuszy; strategia ta pomaga budować partnerskie stosunki pomiędzy Policją a lokalną społecznością, gdyż ukazuje, że służby bezpieczeństwa są po to, by pomagać ludziom,
 - strategia aktywizacji społeczności – Policja pokazuje wspólnocie lokalnej formy współpracy i jednocześnie do niej zachęca, dzięki czemu obywatele pomagają w kontrolowaniu bezpieczeństwa np. poprzez dostarczanie informacji dotyczących naruszeń prawa,
 - strategia szerokiego podejścia do rozwiązywanych problemów – polegająca na wyeliminowaniu przyczyn występowania przestępstw czy wykroczeń, gdzie najważniejsze nie jest ustalenie sprawcy, lecz wdrożenie działań zapobiegawczych, takich jak np. edukacja, tak by uniknąć zagrożeń w przyszłości.

Bez wątplenia można przyznać, iż filozofia wypełniania przez Policję swojej funkcji poprzez położenie nacisku na współpracę ze społecznościami lokalnymi ma szerokie zastosowanie również w Polsce. Głównym tego przejawem jest istnienie stanowiska dzielnicowego, o czym będzie mowa później.

18 M. Sokołowski, *Community policing – nowa filozofia działania policji*, [w:] *Policje Unii Europejskiej*, red. A. Misiuk, A. Letkiewicz, M. Sokołowski, Warszawa 2011, s. 176–177; B. Hołyst, *Kryminalistyka*, Warszawa 2010, s. 1252.

Faktyczny rozwój *community policing* w Polsce rozpoczął się głównie z uwagi na znaczny wzrost przestępczości. Już na początku prac nad adaptacją założeń *community policing* do polskich warunków, oczywistym było, że nie jest możliwe dosłowne przeniesienie obcych rozwiązań na rodzimy grunt. Uzasadniano to różnicami w stanie prawnym, a także uwarunkowaniami historycznymi i kulturowymi¹⁹, co należy uznać za argumentację bardzo trafną. Od 1990 do 2007 roku przestępczość zarówno kryminalna, jak i gospodarcza w Polsce zaczęła gwałtownie rosnąć w wyniku transformacji ustrojowej i gospodarczej. Niemożliwym jest jednoznaczne stwierdzenie, które dokładnie zmiany i w jakim stopniu przyczyniły się do wzrostu liczby przestępstw. Wskazać można jednak na trzy zasadnicze czynniki mające bezpośredni wpływ na eskalację popełniania przestępstw²⁰:

- zmniejszenie tak zwanej „ciemnej liczby przestępstw”, dzięki czemu nastąpiła zmiana zasad podejmowania decyzji o ściganiu na etapie wszczęcia bądź odmowy wszczęcia ścigania karnego,
- zmiana zasad statystycznej rejestracji przestępstw stwierdzonych i obejmowanie jednym postępowaniem wielu przestępstw,
- wzrost liczby zawiadomień o możliwości popełnienia przestępstwa pochodzących bezpośrednio od obywateli, co wynikało ze zmian postaw społecznych i większego zaufania do organów ścigania oraz przełomowej zmiany w strukturze własności.

W okresie od 1989 do 1990 roku nastąpił lawinowy wręcz wzrost liczby przestępstw. W kolejnych latach wskaźnik przestępczości stale wzrastał. Dla porównania, w latach 1990–2001 średnia liczba przestępstw była ponad dwukrotnie większa niż w latach osiemdziesiątych i ponad trzykrotnie większa niż liczba przestępstw popełnionych w latach siedemdziesiątych²¹. Warto podkreślić, iż już pod koniec lat dziewięćdziesiątych ubiegłego stulecia zauważono znaczny wzrost wskaźnika zjawisk przestępnych w miastach, a zwłaszcza w kilku największych aglomeracjach Polski (głównie Wrocławiu, Trójmieście i Katowicach)²². Notowano tu najwięcej zabójstw, rozbojów, wymuszeń rozbójniczych, kradzieży oraz kradzieży z włamaniami, a także przestępstw o charakterze

19 A. P. Przemyski, *Community policing po polsku* [w:] *Zapobieganie przestępczości w społecznościach lokalnych*, red. J. Czapska, W. Krupiarz, Warszawa 1999, s. 165.

20 J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, *op. cit.*, s. 207.

21 A. Siemaszko, *Atlas przestępczości w Polsce*, Warszawa 2003, cz. 3, s. 13. *Vid.* także: J. Błachut, J. Widacki, *Przestępczość w Polsce w latach 1990–1996 w świetle statystyki policyjnej* [w:] *Bezpieczny obywatel-bezpieczne państwo*, red. J. Widacki, J. Czapska, Lublin 1998, s. 15–22.

B. Gruszczyńska, *Przestępczość w Polsce w okresie transformacji w świetle badań statystycznych* [w:] *Bezpieczny obywatel-bezpieczne państwo*, red. J. Widacki, J. Czapska, Lublin 1998, s. 23–32.

22 *Vid.* K. Sławik, *Rozmiary i dynamika współczesnej przestępczości w Polsce*, [w:] „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego – Roczniki Prawnicze”, 1999, nr 10.

gospodarczym²³. Porównując ten stan z rokiem 1990, obliczono, iż liczba przestępstw popełnianych na terenie miast zwiększyła się prawie o połowę, a podobny wzrost dotyczył także obszarów wiejskich²⁴. W sytuacji, gdy dane statystyczne nie napawały optymizmem, pojawiła się konieczność wprowadzenia innowacyjnych metod do działania Policji. Miały one pozwolić nie tylko zwalczać, ale również zapobiegać coraz to innym, bardziej rozbudowanym i skomplikowanym zjawiskom przestępnym. Zauważono bowiem, że sama strategia destruktywna nie wystarczy, aby przywrócić w społeczeństwie ład i poczucie bezpieczeństwa. Skupiono się zatem również na technikach strategii kreatywnej, co oznaczało zwrócenie się w stronę *community policing*. Działanie Policji we współpracy ze społeczeństwem stało się priorytetem w kształtowaniu poczucia bezpieczeństwa. Zdano sobie sprawę, że zagrożenie indywidualne budzi uzasadniony niepokój i strach oraz determinuje negatywne zachowania człowieka, w związku z czym należy zadbać o harmonijny rozwój społeczny poprzez działalność edukacyjną i prewencyjną, pomocniczą i opiekuńczą, dialog i kształtowanie więzi społecznych wspierających działania na rzecz bezpieczeństwa. Rzeczywistość wymusiła zorganizowanie działań kreujących odpowiednie postawy obywatelskie, by w demokratycznym państwie prawnym każdy przekonany był o istnieniu sprawiedliwości społecznej i społeczeństwa obywatelskiego²⁵. Już od kilku lat Komenda Główna Policji koordynuje wprowadzanie programów prewencyjnych realizowanych przy udziale terenowych jednostek Policji. Programy te podzielono na pięć kategorii: ochrona osób i mienia, bezpieczeństwo w ruchu drogowym, patologie, ofiary przestępstw i bezpieczeństwo ogólne. W ramach tej tematyki wyodrębnione zostały następujące programy: informacyjne, edukacyjne, alternatywne i interwencyjne²⁶.

Przedstawiono już ideę *community policing* w Polsce od strony teoretycznej. W tym miejscu należy odnieść się do konkretnych działań, które w ramach tej filozofii zostały

23 K. Buchała, *Prawo karne a nowe formy i techniki przestępczości* [w:] *Prawo karne i proces karny wobec nowych form i technik przestępczości*, red. H. J. Hirsch, P. Hofmański, E. W. Pływaczewski, C. Roxin, Białystok 1997; H. Kolečki, *Kryminalistyczna problematyka współczesnej przestępczości ekonomiczno-finansowej*, Poznań 1992; S. Hoc, *Prawo gospodarcze. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 1999.

24 K. Bronowska, *Współczesna przestępczość a profilaktyczna i taktyczna działalność policji oraz jej wpływ na poczucie bezpieczeństwa obywateli* [w:] *Prawo. Kryminalistyka. Policja. Księga pamiątkowa ofiarowana prof. Bronisławowi Młodziejowskiemu*, red. J. Kasprzak, J. Bryk, Szczepa 2008, s. 84–85.

25 *Vid. Koordynacja działań lokalnych na rzecz bezpieczeństwa*, red. J. Czapska, Kraków 2014 – w przywołanej pracy zbiorowej szczegółowo omówiono, zarówno od strony teoretycznej, jak i przeprowadzonych badań, lokalne działania na rzecz bezpieczeństwa, ze szczególnym naciskiem położonym na ocenę prawnej regulacji oraz funkcjonowania powiatowych komisji bezpieczeństwa i porządku, jak i powiatowych programów zapobiegania przestępczości oraz ochrony bezpieczeństwa obywateli i porządku publicznego, przygotowywanych przez te komisje.

26 *Ibidem*, s. 92.

podjęte na terenie kraju²⁷. Bez wątplenia stwierdzić należy, iż w Polsce – w porównaniu do państw zachodnich – idea *community policing* w swym praktycznym wymiarze wciąż jeszcze znajduje się w początkowym stadium rozwoju, niemniej można już wskazać liczne przykłady jej faktycznego występowania. W Olsztynie od lat ścisłą współpracę z Policją nawiązali taksówkarze i kierowcy z Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacji (program TAXI-OKO). W województwie podlaskim w gminie Grajewo zorganizowano akcję wspólnych odwiedzin listonosza i dzielnicowego u mieszkańców. Dało to możliwość zarówno zwiększenia bezpieczeństwa doręczyciela, jak i wykorzystanie jego wiedzy w celu dotarcia do osób, które mogą potrzebować pomocy, a także poznanie lokalnych problemów z punktu widzenia samych mieszkańców. Kolejny przykład stanowią akcje organizowane w Białymstoku, podczas których policjanci wraz ze studentami (między innymi z resocjalizacji) odwiedzali miejsca przebywania bezdomnych. Następnie udzielali takim osobom pomocy poprzez dystrybucję posiłków czy informowanie o możliwości uzyskania darmowego noclegu oraz odzieży. Dzięki tym akcjom wielu bezdomnych trafiło do noclegowni.

Wciąż wiele jest do zrobienia w kwestii wcielania w życie idei tak zwanej straży obywatelskiej – czyli grup sąsiedzkiej czujności (*neighbourhood watch*), przekazujących Policji informacje o sytuacjach mogących wymagać interwencji. W 2002 roku w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych i Administracji wydano opracowanie²⁸ dotyczące straży obywatelskich, w którym przedstawiono zasady ich tworzenia. Jednak żadne akty prawne w randze ustawy rozszerzające ich kompetencje poza zwykłe prawa obywateli nie zostały do tej pory uchwalone. W przedmiotowym ministerialnym opracowaniu tak określono przesłanki powstania grup społecznej samoobrony:

Polski system prawny umożliwia społecznościom lokalnym tworzenie różnych grup samoobrony, które mogą działać wyłącznie profilaktycznie i powstrzymywać się od interwencji, w krytycznych momentach wzywając Policję albo inne uprawnione organy, mogą też interweniować w sytuacji bezpośredniego zagrożenia. Społeczna samoobrona może być w różnym stopniu powiązana z działaniami Policji i lokalnymi władzami. Obywatele mogą tworzyć organizacje samoobrony funkcjonujące w ścisłej współpracy z Policją i władzami lokalnymi lub niezależnie od nich. Dobrze zorganizowane i działające zgodnie z prawem organizacje samoobrony mogą stanowić w niektórych społecznościach wskazany i mogący odegrać pozytywną rolę

27 Przykłady zaczerpnięte z artykułu opublikowanego on-line: B. Wieczorek, M. Płachiński (współpraca), *Policja i obywatele – osobno czy razem?*, [w:] „Nowy Obywatel. Pismo na rzecz sprawiedliwości społecznej”, 2009.

28 Opracowanie: *Stráže obywatelskie*, <https://www.msw.gov.pl/ftp/pdf/straze_obywatelskie.pdf>. Cf. także: A. Siemienczyk, *Program „Sąsiedzka czujność” jako forma aktywizacji społeczności lokalnej na rzecz bezpieczeństwa* [w:] *Zapobieganie przestępczości w społecznościach lokalnych*, red. J. Czapka, W. Krupiarz, Warszawa 1999, s. 136–138.

element w systemie bezpieczeństwa obywateli na poziomie lokalnym. Jednakże główną przesłanką powołania straży obywatelskiej w danej społeczności lokalnej musi być wola samych mieszkańców, którzy będą stanowili członków tej straży.

Natomiast w kwestii formy prawnej działalności takiej grupy, w przedmiotowym opracowaniu ministerialnym wskazano następujące możliwości:

– działalność nieformalna – grupy, które ograniczają się tylko do kontroli najbliższego otoczenia (na przykład grupy mieszkańców bloku pilnujących swoich samochodów na parkingu),

działalność zinstytucjonalizowana – straż obywatelskie zorganizowane w formie stowarzyszenia bądź powołane na podstawie uchwały rady gminy (rady miasta); mogą otrzymywać wsparcie organizacyjne i finansowe ze strony instytucji publicznych, Policji oraz władz lokalnych.

Niezbędne dla funkcjonowania zinstytucjonalizowanej straży obywatelskiej jest określenie zasad współpracy pomiędzy strażą obywatelską a lokalną Policją, a także strażą gminną (miejską). Współpraca taka może dotyczyć: szkoleń, zasad pełnienia łączonych patroli, zasad i sposobów kontaktowania się z dzielnicowymi, przekazywania informacji i spostrzeżeń o zaistniałych wydarzeniach i nieprawidłowościach, ustalenia bezpośredniej łączności patrolu obywatelskiego z załogą interwencyjną najbliższego komisariatu Policji czy komórki straży gminnej (miejskiej), udostępniania i zapoznawania z materiałami dotyczącymi zapobiegania

Przestępczości i tym podobne. Pomoc Policji w szkoleniu członków straży obywatelskich powinna w szczególności dotyczyć uprawnień, zasad i form działania straży – w zakresie niepowodującym dodatkowych nakładów finansowych. W przypadku powołania straży obywatelskiej na podstawie uchwały rady gminy przygotowanie członków straży do podjęcia działań powinno być realizowane w porozumieniu organów lokalnej administracji samorządowej z właściwą terenowo jednostką Policji.

W ministerialnym opracowaniu wskazano również na rodzaje działań straży obywatelskich, mających na celu poprawę bezpieczeństwa na swoim terenie. Są to między innymi:

- pilnowanie miejsc, obiektów, mienia, na przykład samochodów na parkingu,
- obserwacja miejsca zdarzenia oraz sposobu działania i zachowania się sprawców, a także zapamiętania ich wyglądu (ubiór, rysopis) oraz cech pojazdu, którym się poruszają (numery rejestracyjne, marka, kolor),
- informowanie dostępnymi środkami łączności o zaistniałych przestępstwach lub próbach ich dokonania, propagowanie w społeczności lokalnej bezpiecznych zachowań, udzielanie porad, przekazywanie informacji o zagrożeniach

- i metodach przeciwstawiania się przestępczości, kolportowaniu materiałów informacyjnych i ulotek dotyczących bezpieczeństwa,
- patrole obywatelskie,
 - informowanie właściwych służb, organów, administracji osiedli o koniecznych przedsięwzięciach i interwencjach oraz zaistniałych nieprawidłowościach, na przykład o konieczności budowy progów zwalniających na terenach osiedli mieszkaniowych, apelowanie o zamknięcie uciążliwych dla mieszkańców punktów sprzedaży alkoholu, o konieczności naprawy oświetlenia osiedlowego czy zakładania nowych punktów świetlnych w miejscach najbardziej niebezpiecznych, konieczności naprawy zdewastowanych urządzeń osiedlowych, informowanie o wysypywanych nielegalnie śmieciach, wskazywanie miejsc pobytu i działalności chuliganów, narkomanów, band młodocianych przestępców,
 - inicjowanie i organizowanie akcji dotyczących bezpieczeństwa na przykład w zakresie pomocy sąsiedzkiej,
 - sporządzanie notatek (protokołów) o wszelkich zajściach zaobserwowanych podczas patrolu.

Przykładem istniejącej i aktywnie działającej straży obywatelskiej jest Straż Obywatelska na osiedlu Huby (Wrocław)²⁹, założona w 2002 r. przez Komisję Bezpieczeństwa i Porządku działającą przy Radzie Osiedlowej Huby. Po podjęciu uchwały o jej utworzeniu wytypowano grupę najaktywniejszych obywateli zamieszkujących osiedle, którzy utworzyliby taką Straż Obywatelską. Podczas przeprowadzanych rozmów ustalono, że mają to być ochotnicy, a za swoją działalność nie będą wynagradzani środkami finansowymi ani w żaden inny sposób. Jednocześnie uzgodniono z Komisariatem Policji Wrocław Krzyki, że policjanci z komisariatu dokonają przeszkolenia ochotników oraz że Policja obejmie ich stałą opieką. Po dokonaniu wstępnej selekcji wytypowano kilkunastu ochotników. Pierwsze spotkanie i patrol powołanej Straży Obywatelskiej odbyły się przy licznej asyście wrocławskich mediów: telewizji regionalnej, radia wrocławskiego oraz miejscowej prasy. Innym ciekawym przykładem organizacji straży obywatelskiej jest formacja działająca w czterdziestotysięcznym Kraśniku³⁰. Jest to miasto na Lubelszczyźnie, gdzie około dwadzieścia tysięcy osób mieszka w osobnym blokowisku (Kraśniku Fabrycznym). Kraśnik wydaje z własnego budżetu ponad milion złotych rocznie na Straż Miejską, dodatkowe patrole Policji i monitoring ulic. Straż obywatelska w tym mieście liczy kilka osób. Przyjęto tu zasadę, że wolontariusze ze straży obywatelskiej, jeśli się sprawdzą, mogą liczyć w przyszłości na etat w Straży Miejskiej. Z tego względu

29 <https://hubyseopl.home.pl/07_bezpieczenstwo/73_s_obywatelska.htm#OSTRAŻ_OBYWATELSKA_NA_HUBACH_-ARTYKUŁY_>

30 M. Borowski, *Straże w innych miastach*, 2009, < <http://huby.seo.pl/index.php/stranik-osiedlowy/26-straz-obywatelska-/1388-strae-w-innych-miastach> >.

dobierano głównie ludzi młodych. Dla członków straży zaplanowano ponad 500 godzin szkoleń zawodowych, których koszt poniosło miasto. Poza wolontariuszami ulice patrolują bezrobotni. Ich zadaniem jest informować władze miasta o zalegających na ulicach śmieciach, uszkodzeniach dróg czy chodników. Kolejnym przykładem zasługującym na umieszczenie w niniejszym opracowaniu jest inicjatywa osób niepełnosprawnych z toruńskiego stowarzyszenia „Motywacja”³¹. Na osiedlach Młodzieżowej Spółdzielni Mieszkaniowej, Kopernik i Zieleniec niepełnosprawni za pośrednictwem Internetu, w ramach ustalonych czterogodzinnych dyżurów obserwują obraz z kilku kamer. Gdy coś się dzieje, informują Policję, straż miejską, straż pożarną lub pogotowie. W zamian za dyżury otrzymują od spółdzielni bezpłatną telewizję kablową i Internet. Spółdzielnia mieszkaniowa zapewniła im też obsługę prawną i lokal. Natomiast w 2008 roku w Tychach rozpoczęto akcję pod hasłem: „Strzeżonego sąsiad strzeże”³², którą zorganizowali Urząd Miasta Tychy, Komenda Miejska Policji, Straż Miejska oraz Rady Osiedli. Przyczyną jej zainicjowania była plaga kradzieży i włamań głównie w okresie urlopowym. Z kolei w Olsztynie mieszkańcy jednego z osiedli na peryferiach miasta z inicjatywy osiedlowego samorządu zostali przeszkoleni przez Policję w kwestii przeciwdziałania przestępczości. Bez wątpienia tego typu akcje pozwalają obywatelom uświadomić sobie, jak istotne może być nawet najbardziej błahе działanie, na przykład zabieranie ulotek spod drzwi sąsiada, który jest na wyjeździe, aby nie dawać sygnału złodziejom, że mieszkanie jest puste.

Jednym z istotniejszych, jeśli nie najważniejszym przejawem wypełniania założeń idei *community policing* w Polsce, jest istnienie funkcji dzielnicowego. Służbę dzielnicowego reguluje Zarządzenie³³ nr 528 Komendanta Głównego Policji z dnia 6 czerwca 2007 r. w sprawie metod i form wykonywania zadań przez dzielnicowego i kierownika rewiru dzielnicowych. Wymagania kwalifikacyjne dla dzielnicowego określono w Rozporządzeniu³⁴ Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 19 czerwca 2007 roku w sprawie wymagań w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i stażu służby, jakim powinni odpowiadać policjanci na stanowiskach komendantów Policji i innych stanowiskach służbowych oraz warunków ich mianowania na wyższe stanowiska służbowe. Aby być mianowanym na stanowisko dzielnicowego, policjant musi spełniać następujące kryteria:

- wykształcenie minimalnie średnie,
- ukończone szkolenie podstawowe,
- minimalnie 3 lata służby w Policji.

31 *Ibidem, vid.* „Gazeta Pomorska” z 11. 10. 2005.

32 B. Wiczorek, M. Płachiński, *op. cit.*

33 Dziennik Urzędowy Komendy Głównej Policji z dnia 20 czerwca 2007, nr 12; (tekst jednolity: Dz. Urz. KGP z 2013 r., poz. 38).

34 Dz. U. 2007, nr 123, poz. 857.

Z uwagi na fakt, że podstawą skuteczności wszelkich działań Policji jest wiarygodna informacja, głównym zadaniem dzielnicowego powinno być możliwie szybkie i gruntowne poznanie rejonu służbowego, a co za tym idzie, zdobywanie wartościowych informacji o życiu i działalności ludzi zamieszkujących dany teren. Policjanta powinny szczególnie interesować wiadomości o przestępstwach, przestępcach i czynnikach powodujących popełnianie przestępstw³⁵. Dzielnicowi powinni reagować na wszelkie przejawy braku porządku oraz próby zakłócenia spokoju i porządku publicznego. Reakcja ta jest bowiem podstawą uniemożliwienia tworzenia się struktur przestępczych. Aktywność dzielnicowych związana jest z³⁶:

- dobrowolnością w podejmowaniu zadań, gwarantującą pozytywne nastawienie do służby,
- realizacją zadań w określonych, stałych rejonach służbowych (między innymi stała służba patrolowa – patrole piesze),
- utrzymaniem stałych kontaktów z mieszkańcami oraz instytucjami, mającymi swoje siedziby w rejonie działania,
- pełnieniem służby w stałych rejonach o różnych porach, zapewniającym stałą obecność i dostępność policjantów,
- przyjmowaniem zgłoszeń o prostych zdarzeniach i właściwą na nie reakcją,
- dbaniem o odpowiednie przyjęcie i „obsłużenie” obywatela-interesanta jednostki Policji, a także eliminowanie skutków wiktymizacji.

Przedstawione wyżej rodzaje działalności dzielnicowych stanowią podstawę nawiązywania kontaktów oraz współpracy Policji z przedstawicielami władzy samorządowej oraz społeczności lokalnych. Celem jest tu osiągnięcie partnerskiego podejścia do rozpoznawania i rozwiązywania lokalnych problemów związanych z porządkiem i bezpieczeństwem publicznym. Polega to między innymi na tym, że Policja informuje partnerów o aktualnych problemach, ale sama również jest informowana o zagrożeniach, osobach podejrzanych czy choćby niebezpiecznych miejscach.

Podkreślenia wymaga fakt, iż już sama obecność umundurowanego policjanta działa dyscyplinująco i podnosi poczucie bezpieczeństwa. Przy porównaniu obecności służb mundurowych na polskich ulicach z liczbą wykrytych aktów łamania prawa okazuje się, że patrole realizują raczej funkcje odstrasżające, aniżeli represyjne. Jak wynika z badań, policjant pełniący służbę patrolową zatrzymuje sprawcę przestępstwa średnio raz na 83 służby. Natomiast w innych krajach: w Niemczech policjant z patrolu zatrzymuje przestępcę średnio raz na 15 miesięcy, w USA policjant trafia na rozbój na ulicy raz na 14 lat,

35 B. Płosarek, B. Właziński, *Poznanie rejonu służbowego*, Słupsk 2003, s. 6–7.

36 J. Fiebig, W. Pływaczewski, A. Tyburska, *op. cit.*, s. 109–110.

a w Wielkiej Brytanii policjant trafia na właśnie wykonywane włamanie raz na 8 lat³⁷. Wyniki te, pomimo iż pochodzą z początku lat dziewięćdziesiątych ubiegłego stulecia, przekonują, że Policja pozostawiona sama sobie wobec przestępczości może realizować swoje cele, ale jej skuteczność wzrasta wraz z rozwojem wsparcia dla jej działań pochodzącego od społeczności lokalnych³⁸.

Dzielnicowy jest funkcjonariuszem Policji powołanym z jednej strony do sprawowania formalnej kontroli w przydzielonym mu rejonie służbowym (rewirze), a z drugiej, do budowania partnerskich relacji z ludźmi i rozwijania kontaktów. Współpraca, dobre relacje, wiedza na temat problemów lokalnych są podstawą do tworzenia i wspólnej realizacji programów profilaktycznych oraz faktycznej realizacji zadań dzielnicowego z zakresu profilaktyki społecznej. Wspólne działania służb policyjnych z obywatelami stanowią gwarancję wysokiej efektywności prowadzonych działań i lepszego zrozumienia specyfiki problemów występujących na danym obszarze. Odejście Policji od roli represyjnej w kierunku prospołecznej podnosi zaufanie społeczne do tej służby, pozwala tym samym lepiej dostosować się do problemów ludzi zamieszkujących dany obszar, łatwiej stymulować i kształtować właściwe postawy obywateli oraz reagować na pojawiające się niepożądane zjawiska³⁹.

Zarządzenie nr 528 Komendanta Głównego Policji z 6 czerwca 2007 r. w sprawie form i metod wykonywania zadań przez dzielnicowego i kierownika rewiru dzielnicowych nakłada na dzielnicowego szereg zadań związanych z codziennym kontaktem z różnego rodzaju osobami. Dzielnicowy ma za zadanie prowadzić rozmowy profilaktyczne np. z osobami uzależnionymi od alkoholu, narkotyków, nieletnimi zagrożonymi demoralizacją, sprawcami czynów karalnych, utrzymywać kontakt z potencjalnymi ofiarami przestępstw w celu wskazania im właściwych sposobów unikania zagrożenia. W zakresie profilaktyki społecznej ma także obowiązek dotyczący utrzymywania kontaktu z ofiarami przestępstw oraz inicjowania działań mających na celu rozwiązanie problemu strachu. Specyfika tych osób wymaga od dzielnicowego dużych umiejętności w zakresie komunikacji interpersonalnej, łagodzenia napięć, zapobiegania konfliktom. Dlatego tak ważne jest, aby posiadali oni umiejętności w zakresie kompetencji społecznych⁴⁰.

Za Wojciechem Biedrzyckim i Krzysztofem Świerczewskim⁴¹, można stwierdzić, że udział Policji oraz samorządów terytorialnych w tworzeniu bezpieczeństwa jest niezbędnym, a przede wszystkim koniecznym i wskazany jest ich współpraca. Warto dodać, że poza obowiązkami narzuconymi przez ustawy, to ludzie (policjanci, przedstawiciele samorząd-

37 T. Feltes, *Police Research in Germany [w:] Community Policing – Comparative Aspects of Community Oriented Police Work*, red. D. Dolling, T. Feltes, 1993, s. 4.

38 J. Fiebig, W. Pływaczewski, A. Tyburska, *op. cit.*, s. 110–111.

39 *Podręcznik dla dzielnicowego*, praca zbiorowa – Szkoła Policji w Słupsku, Słupsk 2014, s. 19.

40 *Ibidem*, s. 289.

41 W. Biedrzycki, K. Świerczewski, *Charakterystyka funkcjonowania dzielnicowego w Policji*, Legionowo 2014, s. 19.

dów terytorialnych, mieszkańcy itp.) wpływają na stan bezpieczeństwa i od ich inicjatywy, chęci oraz podejścia w dużej mierze zależał będzie jego poziom. Ponadto mieszkańcy posiadają ogromny zasób wiedzy i warto to wykorzystywać w działaniach Policji, a także pozwalać obywatelom na podejmowanie konkretnych akcji, ponieważ to im właśnie najbardziej zależy na bezpieczeństwie w miejscu zamieszkania. Funkcjonariusze Policji, a w szczególności dzielnicowi – w celu udoskonalania tej współpracy – powinni być odpowiednimi „ambasadorami” Policji w rejonie i starać się zawsze pomagać społeczeństwu i wspierać je radą w problematycznych sytuacjach. Ponadto ważne jest uświadamianie, że informacje pochodzące bezpośrednio od mieszkańców bardzo istotne i pomocne Policji. W rezultacie zachęci to do rzetelniejszej współpracy z funkcjonariuszami.

Konkretnym przykładem działalności dzielnicowych jest organizowanie tak zwanych „grup osiedlowych” w warszawskiej dzielnicy Wilanów. Są to spotkania dzielnicowego, przedstawiciela samorządu terytorialnego oraz przedstawicieli administracji osiedla. Na takich spotkaniach omawiane są konkretne zagrożenia dla danego rejonu oraz możliwe sposoby ich usunięcia. Ponadto organizuje się również spotkania z różnego rodzaju wspólnotami, mieszkańcami konkretnych osiedli czy też bloków. Na spotkania te jest zapraszany zazwyczaj przedstawiciel Policji, najczęściej dzielnicowy, którego zadaniem jest przekazanie swoich sugestii i odpowiedzi. Podawane informacje dotyczą występujących zagrożeń, ich skali, sposobu popełniania przestępstw oraz ewentualnych konsekwencji przewidzianych prawem dla ich sprawców. Jednocześnie funkcjonariusz może sugerować sposoby ograniczania występowania czynów noszących znamiona przestępstw na przykład zamontowanie systemu monitoringu, ewentualnie wskazanie miejsc zainstalowania kamer lub ochronę osiedla⁴². W tym miejscu warto zaznaczyć, iż w 2007 roku Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji we współpracy z Komendą Główną Policji wydało poradnik dotyczący tworzenia i funkcjonowania grup osiedlowych oraz miejskich map bezpieczeństwa⁴³. W przedmiotowym opracowaniu wskazano, iż przełamaniu bierności mieszkańców i ich niechęci do współpracy z sąsiadami może dobrze służyć wprowadzenie grup osiedlowych, składających się – w zależności od potrzeb – z przedstawicieli wspólnot mieszkaniowych, rad osiedlowych, rad parafialnych, a więc z ludzi, którzy chcą i potrafią zrobić coś dla siebie i swoich sąsiadów w zakresie poprawy bezpieczeństwa. Wiąże się to z potrzebą zachęcania ludzi, żeby przełamali bierność, współdziałali z Policją i Strażą Miejską/Gminną, ale najważniejsze jest, aby – na ile to tylko możliwe – wyeliminować anonimowość i brak identyfikacji ze swoim najbliższym sąsiedztwem. Otoczonym ludźmi znajomymi i życzliwymi jednostka czuje się bezpieczniej. Ważne jest też to, aby służby ochrony porządku publicznego miały świadomość, iż podlegają stałej społecznej ocenie. Główne zadanie grup osiedlowych stanowi ocena

42 *Ibidem*, s. 18.

43 *Tworzenie i funkcjonowanie grup osiedlowych oraz miejskich map bezpieczeństwa. Poradnik*, Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, Komenda Główna Policji, Warszawa 2007.

stanu bezpieczeństwa na terenie poszczególnych osiedli, a w szczególności ocena stanu infrastruktury osiedla wpływająca na powstawanie i rozwój przestępczości. Działalność grup ma przygotować grunt pod ukształtowanie tzw. bezpiecznej przestrzeni na osiedlu i podjęcie działań modernizacyjnych w celu umożliwienia Straży Miejskiej/Gminnej i Policji skutecznej realizacji działań prewencyjnych.

W niniejszym opracowaniu nie może zabraknąć również wartych podkreślenia, aktualnych statystyk⁴⁴ dotyczących relacji Policja-obywatele. Mogą one napawać optymizmem. Jak wynika z badania społecznego przeprowadzonego na zlecenie Ministerstwa Spraw Wewnętrznych w grudniu 2014 r. metodą wywiadów telefonicznych (CATI) na ogólnopolskiej próbie reprezentatywnej 16+, N=1002, Policja cieszy się coraz większym zaufaniem Polaków. Aż 72% respondentów zadeklarowało w nich, że ufa funkcjonariuszom („zdecydowanie tak” – wybrało 15% ankietowanych, „raczej tak” – 57%). Nieco mniejsze zaufanie do Policji mają ludzie młodzi (60%). Dwie trzecie pytanym przyznało, że obecność patroli na ulicach wpływa na ich poczucie bezpieczeństwa. Najwięcej pozytywnych odpowiedzi udzieliły osoby w przedziale wiekowym od 35 do 54 lat. Nieco rzadziej zdanie to podzielały osoby z najmłodszej grupy wiekowej (59%). Istotnym jest, iż rezultaty badań przeprowadzonych metodą wywiadów telefonicznych (CATI) są zbieżne z sondażami CBOS, z których wynika, że 70% respondentów uważa Polskę za kraj, w którym żyje się bezpiecznie. Co więcej, 90% ankietowanych twierdzi, że bezpiecznie jest w miejscu ich zamieszkania. Jest to najwyższy wskaźnik odnotowany w ostatnim dwudziestolecu. 72,4% Polaków dobrze też ocenia pracę policjantów w miejscu zamieszkania (Polskie Badanie Przestępczości). Ponadto od 2004 roku liczba stwierdzonych przez Policję przestępstw powoli, ale stale maleje⁴⁵.

Pomimo przedstawionych danych, które wskazują, iż relacje Policja-społeczeństwo zmieniają się konsekwentnie na lepsze, niestety wciąż aktualne pozostają uwagi auto-

44 J. Paciorkowski, *Rośnie zaufanie do Policji*, [w:] „Policja 997” 2015, nr 2, s. 15. Cf. także: A. Chmielewska, M. Lesiak, *Rośnie poczucie bezpieczeństwa Polaków*, [w:] „Policja 997” 2012, nr 4, s. 8–80, 20% badanych zadeklarowało, że czuje się bezpiecznie, spacerując w swojej okolicy po zmroku, podczas gdy w 2005 r. taką deklarację złożyło aż o 10,1 % mniej badanych. Jednocześnie z roku na rok spadał odsetek wskazań na brak poczucia bezpieczeństwa – z 26,2% w styczniu 2007 roku do 16,7% w styczniu 2012 roku; A. Brzeźniak, A. Chmielewska, *Polacy zadowoleni z kontaktów z Policją*, [w:] „Policja 997” 2012, nr 5, s. 15 – Okazało się, że to nie informacje pochodzące z mediów kształtują opinie Polaków na temat Policji, lecz w głównej mierze ich własne obserwacje (44,8%) i doświadczenia w kontaktach z funkcjonariuszami (20,0%). Dopiero jako kolejne źródła wskazano informacje z prasy, radia, telewizji, Internetu (16,2 proc.) oraz opinie członków rodziny, sąsiadów, znajomych (15,7 proc.). Ponadto zdecydowana większość Polaków, którzy mieli osobiste kontakty z Policją (82,0 proc.), ocenili je dobrze, co znalazło odzwierciedlenie w wysokich ocenach pracy i skuteczności Policji.

45 A. Misiuk, *Nowa filozofia działania Policji. Czas na zmiany* [w:] *Z problemów bezpieczeństwa. Policja a zagrożenia globalne*, A. Misiuk, J. Gierszewski (red.), Chojnice 2010, nr 1, s. 22.

rów⁴⁶ sprzed kilku, a nawet kilkunastu lat, iż wprowadzanie *community policing* w Polsce wymaga zmian mentalnych zarówno w społeczeństwie, jak i w samej Policji. Faktycznie, trzeba przyznać, iż w umysłach Polaków silnie zakorzenione są między innymi tezy, że Policja reprezentuje władzę i działa dla organów państwa, a nie dla społeczeństwa. Z kolei funkcjonariusze często za swój główny cel uważają schwytanie sprawcy, nie rozumiejąc, że współpraca z obywatelami może im to zadanie ułatwić.

Na zakończenie należy wspomnieć o koncepcji zapobiegania przestępczości poprzez kształtowanie przestrzeni. Otóż nie ma współcześnie wątpliwości, że planowanie urbanistyczne czy kształtowanie przestrzeni może polepszyć bezpieczeństwo społeczności lokalnej. Koncepcję zapobiegania przestępczości przez kształtowanie przestrzeni określa się w skrócie jako CPTED, czyli *Crime Prevention through Environmental Design*. Chociaż pomysły, że kształtowanie przestrzeni wpływa na bezpieczeństwo miast i ich mieszkańców pojawiały się już dawno, to jednak idea głosząca, że projektowanie może wpływać na poziom przestępczości, bezpieczeństwo jednostki czy społeczności lokalnej, ukształtowała się dopiero w wieku XX⁴⁷. Polskie prace poświęcone problematyce kształtowania przestrzeni bezpiecznych początkowo opierały się głównie na zagranicznych (w dużej mierze brytyjskich i holenderskich) osiągnięciach i programach. Stopniowo, gdy zainteresowanie tą tematyką wzrasta, podejmowane są próby opracowania metod diagnozowania przestrzeni adekwatnych do polskich warunków. Realizacja koncepcji przestrzeni bezpiecznych (czyli przyjaznych mieszkańcom, a wrogich przestępcom) w Polsce, poza nielicznymi przykładami nowych inwestycji, następuje niemal wyłącznie na drodze rewitalizacji. Głównymi inicjatorami zmian są samorządy wybranych miast, które dla zrealizowania programów prewencyjnych tworzą instrumenty prawa lokalnego i opracowują programy przygotowawcze. Większość tych działań ma charakter lokalny, dotyczący poszczególnych miast, a nierzadko tylko niektórych dzielnic⁴⁸. Niestety, mimo prawie dziesięcioletniego „propagowania” koncepcji CPTED w Polsce, całościowa wiedza na ten temat, a także, co o wiele ważniejsze, świadomość konieczności współpra-

46 J. Czapska, *Community policing w Polsce – możliwości i ograniczenia* [w:] *Bezpieczeństwo lokalne. Społeczny kontekst prewencji kryminalnej*, red. J. Czapska, J. Widacki, Warszawa 2000, s. 151; A. Misiuk, *op. cit.*, s. 29–30; J. Czapska, *Bezpieczeństwo obywateli. Studium z zakresu polityki prawa*, Kraków 2004, s. 143–147; T. Cichorz, *Źródła społecznej niechęci do współdziałania z Policją* [w:] *Policja a społeczeństwo. Wybrane problemy*, red. P. Majer, A. Misiuk, Szczytno 1997, s. 71–84; B. Hołyst, *op. cit.*, s. 1247–1248.

47 K. Dukała, K. Jurzak-Mączka, J. Mączka, *CPTED – teoria, praktyka, skuteczność* [w:] *Zapobieganie przestępczości przez kształtowanie przestrzeni*, red. J. Czapska, Kraków 2012, s. 19.

48 B. Burkiewicz, K. Jurzak-Mączka, M. Szafrńska, *Zapobieganie przestępczości przez kształtowanie przestrzeni w Polsce* [w:] *Zapobieganie przestępczości przez kształtowanie przestrzeni*, red. J. Czapska, Kraków 2012, s. 82–85.

cy, jest wciąż nikła wśród osób, które mają realny wpływ na kształtowanie przestrzeni architektonicznej⁴⁹.

O formach i metodach działania zgodnych z założeniami idei *community policing* można by pisać znacznie szerzej niż pozwala na to objętość niniejszego opracowania. Dlatego też, podsumowując rozważania, podkreślić należy, iż przedmiotowa koncepcja wymaga mądrych, a przede wszystkim konsekwentnych działań. Z uwagi na nieograniczony wachlarz możliwych w jej zakresie inicjatyw, każdy pomysł wymaga odpowiednich przygotowań i konsultacji ze społecznościami lokalnymi dla jego skutecznej realizacji. *Community policing* stanowi nic innego jak włączenie społeczeństwa w jego własną obronę, przy założeniu, że obywatele dzielą to zadanie z Policją. Policjant realizujący zadania w ramach tej idei, w lokalnej wspólnotce powinien spełniać równocześnie kilka ról, to jest stróża prawa, rozjemcy, przedstawiciela władzy, ale też „pracownika socjalnego” na godziny⁵⁰. Podkreślić trzeba również, że omawiana filozofia działania Policji nie jest pozbawiona wad. Krytycy podnoszą, że koncentruje się ona wyłącznie na społeczeństwie, zamiast na walce z przestępczością, a działania, które się na nią składają, generalnie psują wizerunek Policji. Ponadto twierdzą, że Policja ma wystarczająco dużo obowiązków związanych ze zwalczaniem poważnej przestępczości, a obciążanie jej dodatkowymi „społecznymi” powinnościami negatywnie wpływa na jej wiarygodność i aurytet⁵¹. Z twierdzeniami tymi nie sposób się zgodzić. Trudno bowiem potwierdzić, iż współpraca ze społeczeństwem osłabiła wizerunek Policji. Jednocześnie przyznać należy, iż faktycznie nie jest łatwym określić rezultaty stosowania *community policing*, gdyż nie zawsze wdrażana jest świadomie. Jednakże, mając na uwadze opisane wyżej działania związane ze współpracą Policji ze społecznościami lokalnymi, trudno znaleźć argumenty zdecydowanie przeciw jej stosowaniu. Ubolewać można jedynie nad stosunkowo słabym jej propagowaniem. Przypuszczać można bowiem, że znaczna większość obywateli nie ma pojęcia o jej istnieniu, gdyż nigdy nie spotkała nawet odpowiedniego dzielnicowego. Pozostaje mieć nadzieję, że z upływem lat świadomość społeczeństwa polskiego będzie stale wzrastać i wkrótce w każdym mieście, miasteczku czy wsi pojawi się straż obywatelska, a funkcjonariusze, przy wypełnianiu swoich obowiązków, traktować będą społeczność lokalną jako partnera, a nie wroga.

49 K. Łojek, *Zapobieganie przestępczości przez kształtowanie bezpiecznej przestrzeni. Część 1*, „Przeгляд Policyjny” 2004, nr 1–2, s. 103.

50 J. Czapska, J. Wójcikiewicz, *op. cit.*, s. 148–151.

51 M. Działożyński, *Community policing. Pojęcie i zakres funkcjonowania*, „Policja” 2012, nr 4, s. 3–4.

SUMMARY

The idea of community policing as a source of innovative methods of cooperation between local communities and the Police in Poland

One of the main tasks of the Police is to prevent the committing of criminal offences. Crime prevention is the part of the Police's activity which aims to reduce the number of crimes and offences committed through preventive and educational programs, aimed particularly at younger people. In the context of crime prevention in the United States of the 1960s, the idea of community policing was born. It involves the close cooperation of the Police with members of the local community. Its development began in Poland in the early 90s, mainly due to the significant increase in crime, but was very slow. Therefore, compared to Western countries, the idea of community policing, in practical terms, is still in the early stages of development in our country. However, it is already possible to specify numerous examples of its actual occurrence. Community policing requires wise, consistent and constant repetition of actions so that it will have positive effects in the future.

KEYWORDS: crime prevention, broken windows, the idea of community policing, neighbourhood watch, district police officer, community groups

OSKAR SKIBIŃSKI

Interpretacja obowiązków poddłużnika w związku z egzekucją sądową z instrumentów finansowych - analiza zakazu wykonywania dyspozycji z art. 9118 § 1 pkt 2 k. p. c.

Rozpoznanie znaczenia zakazu wykonywania dyspozycji

Egzekucja sądowa z instrumentów finansowych wymaga dla swojej skuteczności wezwania poddłużnika do określonego zachowania. Zajęcie komornicze instrumentów finansowych i środków pieniężnych musi uwzględniać zobowiązanie poddłużnika powstałe w związku z zajętych prawami. Analiza frekwencyjna polegająca na określeniu stopnia występowania danego pojęcia w tekście prawnym oraz porównawcza polegająca na porównaniu zakresów wyrażonych w tekście prawnym pojęć prowadzi do wniosku, iż badane wyrażenie nie jest wyrażeniem z zakresu prawa procesowego cywilnego. Pojęcie to występuje w k. p. c. wyłącznie w związku z egzekucją z tego szczególnego prawa majątkowego, jakim jest instrument finansowy.

Badane wyrażenie nie jest używane przez ustawodawcę w znaczeniu, które przypisuje się mu w języku potocznym czy języku profesjonalnym – maklerskim. Przemawia za tymwynik analizy właściwej problematyce bazy leksykalnej języka tekstów prawnych. O zakresie badanego wyrażenia zdecydował ustawodawca obowiązującymi przepisami prawa, w których treści w kontekstowy sposób określił jego zakres. Zgodnie z wykładnią językową znaczenie nadawane interpretowanym wyrażeniom przez prawodawcę ma oczywiste pierwszeństwo. W tym przypadku zakres znaczenia wyrażenia wynikający z języka prawnego jest węższy od tego, które nadaje się analizowanemu wyrażeniu w języku maklerskim (polecenie treściowo związane z wykonywaniem czynności maklerskiej) czy w języku potocznym (każde polecenie).

Rezygnację z potocznego znaczenia analizowanego wyrażenia w toku wykładni wspiera pozajęzykowe uwarunkowanie sytuacyjne komunikatu. Adresatem wezwania komorniczego z art. 9118 k. p. c. jest wyłącznie podmiot prowadzący rachunek dłużnika zatem zakaz ten należy interpretować tak, jakby został zrozumiany przez ten podmiot zorientowany w obowiązującym reżimie materialnoprawnym determinującym charakter jego działalności. Ustawodawca, regulując treść wezwania komorniczego w art. 9118 §

1 pkt 2 k. p. c., wyłączył możliwość odmiennego jego sformułowania przez organ egzekucyjny. Komornicy zasadniczo formułują treść wezwania komorniczego, posługując się pojęciami kodeksowymi. Doręczone wezwanie poddłużnik realizuje samodzielnie w zgodzie z kulturą prawniczą i własną wiedzą¹. Przedstawiona argumentacja wspiera tezę, zgodnie z którą o znaczeniu wyrażenia decyduje jego użycie².

W celu rozpoznania znaczenia wyrażenia należy odwołać się do treści aktu wykonawczego regulującego między innymi zawieranie transakcji i dokonywanie rozliczeń, świadczenie usług maklerskich, ustanawianie i realizację zabezpieczeń wierzytelności na instrumentach finansowych czy prowadzenie ewidencji zawieranych transakcji oraz innych nośników informacji sporządzonych w związku z jej prowadzeniem. Zatem tytułowy zakaz będzie przedmiotem analizy uwzględniającej w największym stopniu treść PostFIR³, gdzie analizowane wyrażenie występuje najczęściej.

W aktach normatywnych regulujących badaną tematykę nie sformułowano wyrażonej definicji legalnej analizowanego wyrażenia. Preferowanym sposobem definiowania jest ten, który polega na ujednoznacznianiu wyrażenia za pomocą kontekstu, co można zaobserwować zarówno w PostFIR, jak i w ObrInstrFinU⁴. Ramy ograniczające rozumienie danego wyrażenia narzucane są każdorazowo przez relatywizację podmiotową, przedmiotową i czasową w tekście prawnym. Zatem znaczenie prawne badanego wyrażenia zostanie zrekonstruowane w oparciu o analizę sposobu, w jaki posługuje się badanym wyrażeniem ustawodawca (pragmatyczny aspekt analizy).

Synteza wniosków pochodzących z analizy materiału normatywnego najbliższego rodzajowo badanemu wyrażeniu pozwala na kreślenie katalogu dyspozycji:

- Dyspozycja zbycia instrumentów finansowych.
- Dyspozycja nabycia instrumentów finansowych.
- Dyspozycja przeniesienia instrumentów finansowych.
- Dyspozycja przeniesienia środków pieniężnych.
- Dyspozycja ustanowienia blokady instrumentów finansowych.
- Dyspozycja zniesienia blokady instrumentów finansowych.
-

Rekonstrukcja znaczenia prawnego wyrażenia dyspozycja pozwala zauważyć, że przepis art. 9118 § 1 pkt 2 k. p. c. nie odnosi się na poziomie wykładni językowej do „wszel-

1 Vid. M. Smolak, *Wykładnia celowościowa z perspektywy pragmatycznej*, Warszawa 2012, s.202.

2 A. Wagner, J.M. Broekmann, *Prospects of Legal Semiotics*, Dordrecht-Heidelberg, London-New York 2010.

3 Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 24 września 2012 r. w sprawie trybu i warunków postępowania firm inwestycyjnych, banków, o których mowa w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, oraz banków powierniczych, Dz.U. 2012 poz. 1078.

4 Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, Dz.U. 2005 nr 183 poz. 1538.

kich” świadczeń⁵ wynikających z umów łączących dłużnika z poddłużnikiem. Eliminacja potocznego znaczenia wyrażenia usuwa powstałe w związku z tym wątpliwości⁶, czy analizowany art. 9118 § 1 pkt 2 k. p. c. odnosi literalnie tylko do czynności, których przedmiotem są środki pieniężne znajdujące się na rachunku pieniężnym.

Analizowane wyrażenie jest związane ze swoim odcinkiem temporalnym, który skontekstyzowano w treści art. 9118 § 1 pkt 2 k. p. c. sformułowaniem „by nie wykonywał dyspozycji”, wskazując na wykonywanie. Zasadniczo faza wykonywania dyspozycji jest inicjowana złożeniem dyspozycji firmie inwestycyjnej przez uprawniony podmiot. Czynność ta jest realizowana najczęściej przez klienta samodzielnie lub przez osobę, która może złożyć dyspozycję na podstawie pełnomocnictwa udzielonego jej przez klienta. Następnie firma inwestycyjna wykonuje złożoną dyspozycję. Zakończenie tej fazy jest równoznaczne z wykonaniem dyspozycji przez firmę inwestycyjną.

W związku z wykonaniem pierwszej czynności egzekucyjnej wobec poddłużnika, podmiot ten zostaje zobowiązany do odmowy wykonania dyspozycji składanych przez klienta oraz do odstąpienia od wykonywania dyspozycji już wykonywanych z zajętych walorów. Za takim rozumieniem przemawia założenie o racjonalności prawodawcy oraz obowiązująca treść analizowanego zakazu. Podkreślenia wymaga, że poddłużnik nie zostaje zobowiązany do odstąpienia od wykonywania dyspozycji, które zostały wykonane. Takie rozumienie analizowanego zakazu może mieć istotne znaczenie dla oceny, czy zaistniała przesłanka dla odpowiedzialności tego uczestnika postępowania.

Od analizowanego zakazu należy odróżnić zakaz wykonywania dyspozycji z § 111 PostFIR odnoszący skutek jedynie wobec dyspozycji składanych po ustanowieniu blokady na instrumentach finansowych. Blokada autonomicznej⁷ nie można ustanowić na instrumentach finansowych będących przedmiotem wykonywanej dyspozycji, w związku z czym problematyka dotycząca interpretacji zakazu wykonywania dyspozycji z art. 9118 wymaga rozwinięcia o konieczność wskazania momentu, w którym wykonywane przez poddłużnika dyspozycje klienta uważać należy za wykonane.

O dyspozycji nabycia instrumentów finansowych i dyspozycji zbycia instrumentów finansowych wymienionych jako pierwsze dwie z sześciu możliwych do wykonania przez firmę inwestycyjną stanowi art. 154 ust. 1 pkt 3 ObrInstrFinU. Na gruncie PostFIR polecenie zbycia instrumentów finansowych, o którym mowa w ust. 1 § 111 PostFIR zakwalifikowano w ust. 3 tego przepisu za dyspozycję. Podobny sposób kwalifikacji zastosowano w art. 9118 § 1 pkt 2 k. p. c., w którego treści za pomocą frazy przyimkowej zakwalifikowano zlecenie sprzedaży instrumentów finansowych za dyspozycję. Powyż-

5 M. Rośniak-Marczuk, *Egzekucja sądowa z instrumentów finansowych*, Warszawa 2011, s.148.

6 *Ibidem*, s.149.

7 Blokada autonomiczna jest pojęciem z zakresu prawa rynku kapitałowego.

sza kwalifikacja występowała na tle nieobowiązujących już § 2 pkt 11 PostFIR⁴⁸ oraz § 2 pkt 9 PostFIR²⁹, które stanowiły od 05. 02. 2005 roku do 17. 12. 2009 roku definicję legalną dla badanego wyrażenia.

W związku z powyższym nasuwa się kolejny wniosek. Ustawodawca nadał znaczenie prawne niektórym poleceniom klienta firmy inwestycyjnej, przy czym sposób kwalifikacji tych poleceń jest wyraźny (ust. 1 § 111 w zw. z ust. 3 § 111 PostFIR) albo dorozumiany. Ten ostatni wynika z założenia, że dostrzeżona kwalifikacja jest przeprowadzana w sposób konsekwentny wobec pozostałych, niewymienionych w § 111 PostFIR dyspozycji. Zatem zakaz wykonywania dyspozycji z art. 9118 k.p.c. obejmuje swoim zakresem na poziomie wykładni językowej wszystkie te polecenia klienta, które ustawodawca kwalifikuje we właściwym analizie polu tekstowym jako dyspozycje¹⁰.

Językowy aspekt analizy umożliwia zatem wskazanie tych poleceń klienta, którym ustawodawca nadaje znaczenie prawne. Są to polecenia zbycia lub nabycia instrumentów finansowych, przeniesienia instrumentów finansowych lub środków pieniężnych, a także ustanowienia lub zniesienia blokady na instrumentach finansowych. Uprzedzając dalsze rozważania, stwierdzić należy, że katalog dyspozycji uzupełniono na gruncie wykładni *per analogiam* o polecenia, których przedmiotem jest rozporządzenie zajętych środkami pieniężnymi w taki sposób, by nie pokrywał się z dyspozycją przeniesienia środków pieniężnych.

Pomiędzy dyspozycjami klienta wykonywanymi przez poddłużnika nie występuje zjawisko konkurencji. Oznacza to, że czynności podejmowane przez firmę inwestycyjną w następstwie wykonanej dyspozycji nie należy łączyć z wykonywaniem kolejnej dyspozycji. Zagadnienie to zostanie poszerzone między innymi przy omawianiu fazy wykonywania dyspozycji nabycia instrumentów finansowych.

Zastosowanie się poddłużnika do obowiązków wynikających z wezwania komorniczego

Jednym z poleceń objętych zakresem zakazu uregulowanego w art. 9118 § 1 pkt 2 k. p. c. jest zlecenie nabycia lub zbycia instrumentów finansowych stanowiące element podstawowego mechanizmu prawnego zawierania transakcji na rynku regulowanym oraz alternatywnego trybu zawierania transakcji poza rynkiem regulowanym. Zgodnie z § 2 pkt 9 PostFIR zlecenie jest zleceniem nabycia lub zbycia instrumentów finansowych lub

8 Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 19 kwietnia 2005 r. w sprawie trybu i warunków postępowania podmiotów prowadzących działalność maklerską oraz banków prowadzących rachunki papierów wartościowych Dz. U. 2005 nr 73 poz. 644.

9 Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 28 grudnia 2005 r. w sprawie trybu i warunków postępowania firm inwestycyjnych oraz banków powierniczych, Dz. U. 2006 nr 2 poz. 8.

10 Cf. M. Rośniak-Marczuk, *op. cit.*, s. 149.

oświadczeniem woli wywołującym równoważne skutki, którego przedmiotem są instrumenty finansowe. Od zlecenia klienta należy odróżniać zlecenie brokerskie, które wystawiane jest przez firmę inwestycyjną wykonującą złożone przez klienta zlecenie na podstawie tego zlecenia. Zlecenie brokerskie przekazuje się do miejsca wykonania, o którym mowa w § 2 pkt 36 lit. a PostFIR, w celu wykonania tego zlecenia (zlecenia klienta).

Należy zauważyć, że wystawienie zlecenia brokerskiego nie odnosi skutku w postaci wycofania zlecenia klienta – zlecenie brokerskie wystawiane jest na podstawie zlecenia klienta. Zależność występująca między zleceniami klienta i firmy inwestycyjnej została określona w § 92 PostFIR, według którego firma inwestycyjna świadcząca usługi wykonywania zleceń po wykonaniu zlecenia klienta niezwłocznie przekazuje klientowi informację dotyczącą wykonanego zlecenia. Wykonanie dyspozycji klienta jest możliwe na drodze wystawienia zlecenia klienta przez firmę inwestycyjną. Posłużenie się przez Ministra Finansów czasownikiem „wykonać” w aspekcie dokonanym ujawnia moment, w którym dyspozycję ta jest wykonana. Chwilą wykonania zlecenia (dyspozycji) klienta jest moment zawarcia transakcji.

Dalej należy wskazać skutki wynikające z dostosowania się firmy inwestycyjnej do obowiązków nałożonych na ten podmiot w wezwaniu komorniczym. Analiza wpływu zakazu wykonania dyspozycji na wykonywanie zleceń uwzględniać będzie m.in. § 38, § 58, § 62, § 65 PostFIR. Zgodnie z wcześniejszymi ustaleniami każda dyspozycja nabycia lub zbycia instrumentów finansowych, składana przez klienta spotka się z odmową jej wykonania przez firmę inwestycyjną. Zdecydowanie większe trudności sprawia określenie skutków odstąpienia firmy inwestycyjnej od dyspozycji wykonywanych przez tę firmę w chwili doręczenia wezwania komorniczego.

W § 38 PostFIR firma inwestycyjna została zobowiązana do podejmowania wszelkich działań mających na celu zapewnienie terminowego dostarczenia papierów wartościowych do dokonania rozrachunku zgodnie z zasadami określonymi przez właściwą izbę rozrachunkową. Czynności te podejmowane są w fazie wykonywania dyspozycji zbycia instrumentów finansowych. Do chwili zawarcia transakcji firma inwestycyjna jest zobowiązana wycofać zlecenie oraz znieść zabezpieczenie, jeżeli takie ustanowiono. Obowiązek anulowania niewykonanego zlecenia wynika z wykładni językowej z art. 9118 § 1 pkt 2 k. p. c.¹¹.

Z wykonywaniem zlecenia nabycia instrumentów finansowych wiąże się gwarantowanie jego pokrycia. Umożliwia to późniejszy rozrachunek lub rozliczenie transakcji w przypadku, gdy dojdzie do jej zawarcia. Celem tej czynności jest zapewnienie, że klient nie będzie wykorzystywał środków pieniężnych lub instrumentów finansowych związanych z wykonywanym zleceniem brokerskim. Firma inwestycyjna może odstąpić od wymogu posiadania przez klienta firmy inwestycyjnej pełnego pokrycia wartości zlece-

11 Cf. M. Rośniak-Marczuk, *op. cit.*, s. 227.

nia oraz kosztów jego wykonania, a także od wymogu ustanowienia przez klienta zabezpieczenia zapłaty wtedy, gdy pozwala na to ocena stanu finansowego i wiarygodności klienta. Pokrycie mogą stanowić aktywa klienta, którymi są instrumenty finansowe i środki pieniężne. Skutkiem zakazu wykonywania dyspozycji będzie wycofanie zlecenia brokerskiego oraz zdjęcie ustanowionego na jego wykonanie zabezpieczenia.

Czynność firmy inwestycyjnej związana ze sprawdzeniem pokrycia zgodnie z § 58 PostFIR została umiejscowiona w fazie wykonywania dyspozycji nabycia instrumentów finansowych. Firma inwestycyjna musi najpierw uzyskać wiedzę o treści dyspozycji, którą składa klient, by następnie móc ustanowić pokrycie zabezpieczające jej wykonanie. Za właściwy należy przyjąć pogląd o konieczności zniesienia zabezpieczenia mającego stanowić pokrycie zlecenia brokerskiego, jeżeli ono występuje. Wycofanie zlecenia klienta skutkuje utratą podstawy dla wystawionego zlecenia brokerskiego i ustanowionego w związku z jego wykonywaniem pokrycia. Podobnie rzecz się ma w sytuacji, gdy zgodnie z § 61 PostFIR firma inwestycyjna zażądała ustanowienia zabezpieczenia zapłaty należności przez klienta w przypadku, gdy zawarto umowę o wykonywanie zleceń na warunkach określonych w § 58 ust. 2 PostFIR.

Zabezpieczanie środków pieniężnych na pokrycie zlecenia kupna instrumentów finansowych w wysokości niezbędnej do dokonania rozrachunku transakcji zawartej w związku z wykonaniem tego zlecenia reguluje § 62 ust. 1 PostFIR. Środki te nie są objęte granicami zajęcia. Po zawarciu transakcji, czyli po wykonaniu dyspozycji klienta, następuje zmiana statusu tych środków ze względu na oczekujący rozrachunek, którego firma inwestycyjna nie jest w stanie przerwać z powodu automatyzacji. Jak ustalono wcześniej, dyspozycje nie konkurują ze sobą. Zatem po zmianie statusu środków pieniężnych przeniesienie tych środków nie może być uznawane za wykonywanie dyspozycji przeniesienia środków pieniężnych. Jest ono w tym przypadku czynnością wykonywaną przez poddłużnika w związku z wykonaną dyspozycją.

Zabezpieczenie pokrycia zlecenia brokerskiego, którego przedmiotem jest sprzedaż instrumentów finansowych, normuje § 65 ust. 2 PostFIR. Firma inwestycyjna podejmuje działania mające na celu zapewnienie, że z chwilą wystawienia zlecenia brokerskiego klient nie będzie wykorzystywał instrumentów finansowych niezbędnych do dokonania rozrachunku transakcji zawieranych w związku z wykonywanym zleceniem klienta. Zabezpieczenie jest jedną z czynności składających się na wykonywanie dyspozycji zlecenia przez firmę inwestycyjną, w związku z czym zasadne jest oczekiwanie, że podmiot prowadzący działalność maklerską odstępując od wykonywania dyspozycji dłużnika znieśnie ustanowione zabezpieczenie.

Za dyspozycję zbycia instrumentów finansowych objętą zakazem wykonywania dyspozycji należy uznać zapis na sprzedaż lub zamianę akcji z § 89 PostFIR przez wzgląd na skutki, które wywołuje. Tym samym podmiot przyjmujący zapisy na sprzedaż lub zamianę akcji jest zobowiązany do odmowy przyjęcia zapisu. Podmiot prowadzący rachun-

nek dłużnika powinien również odmówić założenia blokady z § 89 ust. 1 PostFIR, jeżeli dłużnik egzekwowany ma zamiar złożyć zapis w podmiocie innym, niż poddłużnik.

Wysoki stopień ochrony zablokowanych instrumentów finansowych wynikający z § 111 ust. 1 PostFIR ma za zadanie uniemożliwić klientowi składanie dyspozycji z tych instrumentów. W związku z tym zdaje się, że ustawodawca przez dyspozycję zbycia instrumentów finansowych rozumie także zapis o zamianie lub sprzedaży instrumentów finansowych. Przyjęcie przeciwnego stanowiska przemawiałoby za nieskutecznością ustanowionej blokady.

Przy okazji omawiania dyspozycji zbycia należy zauważyć, iż ustawodawca wyłączył sprzedaż instrumentów finansowych niezapisanych na rachunku z trybu egzekucyjnej sprzedaży na zlecenie. Taki wniosek wynika z wykładni literalnej art. 9118 § 2 k. p. c. Nasuwa się tu spostrzeżenie, że obowiązek wskazania zdeponowanych instrumentów finansowych z art. 9118 § 2 k. p. c. nie stanowi *superfluum*¹² ustawowego wobec obowiązku statuowanego przez § 37 ust. 1 pkt 3 PostFIR, który takim ograniczeniem nie dysponuje.

W związku z wyrażonym przez Magdalena Rośniak-Marczuk¹³ poglądem zakładającym objęcie granicami zajęcia instrumentów finansowych ujawnionych w chwili zajęcia wyłącznie w postaci zapisu na urządzeniach o charakterze techniczno-operacyjnym, na przykład w rejestrze sesji, zdaje się, że dłużnik egzekwowany będzie obowiązany wstrzymać się ze złożeniem zlecenia sprzedaży z tych instrumentów celem zaspokojenia wierzyciela do momentu zakończenia cyklu rozrachunkowego, to jest do chwili zapisania nabytych instrumentów finansowych na rachunku papierów wartościowych.

Analogicznym zakresem charakteryzuje się dyspozycja nabycia instrumentów finansowych, którą stanowi każde polecenie nabycia instrumentów finansowych klienta składane firmie inwestycyjnej. W związku z tym dyspozycją nabycia jest także zapis na nabycie instrumentów finansowych. Dyspozycja ta jest objęta zakazem wykonywania dyspozycji z art. 9118 § 1 pkt 2 k. p. c., gdy podmiotem pośredniczącym w oferowaniu instrumentów finansowych jest poddłużnik.

Podsumowując, należy zauważyć, że okoliczność wykonania zlecenia nabycia lub zbycia instrumentów finansowych na rynku regulowanym ma wpływ na granice zajęcia, jeżeli wykonanie transakcji klienta nastąpiło przed zajęciem. Zajęcie skierowane do środków pieniężnych i niepieniężnych stanowiących przedmiot zawartej transakcji na rynku regulowanym, czyli wykonanej dyspozycji nabycia instrumentów finansowych, jest nieskuteczne. Poddłużnik działający w granicach swoich uprawnień nie dysponuje środkiem prawnym umożliwiającym odstąpienie od dyspozycji, która została wykonana w analizowanym przypadku z chwilą zawarcia transakcji.

Dalsza analiza ujawnia, że w tekście normatywnym w§ 85, § 86, § 136, § 122, § 141 PostFIR wskazano sytuacje, w których wymaga się złożenia dyspozycji przeniesienia

¹² Cf. M. Rośniak-Marczuk, *op. cit.*, s. 326.

¹³ *Vid. ibidem*, s. 219.

aktywów przez klienta firmy inwestycyjnej. Przeniesienie instrumentów finansowych w wyniku transakcji lub zdarzenia prawnego w obrocie wtórnym poza obrotem zorganizowanym wymaga złożenia dyspozycji przeniesienia przez klienta. Wymóg ten obowiązuje, gdy zgodnie z § 86 ust. 1 PostFIR instrumenty finansowe i środki pieniężne mają zostać przeniesione do innej firmy inwestycyjnej niezależnie od tego, czy rachunki papierów wartościowych i pieniężnych zbywcy i nabywcy prowadzone są przez jeden (§ 86 PostFIR) lub przez dwa podmioty (§ 85 PostFIR). Warto wskazać, że czasem odcinek temporalny przy wykonywaniu tej dyspozycji trwa nawet do 3 dni.

O konieczności złożenia dyspozycji w przypadku, gdy rachunki zbywcy i nabywcy prowadzone są przez ten sam podmiot, stanowi § 85 ust. 3 PostFIR. W sytuacji, kiedy czynności związane z przeniesieniem aktywów podejmowane są na podstawie dyspozycji złożonej przez klienta profesjonalnego, firma inwestycyjna może odstąpić od wymogu przedstawienia dokumentów, o którym mowa w § 85 ust. 1 PostFIR. Nie może tego zrobić w sytuacji, gdy czynności związane z przeniesieniem podejmowane są na podstawie dyspozycji złożonej przez klienta detalicznego. Zgodnie z § 85 ust. 4 PostFIR wymóg złożenia dyspozycji jest wiążący także wobec uprawnionego z instrumentów finansowych zapisanych na rachunku zbiorczym. Powyższe uwagi potwierdzają sposób, w jaki ustawodawca posługuje się badanym wyrażeniem w § 111 PostFIR.

Wymóg złożenia dyspozycji przeniesienia instrumentów finansowych nie obowiązuje przy wykonywaniu dyspozycji zbycia instrumentów finansowych klienta w drodze zawarcia na rachunek firmy inwestycyjnej umowy sprzedaży instrumentów finansowych ze zleceniodawcą (art. 73 ust. 2 ObrInstrFinU) w przypadku, gdy firma inwestycyjna prowadzi rachunek dla klienta, z którym została zawarta transakcja (§ 85 ust. 8 PostFIR). W związku z powyższym nasuwa się spostrzeżenie, iż tryb sprzedaży zajętych instrumentów finansowych na zlecenie poza rynkiem regulowanym został częściowo dopuszczony przez ustawodawcę¹⁴.

Kontynuując, należy zwrócić uwagę na fakt, że tryb sprzedaży poza rynkiem regulowanym na zlecenie (art. 74b ObrInstrFinU) został dopuszczony w omawianym sposobie egzekucji, za czym przemawia brak konieczności złożenia dyspozycji przeniesienia instrumentów finansowych przez klienta firmy inwestycyjnej. Aktualne pozostają wątpliwości związane z ryzykiem manipulacji ceną sprzedaży instrumentów finansowych, która ustalana jest indywidualnie przez strony¹⁵.

Zaprezentowane wyniki analizy potwierdzają preferowany przy tym sposobie egzekucji tryb sprzedaży egzekucyjnej instrumentów finansowych, a mianowicie na zlecenie odbywające się na zasadzie pośrednictwa podmiotu profesjonalnego w zawieraniu transakcji. Zastosowanie trybu sprzedaży egzekucyjnej w obrocie wtórnym poza obrotem zorganizowanym bez zlecenia, dla którego skuteczności wymaga się złożenia dyspozycji

14 Cf. M. Rośniak-Marczuk, *op. cit.*, s. 353.

15 *Vid. ibidem*, s. 354.

przeniesienia instrumentów finansowych, jest niedopuszczalne. Wniosek tej treści wynika z § 85 ust. 2 PostFIR. Wcześniejsze spostrzeżenia potwierdzają wynik wniosku *a contrario* zakazu z art. 9118 § 1 pkt 2 k. p. c. Sprzedaż w inny sposób, niż na zlecenie, nie jest możliwa przy tym sposobie egzekucji, czego wyrazem jest nieumieszczenie jako wyjątku w art. 9118 § 1 pkt 2 k. p. c. dyspozycji przeniesienia instrumentów finansowych.

Ustanowienie zabezpieczenia finansowego (art. 5 ust. 1 ustawy o niektórych zabezpieczeniach finansowych) w formie przeniesienia na wierzyciela instrumentów finansowych wymaga zgodnie z treścią § 136 PostFIR złożenia przez klienta dyspozycji przeniesienia po przedstawieniu umowy o ustanowienie zabezpieczenia. Jeżeli w związku z wykonywaniem dyspozycji przeniesienia ustanowiono blokadę na instrumentach finansowych będących przedmiotem zabezpieczenia, a instrumentów finansowych jeszcze nie przenieśliśmy, firma inwestycyjna jest zobowiązana do przerwania transferu instrumentów finansowych stanowiących zabezpieczenie oraz do zniesienia tej blokady.

Należy pochylić się także nad skutkami skierowania zajęcia do walorów, z których wykonywane są dyspozycje z § 85 PostFIR i § 86 PostFIR. Czynności związane z przeniesieniem podejmuje się niezwłocznie po złożeniu przez klienta stosownej dyspozycji, jednak nie wcześniej, niż po zweryfikowaniu złożonych przez klienta dokumentów, na których podstawie dyspozycja ta ma zostać wykonana. W przypadku, gdy firma inwestycyjna poweźmie na podstawie tych dokumentów uzasadnione wątpliwości wskazujące, że przeniesienie instrumentów finansowych ma na celu obejście prawa lub z przedstawionych dokumentów wynika w sposób oczywisty, że przeniesienie instrumentów finansowych jest sprzeczne z przepisami prawa, podmiot ten może odmówić wykonania dyspozycji. Przed dostarczeniem odmowy klient firmy inwestycyjnej powinien mieć możliwość złożenia wyjaśnień.

Jeżeli wystąpią wymienione wyżej dla przykładu czynności, umiejscowione są w fazie wykonywania dyspozycji przeniesienia instrumentów finansowych, której przedmiotem jest przeniesienie tych instrumentów w wyniku transakcji lub zdarzenia prawnego w obrocie wtórnym poza obrotem zorganizowanym. Zakończenie tej fazy zbiega się z chwilą niemożliwego do odwołania transferu instrumentów finansowych przez firmę inwestycyjną inicjującą proces. Dyspozycje, których przedmiotem jest przeniesienie instrumentów finansowych lub środków pieniężnych do innej firmy inwestycyjnej lub banku powierniczego są wykonane z chwilą, gdy przerwanie transferu tych walorów okaże się niemożliwe. Dostrzeżona w § 111 ust. 1 PostFIR kwalifikacja pozwala przyjąć założenie, że za dyspozycję objętą zakazem z art. 9118 § 1 pkt 2 k. p. c. należy uznawać każde polecenie, jeśli jego przedmiotem jest przeniesienie środków pieniężnych.

Wobec powyższego nasuwa się spostrzeżenie, iż wyrażony przez Rośniak-Marczuk¹⁶ pogląd o wynikaniu zakazu wypłacania pieniędzy z zakazu wykonywania dyspozycji w

16 *Vid. ibidem*, s. 153.

światle założonej koncepcji wykładni zdezaktualizował się z chwilą wejścia w życie PostFIR¹⁷, z którego usunięto katalog dyspozycji klienta dotyczący środków pieniężnych. Zakaz wypłacania pieniędzy pełni od 17. 12. 2009 roku samodzielną funkcję względem zakazu wykonywania dyspozycji z art. 9118 k. p. c. i obejmuje wyłącznie wypłacenie pieniędzy do rąk uprawnionego.

Podsumowując, należy zauważyć, że środki pieniężne i niepieniężne będące przedmiotem wykonywanej dyspozycji przeniesienia zostają objęte granicami zajęcia. Przeniesienie tych środków na drodze wykonanej dyspozycji przeniesienia instrumentów finansowych i środków pieniężnych pozostaje bez wpływu na granice zajęcia – w takim przypadku zasadne jest odpowiednie zastosowanie art. 885 k. p. c. z mocy art. 909 k. p. c. w zw. z art. 902 k. p. c.¹⁸

Następną dyspozycją wymagającą omówienia jest dyspozycja ustanowienia blokady. Możliwość złożenia tej dyspozycji przez klienta firmy inwestycyjnej została przewidziana w treści § 109, § 118, § 130, § 137 PostFIR. Zgodnie z określonym sposobem posługiwania się przez ustawodawcę wyrażeniami „dyspozycja” i „polecenie” analizowanym zakazem zostaną objęte te polecenia dłużnika egzekwowanego, których przedmiotem będzie ustanowienie zabezpieczenia wierzytelności lub ograniczonych praw rzeczowych na zajętych instrumentach finansowych.

Zabezpieczenie wierzytelności polegające na ustanowieniu na prowadzonym dla klienta rachunku blokady określonej liczby instrumentów finansowych zostało uregulowane w § 109 PostFIR. Zabezpieczenie to jest połączone z ustanowieniem nieodwołalnego pełnomocnictwa dla osoby uprawnionej z tytułu blokady – wierzyciela – do sprzedaży zablokowanych instrumentów finansowych i zaspokojenia się z uzyskanych w ten sposób środków pieniężnych. Firma inwestycyjna dokonuje blokady na rachunku po otrzymaniu umowy o jej ustanowieniu i złożeniu dyspozycji przez klienta.

Zgodnie z § 118 ust. 1 PostFIR zabezpieczenie wierzytelności polegające na ustanowieniu zastawu na określonej liczbie instrumentów finansowych zapisanych na rachunku jest wykonywane przez firmę inwestycyjną po otrzymaniu umowy zastawu i złożeniu przez klienta dyspozycji blokady instrumentów finansowych. W przypadku, gdy zabezpieczenie wierzytelności polega na ustanowieniu zastawu rejestrowego na podstawie ustawy o zastawie rejestrowym, firma inwestycyjna wymaga dodatkowo odpisu z rejestru zastawów stanowiącego dowód wpisu do rejestru (§ 118 ust. 2 PostFIR).

Zabezpieczenie wierzytelności polegające na ustanowieniu blokady zgodnie z treścią § 109 lub § 118 ust. 1 PostFIR powstaje z chwilą ustanowienia blokady wierzytelności zapisanych na rachunku. Ustanowienie blokady na wierzytelnościach objętych zasta-

17 Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 20 listopada 2009 r. w sprawie trybu i warunków postępowania firm inwestycyjnych, banków, o których mowa w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, oraz banków powierniczych, Dz.U. 2009 nr 204 poz. 1577.

18 *Vid.* M. Rośniak-Marczuk, *op. cit.*, s. 226 i nast.

wem rejestrowym ma charakter techniczny¹⁹ – zgodnie z art. 2 ZrU²⁰ zastaw rejestrowy powstaje z chwilą wpisu do rejestru zastawów. Odmowa ustanowienia blokady na wierzytelnościach, na których ciąży ten szczególny rodzaj zastawu, będąca konsekwencją dostosowania się firmy inwestycyjnej do treści wezwania komorniczego zart. 9118 § 1 pkt 2 k. p. c. nie ma wpływu na ważność ustanowionego zastawu rejestrowego.

Powyższe uwagi zostały przedstawione między innymi ze względu na prawdopodobieństwo wystąpienia w praktyce sytuacji, w której wezwanie komornicze zostało doręczone po uzyskaniu wpisu do rejestru zastawów, a przed ustanowieniem blokady na wierzytelnościach. Odmowa wykonania dyspozycji ustanowienia blokady lub odstąpienie od jej wykonania przez poddłużnika nie odnosi negatywnego skutku w postaci unieвозмоwienia zastawnikowi ochrony swoich praw, jeśli doszło do zajęcia instrumentów finansowych nim obciążonych.

W ramach uzupełnienia należy wskazać, iż odmowa ustanowienia blokady na instrumentach finansowych w związku z zastawem może łączyć się z odmową ustanowienia blokady na środkach pieniężnych klienta. Taka sytuacja będzie miała miejsce, gdy wolą dłużnika było przekazywanie firmie inwestycyjnej świadczenia głównego, do którego jest obowiązany z tych instrumentów. Zgodnie z § 120 ust. 2 PostFIR *ab initio* blokadę środków pieniężnych można ustanowić dopiero w momencie, gdy instrumenty finansowe zostaną obciążone. Instrumenty obciążone, o których mowa w § 120 ust. 2 PostFIR, to takie, wobec których dokonano czynności technicznej ustanowienia blokady na rachunku.

Ustanawianie zabezpieczeń finansowych polegających na ustanowieniu blokady instrumentów finansowych wskazanych w umowie o blokadzie finansowej (art. 5 ust. 1 pkt 3 NzfU²¹) lub zastawu finansowego na określonej liczbie instrumentów finansowych (art. 5 ust. 1 pkt 2 NzfU) zostało uregulowane odpowiednio w § 130 i § 137 PostFIR. § 130 ust. 1 PostFIR nie precyzuje, czy wymóg złożenia dyspozycji ustanowienia blokady przez klienta jest warunkiem niezbędnym dla ustanowienia zabezpieczenia. W sytuacji, gdy dłużnik zamierza wykonać przysługujące mu prawo zastępowania składników zabezpieczenia w związku z ustanowioną blokadą finansową, firma inwestycyjna wykonuje określone czynności nie wcześniej niż po przyjęciu dyspozycji ustanowienia blokady. Pomimo niewyrażonego *expressis verbis* wymogu złożenia dyspozycji ustanowienia blokady na rachunku należy w nawiązaniu do sposobu kwalifikacji analizowanych wyrażen z § 111 PostFIR założyć, że każde polecenie ustanowienia blokady na rachunku jest objęte zakazem wykonywania dyspozycji z art. 9118 k. p. c.

¹⁹ Vid. J. Widło, *Zastaw rejestrowy na prawach*, Warszawa 2008, s. 544.

²⁰ Ustawa z dnia 6 grudnia 2009 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów, Dz. U. 1996 nr 149 poz. 703.

²¹ Ustawa z dnia 2 kwietnia 2004 r. o niektórych zabezpieczeniach finansowych, Dz. U. 2004 nr 91 poz. 871.

Złożenie dyspozycji przez klienta jest warunkiem ustanowienia pozostałych zabezpieczeń finansowych z NzfU. Stanowi o tym wyraźnie treść § 136 PostFIR oraz § 137 PostFIR. Zgodnie z tym drugim wymóg złożenia dyspozycji obowiązuje także w przypadku, gdy dłużnik ma zamiar wykonać przysługujące mu zgodnie z umową zastawu finansowego prawo zastępowania składników zabezpieczenia.

Zabezpieczenie z art. 5 ust. 1 pkt 3 od wejścia w życie NzfU to jest 01. 05. 2004 roku do wejścia w życie PostFIR⁴ to jest do 30. 04. 2005 roku ustanawiane było zgodnie z odrębnymi przepisami, czyli § 72 – 77 rozporządzenia PostFIR³²². Zgodnie z § 72 PostFIR3 ustanowienie blokady finansowej było zależne od złożenia przez klienta odpowiedniej dyspozycji. Zatem zakaz wykonywania dyspozycji dłużnika obejmował w okresie od wejścia w życie art. 9118 k. p. c. to jest od 05. 02. 2005 roku do 30. 04. 2005 roku dyspozycję ustanowienia blokady przy ustanawianiu zabezpieczenia polegającego na ustanowieniu blokady finansowej. Sformułowanie „zgodnie z odrębnymi przepisami” z NzfU odsyła aktualnie do § 130 PostFIR zamiast do § 109 PostFIR (dawnego § 72PostFIR3).

Na tle nieobowiązującego PostFIR3 Karolina Włodarska-Dziurzyńska²³ wyraziła pogląd o istnieniu zasady statuującej wymóg złożenia dyspozycji, jeżeli czynność ma za przedmiot instrumenty finansowe lub środki pieniężne. Autorka zajęła stanowisko, iż wymóg ten nie stoi w sprzeczności z założeniami unijnymi dyrektywy 2002/47/WE z dnia 6 czerwca 2002 roku w sprawie uzgodnień dotyczących zabezpieczeń finansowych. Przedstawione argumenty przemawiają za uznaniem wymogu złożenia dyspozycji ustanowienia blokady względem wszystkich zabezpieczeń na instrumentach finansowych za obowiązujący.

W treści § 107 PostFIR zawarto upoważnienie firmy inwestycyjnej do zmiany formy zabezpieczenia i sposobu wykonywania czynności określonych w oddziałach II i III rozdziału VI PostFIR. Wydaje się, że nie ma znaczenia w analizowanym przypadku okoliczność sformułowania wyraźnego wymogu przyjęcia polecenia klienta przez firmę inwestycyjną, na podstawie którego ustanawia się zabezpieczenie. Dla uznania, czy polecenie klienta jest objęte zakazem wykonywania dyspozycji z art. 9118 § 1 pkt 2 k. p. c., rozstrzygające znaczenie będzie miała jego treść.

Ze względu na niepełną delegację ustawową art. 94 ust. 1 pkt 1 ObrInstrFinU zasadne wydaje się przywołanie wykładni *analogia legis* pozwalającej na związanie skutków prawnych art. 9118 § 1 pkt 2 k. p. c. w zw. z § 70 lub z § 58 PostFIR z przypadkiem rozstrzyganym, choć nieunormowanym. Skutkiem następczym zakazu wykonywania dyspozycji

22 Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 3 września 2002 r. w sprawie trybu i warunków postępowania domów maklerskich i banków prowadzących działalność maklerską oraz banków prowadzących rachunki papierów wartościowych. Dz. U. 2002 nr 165 poz. 1354.

23 *Vid.* K. Włodarska-Dziurzyńska, *Blokada rachunku papierów wartościowych jako sposób zabezpieczenia wierzytelności*, Polsko-Niemieckie Centrum Prawa Bankowego Uniwersytetu Jagiellońskiego: Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 2005, s. 90.

wobec zlecenia nabycia instrumentów finansowych jest odmowa ustanowienia lub zniesienie blokady środków pieniężnych. Zastosowanie wniosku *per analogiam* pozwoli rozciągnąć zakaz ustanawiania zabezpieczenia na środkach pieniężnych na wszystkie przypadki, których następstwem wykonania polecenia dłużnika byłoby ustanowienie zabezpieczenia na zajętych środkach pieniężnych przez firmę inwestycyjną. Propozycja wypełnienia zidentyfikowanych luk w prawie jest spójna z założeniami ustawodawcy. Wybrane rozstrzygnięcie interpretacyjne motywowane jest potrzebą zapewnienia spójności między formułowanymi obowiązkami w zawiadomieniu dłużnika oraz w wezwaniu poddłużnika.

Następnie analizie należy poddać sytuację, w której firma inwestycyjna ustanawia blokadę autonomiczną na instrumentach finansowych lub środkach pieniężnych stanowiących zabezpieczenie spłaty kredytu lub pożyczki. O możliwości ustanowienia zabezpieczenia w tej formie pod udzielony kredyt na nabycie instrumentów finansowych stanowi § 100 ust. 2 pkt 5 PostFIR. Do ustanowienia zabezpieczenia pożyczki udzielanej przez firmę inwestycyjną § 100 PostFIR stosuje się odpowiednio.

Blokada ustanawiana w związku z udzielanym kredytem lub pożyczką ma charakter uznaniowy. Zastosowanie tego zabezpieczenia jest wyrazem ogólnych norm ostrożnościowych przedsięwziętych przez bank. W praktyce ustanawianie blokady stało się powszechnym standardem mitygującym ryzyko spłaty występujące zarówno po stronie klienta, jak i banku. Postawienie środków pieniężnych pochodzących z kredytu do dyspozycji klienta poprzedza w takiej sytuacji wykonanie dyspozycji ustanowienia blokady na instrumentach finansowych. Dla określenia skutków doręczonego wezwania komorniczego właściwe są uwagi przedstawione przy omawianiu dyspozycji ustanowienia blokady z § 109 PostFIR.

Blokada środków pieniężnych jest sprzężona z wysokością aktualnego zabezpieczenia kredytu lub pożyczki, w praktyce najczęściej określanego procentowo. W wyniku spadku wartości instrumentów finansowych stanowiących zabezpieczenie spłaty kredytu brakująca suma zabezpieczenia uzupełniana jest środkami pieniężnymi, na których ustanawiana jest blokada. W wyniku wzrostu wartości instrumentów finansowych stanowiących zabezpieczenie nadwyżka środków pieniężnych z ustanowionego zabezpieczenia przekazywana jest do dyspozycji klienta. Zgodnie z wcześniejszymi ustaleniami przedstawionymi przy omawianiu możliwości ustanowienia zabezpieczenia na środkach pieniężnych z NzfU firma inwestycyjna nie powinna ustanawiać zabezpieczeń na zajętych środkach pieniężnych na polecenie dłużnika.

Okoliczność wykonania dyspozycji ustanowienia blokady jest jedną z tych czynności rozporządzających, która, następując po zajęciu, objęta jest nieważnością wobec wierzyciela (wyjątek w tym przypadku stanowi ustanowienie blokady w związku z ustanowionym zastawem rejestrowym, jeżeli zastaw rejestrowy powstał przed zajęciem). W związku z tym rozporządzenie tego rodzaju nie stoi na przeszkodzie uzyskaniu zaspokojenia

przez wierzyciela egzekwującego z instrumentów finansowych lub środków pieniężnych zapisanych na rachunkach dłużnika²⁴.

Następną dyspozycją wymagającą omówienia jest dyspozycja zniesienia blokady, o której wyraźnie stanowi § 114 PostFIR. Analiza będzie właściwa także wobec pozostałych dyspozycji wynikających z odpowiedniego stosowania § 114 z mocy § 127 ust. 1 PostFIR. Wykonanie polecenia klienta tej treści pozostaje bez wpływu na granice zajęcia wytyczone przy tym sposobie egzekucji. Wydaje się, że za objęciem dyspozycji zniesienia blokady zakazem z art. 9118 § 1 pkt 2 k. p. c. przemawia ustanowienie z chwilą wszczęcia egzekucji blokady na zajętych środkach pieniężnych i niepieniężnych przez poddłużnika. Wydaje się, że powyższe stanowi jedyne uzasadnienie dla takiego działania ustawodawcy.

Analizując dalej, warto zauważyć, że żądanie wystawienia świadectwa depozytowego nie jest objęte zakresem zakazu wykonywania dyspozycji. Za poglądem tej treści przemawia art. 9 ObrInstrFinU, zgodnie z którym świadectwo depozytowe wystawia się na żądanie posiadacza rachunku papierów wartościowych. W tekście prawnym brak podstaw pozwalających na zakwalifikowanie żądania posiadacza rachunku o tej treści za dyspozycję. Warto również zauważyć, iż ustawodawca nie kwalifikuje czynności technicznej polegającej na zablokowaniu instrumentów finansowych w związku z wystawionym świadectwem depozytowym za czynność rozporządzającą instrumentami finansowymi, pomimo iż od technicznej strony ustanawiana blokada nie różni się od tej, którą ustanawia się na podstawie PostFIR. Potwierdzono w związku z powyższym poprawność poglądu wyrażonego w doktrynie²⁵. Poddłużnikowi nie zakazuje się wystawienia świadectwa depozytowego na polecenie dłużnika.

Obszerność niniejszego artykułu nie pozwala na omówienie odrębności wynikających z rozbicia kompleksowej obsługi klienta między dwa i więcej podmiotów. Zdaje się jednak, że doręczone do banku powiernika wezwanie komornicze odniesie skutek wobec tych dyspozycji posiadacza rachunku, które są wykonywane przez ten podmiot. Zatem zasadne jest stanowisko, zgodnie z którym podmiot prowadzący rachunek wykonuje dyspozycję do chwili, gdy ma nad jej wykonywaniem kontrolę.

Tytułem podsumowania wypada wskazać, że z chwilą zawiadomienia osoby obciążonej obowiązkiem względem dłużnika podmiot ten jest zobowiązany do odstąpienia od wykonywania wszystkich dyspozycji, których przedmiotem są zajęte instrumenty finansowe i środki pieniężne. Zatem zajęcie skierowane do instrumentów finansowych i środków pieniężnych, z których poddłużnik wykonuje dyspozycje, jest skuteczne. Wykonanie dyspozycji nabycia instrumentów finansowych oraz dyspozycji zbycia instrumentów finansowych na rynku regulowanym stoi na przeszkodzie skuteczności zajęcia walorów, z jakich dyspozycje te wykonano. Kontynuowanie egzekucji z instrumentów finansowych

24 M. Rośniak-Marczuk, *op. cit.*, s. 248.

25 *Ibidem*, s. 139.

oraz środków pieniężnych, z których wykonano dyspozycję przeniesienia, jest możliwe na drodze zastosowania art. 885 k. p. c.

Wyrażone stanowisko stanowi konsekwencję obowiązywania szczególnego reżimu materialnoprawnego określającego charakter tych transakcji oraz założenia, że poddłużnik nie dysponuje środkami prawnymi, które pozwoliłyby odstąpić temu podmiotowi od wykonywania dyspozycji.

Zakończenie

Jak wynika z powyższych rozważań, zbudowany w oparciu o regulację materialnoprawną i procesową fundament argumentacyjny potwierdził tezę, iż zakaz wykonywania dyspozycji stanowi mechanizm prawny wpływający na skuteczność zajęcia w egzekucji sądowej z instrumentów finansowych i środków pieniężnych zapisanych na rachunkach dłużnika.

Rekonstrukcja wyrażenia „dyspozycja” w oparciu o obowiązujące przepisy prawa pozwoliła na odtworzenie obowiązującego od 17. 12. 2009 roku katalogu dyspozycji, o którym mowa w art. 9118 § 1 pkt 2 k. p. c. Tym samym interpretacja art. 9118 k. p. c. nie wymaga zastosowania wykładni celowościowej w sytuacji, gdy poddłużnikiem jest podmiot prowadzący działalność maklerską.

Analiza odcinka temporalnego badanego wyrażenia umożliwiła określenie przedziału czasowego, w którym analizowany zakaz odnosi skutek. Na tej obserwacji oparto stanowisko zobowiązujące poddłużnika do odstąpienia od wykonywania dyspozycji już wykonywanych z zajętych instrumentów finansowych i środków pieniężnych w razie wszczęcia egzekucji. Wykazano w związku z tym, że wykonanie przez poddłużnika niektórych dyspozycji objętych zakazem z art. 9118 § 1 pkt 2 k. p. c. z walorów zapisanych na rachunkach dłużnika ma wpływ na skuteczność zajęcia z chwilą ich wykonania.

W interpretacji przedstawiono rozróżnienie charakteru działalności firmy inwestycyjnej w związku z wykonywaną lub wykonaną dyspozycją. Wykazano, iż firma inwestycyjna działa na podstawie dyspozycji złożonej przez klienta do momentu jej wykonania, by następnie podjąć czynności w związku z wykonaną dyspozycją. W związku z tym zajęto stanowisko, zgodnie z którym między dyspozycjami nie zachodzi zjawisko konkurencji.

Realizowana strategia interpretacyjna umożliwiła rozważenie dopuszczalności innych trybów sprzedaży egzekucyjnej zajętych instrumentów finansowych. Wykazano w związku z tym, że tryb sprzedaży w obrocie wtórnym poza obrotem zorganizowanym bez zlecenia, dla którego skuteczności wymaga się złożenia dyspozycji przeniesienia instrumentów finansowych, został wyłączony w omawianym sposobie egzekucji.

W świetle przeprowadzonych analiz zasadny wydaje się pogląd, że poddłużnika należy uznawać za gwaranta realizacji zakazów umieszczonych w zawiadomieniu dłużnika. Poddłużnik, działając w granicach swoich uprawnień, odstąpi od wykonywania tych

dyspozycji dłużnika, które prowadziłyby do rozporządzenia zajętych na rachunkach walorami.

Warto zwrócić uwagę, że zasadnicza różnica między zakazem wykonywania dyspozycji interpretowanym w języku potocznym, a w języku prawnym jest taka, że poddłużnik wykonuje dyspozycję klienta nawet wtedy, gdy nie podejmuje żadnych czynności faktycznych.

SUMMARY

The interpretation of the legal obligation of a subject keeping an account of dematerialized securities in light of article 9118 of the Code of Civil Procedure – an analysis of the prohibition on enforcing a debtor's disposition

The article is devoted to a semantic analysis of the prohibition on executing a disposition which is imposed on a debtor who appears in an enforcement proceeding as a subject keeping an account of a debtor's dematerialized securities. The author analyzes the Code of Civil Procedure and Trading in the Financial Instruments Act in order to identify the legal meaning of the word 'disposition'. To this end, the author compares the obtained results with the meaning of the word in the vernacular, colloquial language and the specific language used by brokers. Then, based on the findings, the author explains the functioning of the prohibition to execute a disposition in selected situations which may occur at that stage of the manner of enforcement. It has been found that the obliged entity follows the notification of seizure until the dispositions have been enforced. After that moment, for each disposition, a proper evaluation of the notification of seizure is not possible.

KEYWORDS: Code of Civil Procedure, Trading in Financial Instruments Act, legal obligation

MARCIN CZERWIŃSKI

The law applicable to employment contracts under the Rome I-Regulation

Introduction

Conflict-of-law rules (private international law) determine which national law applies in a case with a connection to a foreign country¹. This area of law is of great practical importance in the European Union, especially for the proper functioning of the internal market. Its functioning is influenced by values like the predictability of the outcome of litigation and certainty as to the law applicable. The target situation is that the same national law is applicable irrespective of the country of the court in which an action is brought, without any danger that the same set of facts may be judged differently depending on which national private law reigns².

The question of which national law applies in a cross-border case is often decisive with regard to employment contracts, because national substantive employment laws of the Member States remain very different. Currently, EU employment law merely covers a limited number of issues: the realization of fundamental freedoms; the principle of non-discrimination; the transparency of working conditions and protection of worker health and safety; information and consultation of workers; rules on employee participation on company boards³. Moreover, the most commonly used legal form for the approximation of laws is directive, which leaves leeway in the implementation process. Thus, employment laws in Member States are far from unified⁴.

Conflict-of-law rules have been enacted in the form of the Rome I-Regulation. The analyzed regulation also determines to what extent the parties can make an effective choice of law applicable to a contractual relationship. The importance of these standards

1 K. Riesenhuber, *European Employment Law. A systematic Exposition*, Cambridge 2012, p. 169.

2 V. Recital 6 of Regulation EC No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations, 2008 OJ L 177/6.

3 V. K. Riesenhuber, *op. cit.*, p. 24–28.

4 *Ibidem*, p. 170.

is especially reflected in the case of employment contracts due to their social importance. The first aim of this paper is to outline the major issues relating to conflict-of-laws rules concerning the employment relationship. The second aim is to show the scope of the freedom to choose the law applicable to the employment relationship.

Background and sources of conflict-of-laws rules concerning employment contracts

Conflict-of-laws rules were initially enacted outside the Community Law system in the form of the 1980 Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (The Rome Convention⁵). Though the Convention was not a Community instrument provided for in the former Article 293 EC Treaty⁶, it was devised as a complementary instrument to EC law with a close relationship to the Community (see Article 20 on the precedence of Community law). Only EC Member States could accede to the Rome Convention and all EC Member States were required to do so⁷. The Convention regulated the law applicable to employment contracts in Article 6 but did not impede bilateral conventions concluded by the Member States, containing conflict of laws rules regulating employment contracts (Article 21).

The Amsterdam Treaty enabled the Union to adopt measures aimed at ensuring “the compatibility of the rules applicable in the Member States concerning conflict of laws and of jurisdiction” (see today’s Article 81(2)(c) TFEU⁸)⁹. The Vienna Action Plan of 1998 and the Hague Programme of 2004 asserted the importance of harmonized conflict-of-laws rules for contractual obligations.

Finally, the Rome I-Regulation of 17 June 2008 replaced the Rome Convention, transforming it into a Community instrument and modernizing it¹⁰. The regulation entered into force on 24 July 2008, applies to contracts concluded after 17 December 2009 and establishes uniform rules for determining the law applicable to contractual obligations in the European Union. It covers individual employment contracts in article 8. It must be added that, pursuant to a Protocol of the Amsterdam Treaty, Denmark does not participate in the measures of Title IV TFEU and these include the Rome I-Regulation (the Rome Convention remained in force), however, Ireland and the United Kingdom

5 Convention on the law applicable to contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980 80/934/EEC, 1980 OJ L 266/1.

6 Consolidated version of the Treaty establishing the European Community, 1997 OJ C 340/03.

7 K. Riesenhuber, *op. cit.*, p. 170–171.

8 Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, 2012 OJ C 326/01.

9 V. K. Riesenhuber, *op. cit.*, p. 171.

10 The law applicable to contractual obligations – The Rome I Regulation, Summaries of EU legislation.

have subsequently agreed to accept the Rome I-Regulation¹¹. The Regulation, like the rest of EU law, must be subjected to an autonomous interpretation, which means that the terms used in EU law require an autonomous EU interpretation (the common exception with regard to the term “worker” does not apply in private international law)¹². According to Article 23, the Regulation does not affect the “special” rules contained in particular regulations and directives.

In the area of employment law, there is also a Posting of Workers Directive¹³, which takes precedence over the Rome I-Regulation. The general rule in the Rome I-Regulation is that the employment relation of a posted employee is governed by the law of his home country (see Article 8(2)-(3)), but the Posting of Workers Directive extends a host Member State’s employee protection of a posted employee, and states that protection laws have the effect of “overriding mandatory provisions” within the meaning of Article 9 Rome I-Regulation.

Scope of the Rome I-Regulation in the context of employment contracts

The Rome I-Regulation applies to contractual obligations with connections to the laws of several states (Article 1(1)), although the connection can be limited only to the choice of foreign law under Article 3. Any law indicated in this Regulation should be applied, even if it is not that of a Member State. The Regulation always applies in these cases, when the contractual relationship is considered by a Court of one of the Member States¹⁴.

The provision of Article 8 applies to “individual employment contracts”, thus collective agreements are not covered. In the literature, the dominant opinion is that the law applicable to the “obligation” part of a collective agreement should be determined on the basis of the general conflict-of-law rules of the Regulation, namely Articles 3 and 4, while the law applicable to a non-contractual obligation in respect of the liability for damages caused by an industrial action - should be determined on the basis of Article 9 of the Rome II Regulation¹⁵. According to Article 12(1), the law applicable to employment contracts governs in particular: interpretation; performance within the limits of

11 K. Riesenhuber, *op. cit.*, p. 172.

12 *Ibidem*, p. 34 and 175.

13 Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, 1997 OJ L 18/40.

14 K. Riesenhuber, *op. cit.*, p. 173.

15 Regulation EC No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations, 2007 OJ L 199/40; M. Zachariasiewicz, *Komentarz do art. 8 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady WE nr 593/2008 w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych*, LEX 2013, para 3.

the powers conferred on the court by its procedural law, the consequences of a total or partial breach of obligations, including the assessment of damages in so far as it is governed by rules of law; the various ways of extinguishing obligations, and prescription and limitation of actions; the consequences of nullity of the contract. Although the Rome I-Regulation does not specifically refer to the “employment relationship”, it follows from Article 12(1)¹⁶. All claims arising from the legal relationship created as a result of the conclusion of the individual employment contract are within the scope of the law designated by Article 8. This law also defines the working terms and conditions to be observed by the employer in the context of a given employment relationship¹⁷.

For private international law purposes, the qualification of a legal relationship as an employment contract does not depend upon a national concept, but must follow an autonomous definition. Assuming the autonomous concept of the individual employment contract, it is a contract under which one party agrees during a specified time, for a remuneration, to perform actions for the second party, under her leadership, being incorporated into the organization of the second party's plant, without discretion with regard to making decisions in the enterprise and without incurring the risks of running this enterprise. The service rendered must involve effective and genuine activities. The amount of remuneration is not decisive¹⁸. The Court of Justice, in the case of *Shenavai v Kreischer*, emphasized that the contract creates a lasting bond which brings the worker to some extent within the organizational framework of the business of the undertaking or employer, and they are linked to the place where the activities are pursued¹⁹.

When it comes to the existence and material validity of the employment contract, they are determined by the law which governs it if the contract or term is valid (Article 10(1)). However, an exception is provided for in Article 10(2): a party, in order to establish that he did not consent to, may rely upon the law of the country in which he has his habitual residence if it appears from the circumstances that it would not be reasonable to determine the effect of his conduct in accordance with the law specified above. The same applies to agreement on the choice of law (Article 3(5))²⁰. The regulation does not apply to dealings that occur before a contract is concluded.

The rules concerning the formal validity of an employment contract are set out in Article 11. A contract concluded between persons who, or whose agents, are in the same country at the time of its conclusion is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs it in substance under the Regulation or of the law

16 K. Riesenhuber, *op. cit.*, p. 175.

17 M. Zachariasiewicz, *op. cit.*, para 31.

18 *Ibidem*, p. 91–92; And, for instance, ECJ Case C-94/07 *Raccanelli* 2009 ECR I-5939 para. 33; Case C-392/05 *Aevizos* 2007 ECR I-3505 para 67.

19 ECJ Case C-266/85 *Shenavai v Kreischer* 1987 ECR 239, para 16.

20 K. Riesenhuber, *op. cit.*, p. 184–184.

of the country where it is concluded. A contract concluded between persons who, or whose agents, are in different countries at the time of its conclusion is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs it in substance under the Regulation, or of the law of either of the countries where either of the parties or their agent is present at the time of conclusion, or of the law of the country where either of the parties has his habitual residence at that time. The rules are of little practical relevance with regard to employment contracts since they are not normally subject to formal requirements²¹. A unilateral act (for example, notice of termination) intended to have legal effect relating to an existing or contemplated contract is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs or would govern the contract in substance under the Regulation, or of the law of the country where the act was done, or of the law of the country where the person by whom it was done had his habitual residence at that time. But in the latter alternatives, there is a risk of circumvention of formalities required by more stringent law, when, for instance, an employer terminates the contract of a foreign employee working in the employer's state by making a phone call from the employee's state²².

The Regulation does not apply to a natural person's status. Thus, issues of capacity are not regulated in the Rome I-Regulation though there is an exception in Article 13. In a contract concluded between persons who are in the same country, a natural person who would have capacity under the law of that country may invoke his incapacity resulting from the law of another country, only if the other party to the contract was aware of that incapacity at the time of the conclusion of the contract or was not aware thereof as a result of negligence²³.

Concerning the evidence, the relevant provisions are in Article 18(2). A contract or an act intended to have legal effect may be proved by any mode of proof recognized by the law of the forum (*lex fori*) or by any of the laws under which that contract or act is formally valid, provided that such a mode of proof can be administered by the forum. But Article 18(1) stipulates that the law governing a contractual obligation applies to the extent that, in matters of contractual obligations, it contains rules which raise presumptions of law or determine the burden of proof²⁴.

21 *Ibidem*, p. 185.

22 *Ibidem*.

23 *Ibidem*.

24 *Ibidem*.

Choice of law applicable to an employment contract

There are two competing principles in the area of conflict-of-laws rules with regard to employment contracts: the principle of freedom of choice (freedom of contract, private autonomy) versus the protection of the employee as the “weaker party”. The first rule is located at the head of the rules in Article 3. Although the freedom of choice of laws applicable to the contractual relationship complements the principle of freedom of contract, they cannot be equated to each other. The scope of the parties’ freedom to shape the content of the contractual relationship is determined by the substantive norms of individual states, while the parties’ freedom of choice of laws applicable to the contractual relationship is shaped by private international law²⁵.

With regard to employment contracts, freedom of choice is adjusted to the principle of favorability, which allows room for mandatory legal provisions that would have been applicable in the absence of a choice (see Article 8(1) sentence 2), for the “overriding mandatory provisions” and for the *ordre public*. According to the assumption underlying employment law, the employer and the employee do not have equal bargaining power, and this is due to the fact that for the latter the existence of an employment relationship is often an issue on which the livelihood of themselves and their families depends. In turn, for the employer, the employee is often the only “person to work”. For the above indicated reason, the situation of the employee under the existing law needs to be strengthened in order to reduce the actually existing inequalities between the parties. On the basis of the substantive law of individual states, protection of the weaker party in the employment relationship (employee) is realized by adjusting certain elements of this relationship using *iuscogens* and *iussemidispositivum* provisions of the law. If the choice of laws applicable to the employment relationship was unlimited, the worker protection guaranteed in the substantive law of each country would be heavily compromised. For its repeal would be enough to have indicated the law of another state as appropriate to the employment relationship.

Moreover, it may happen that the connection between the parties’ contractual relationship with a particular state’s legal order is so strong that the exemption in full or even partial scope of the rules of that country to such a relationship may not be appropriate and, above all, may raise the objection of the state, because the state is usually interested in the regulation of contractual relations connected with its laws.

The choice of laws is the primary factor in the determination of the applicable law for employment contracts and enables the parties to choose a national legal system as a whole and to exclude the application of another legal system as a whole, including its mandatory provisions. Article 8(1) about the choice of laws governing an employment contract, refers to Article 3.

²⁵ *Ibidem*, p. 174.

Excluding an employment contract from the law is unacceptable. Using rules which do not comply with the law in force in a particular state (e.g. the rules of international contracts UNIDROIT or Principles of European Contract Law PECL) will have an effect limited only to substantive indication, not a choice of applicable laws. It would therefore be effective only within the restrictions of substantive freedom of contract, which are demarcated by the peremptory norm (*iuscogens*) of law applicable to the contract of employment. Thus, substantive indication of legal regulation does not remove the need to seek applicable laws²⁶.

Even though choice of laws is made at the same time and stipulated in the same document as an employment contract, it is still a separate contract²⁷. According to article 3(1) sentence 2, the choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case (implicitly). An implicit choice requires a subjective choice, even though it may be determined using objective factors. Indication of subjective intention and an actual choice may be an agreement of jurisdiction, reference to a national law, integration of the contract into national law, the language of the contract, the place in which the contract was concluded and the nationality of the parties²⁸.

According to Article 3(2), parties may at any time agree to subject the contract to a law other than that which previously governed it, whether as a result of an earlier choice or of Article 8(2)-(4). Thus, a choice of laws may be made initially or subsequently, it may also be changed later, even in court proceedings (expressly or implicitly). By their choice the parties can select the laws applicable to the whole employment contract or to separable parts of the contract (it is known as *dépeçage*), although the latter choice is of little practical importance in employment law (it may be useful in a pension agreement or a non-compete provision)²⁹.

Article 3(3) stipulates that in the situation where all elements relevant to the situation at the time of the choice are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of the parties cannot derogate mandatory provisions of the law of that country. The *ratio legis* is to prevent the circumvention of employment protection. The same applies to the provisions of EU law (regulations) where appropriate, as implemented (law implementing directive) in the Member State of the forum, which cannot be derogated from by agreement³⁰. In contrast, a choice of laws applicable to the employment relationship is fully effective if, at the time of making a choice, a relation-

26 V. 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation COM 2002 654 final, p. 13–14.

27 K. Riesenhuber, *op. cit.*, p. 179.

28 *Ibidem*, p. 179–180.

29 *Ibidem*, p. 180.

30 *Ibidem*.

ship is related to the laws of the different countries. Therefore, there must be an objective foreign (international) element in this relationship. Elements of the employment relationship, through which the link may be made with the laws of different countries include, in particular: the place where the employee works, the seat of the employer, the employer's place of residence, the place of residence of the employee, the worker's nationality or the employer's citizenship. The analyzed articles extend to all provisions of a state's law or EU law (also the law implementing EU law) which cannot be derogated from by agreement, not only in the category of overriding mandatory rules. In the great majority of cases, EU rules will be applicable if certain territorial conditions are met, however, it is not always clear whether a European Regulation or Directive is intended to be applied in a cross-border context³¹.

The choice of law applicable to an employment contract is also subject to further restrictions. According to Article 8(1) sentence 2, such a choice may not have the result of depriving the employee of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement under the law that, in the absence of choice, would have been applicable in the absence of choice. This area is not open to the parties' discretion. The above-mentioned protective provisions creating a minimum standard will be applied to the extent that they are more favorable for the employee than those of the law chosen by the parties (for example provisions against unfair dismissal, provisions on the protection of disabled people or mothers, the employee's right to paid leave and to a minimum daily leisure period, the employer's obligation to provide safe and healthy working conditions or to protect young workers)³². In this case, the law chosen continues in principle to be applicable, but it is corrected by provisions which would have been applicable in the absence of choice, providing for better protection for the employee (for example, by giving a longer period of notice). The issue of which provision is more favorable should be determined concretely in every case, by comparing groups of norms on a given issue. Thus, it is hard to determine the applicable law in advance and there is a risk that the employment relationship may become unbalanced³³. The analyzed provision does not preclude the application of provisions of the law chosen by the parties so that the issues related to an employee's protection is regulated in a more favorable manner. The limitation in Article 8(1) sentence 2, however, is milder than the limitation under Article 3(3)-(4), because it does not allow parties to disable only those peremptory norms whose purpose is to protect the employee, not all peremptory norms of the state.

31 V. F. Ferrari, S. Leible, *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich 2009, p. 334-341.

32 K. Riesenhuber, *op. cit.*, p. 181.

33 *Ibidem*, p. 181-182.

Law applicable to an employment contract in the absence of choice

Where the parties did not make a choice of laws, the applicable law must be determined by reference to objective criteria. They are regulated in Article 8(2)-(4) in hierarchical order. In the first place, the contract is governed by the law of the country in which or, failing that, from which the employee habitually carries out his work in performance of the contract (Article 8(2)). This provision is to be broadly construed³⁴. The habitual place of work (*lex loci laboris*) is demarcated by the place of actual employment, the place where the employee received instructions, the place where he must report before discharging his tasks and other factors characterizing the employment relationship. When those places are located in the same country, the situation falls within the scope of the concept “habitual place of work”³⁵. The case C-384/10 *Voogsgeerd* concerned a marine engineer residing in the Netherlands and employed by a Luxembourg ship owner. He carried out his work on board ships belonging to the ship owner which, however, began each voyage in Antwerp, where the owner also had its subsidiary. The Court held that the applicable law can be determined on the basis of Article 6(2)(a) of the Rome Convention (now Article 8(2) of the Regulation) and that there is no need to refer to the law of the country in which was located the “the place of business through which he was engaged” within the meaning of Article 6(2)(b) of the Convention (now Article 8(3) of the Regulation)³⁶. The concept of “habitually carries out his work” should be interpreted with regard to the interpretation adopted by the ECJ in the light of Article 19(2)b of the Brussels I Regulation³⁷, which refers to the place where the employee habitually carries out his work or the last place where he did so³⁸. According to the ECJ, the criterion of the country in which the work is habitually carried out must be understood as referring to the place in which or from which the employee actually carries out his working activities and, in the absence of a center of activities, to the place where he carries out the majority of his activities. In other words, in the light of Article 8(2) of the Regulation, the place in which or from which, in the light of all the factors which characterize that activity, the employee performs the greater part of his obligations towards his employer is decisive. The Court emphasized that the objective of Article 6 of the Rome Convention (Article 8 of the Regulation) is to guarantee adequate protection for the employee. This tends towards application of the law of the state in which he carries out his working activities rather than that of the State in which the employer is established. It is in the former

³⁴ *Ibidem*, p. 176.

³⁵ ECJ Case C-384/10 *Voogsgeerd*, 2011 ECR I-0000, para 40.

³⁶ *Ibidem*, para 29 and opinion of Advocate General V. Trstenjak delivered on 8 September 2011 in this case, para 60.

³⁷ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, 2001 OJ L 12/1.

³⁸ ECJ Case C-29/10 *Koelzsch* 2011 ECR I-1595 para 33.

State that the employee performs his economic and social duties and it is there that the business and political environment affects employment activities³⁹.

The second variant of Article 8(2) decrees that the place from which the employee habitually carries out his work (the so-called: “base rule”, “flight-attendant clause”) is the place where the employee performs the greater part of his obligation towards his employer⁴⁰. When it comes to personnel working on board aircraft or lorry drivers in the international transport sector, “a place from which the employee habitually carries out his work” could be especially a place from which the employee carries out his transport tasks, receives instructions concerning his tasks and organizes his work, the place where his work tools are situated, the places where the transport is principally carried out, where the goods are unloaded and the place to which the employee returns after completion of his tasks⁴¹. The case *Koelzsch* was about a worker residing in Germany, employed by a company from Luxembourg, who carried out his work as a truck driver, delivering goods from a supplier in Denmark to different addressees in Germany (mainly) and in other member states. The Court found that in this case it is possible to determine the country in which the employee habitually carries out work within the meaning of Article 6(2)(a) of the Rome Convention, and in this case it is Germany⁴².

The country where the work is habitually carried out shall not be deemed to have changed if he is temporarily employed in another country (Article 8(2) sentence 2). The decisive factor is not time alone (depending on circumstances, it may be either a week, month or year) but rather the intention of the parties (*animus retrahendi*)⁴³. Otherwise, the applicable law may be changed by sending an employee to work in another country. The situation from Article 8(2) sentence 2 takes place, when “the employee is expected to resume working in the country of origin after carrying out his tasks abroad”. Moreover, “the conclusion of a new contract of employment with the original employer or an employer belonging to the same group of companies as the original employer should not preclude the employee from being regarded as carrying out his work in another country temporarily”⁴⁴. The cited thoughts developed in Article 8(2) and expressed in recital 36 of the preamble were originally in the draft of the relevant provisions of the Rome I Regulation but they were removed in the course of legislative work. The doctrine stresses the reference to the traditional criteria, namely *animus revertendi* (employee’s intention to return) and *animus retrahendi* (employer’s intention to employ employee after his return). There is no specific criterion based on the number of years spent in a posting, which

39 *Ibidem*, para 42, 45 and 50; M. Zachariasiewicz, *op. cit.*, para 20 and 21.

40 ECJ Case C-29/10 *Koelzsch* 2011 ECR I-0000, para 46; K. Riesenhuber, *op. cit.*, p. 177.

41 ECJ Case C-29/10 *Koelzsch* para 49; K. Riesenhuber, *op. cit.*, p. 177.

42 M. Zachariasiewicz, *op. cit.*, para 18.

43 K. Riesenhuber, *op. cit.*, p. 177–178.

44 Recital 36 of Rome I-Regulation.

should be viewed positively, but the doctrine most often indicates a period of two years. The fact that the employment relationship between the employee and the employer began with the posting in another country does not interfere with the adoption, that it is still merely the posting which does not interrupt the essential applicable law. When the employment relationship ends with the completion of the posting, it does not determine the qualification of the posting as the work is habitually carried out in that country⁴⁵.

Article 8(3) provides a subsidiary criterion in such a way that where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraph 2, the contract is governed by the law of the country where the place of business through which the employee was engaged is situated. This provision is to be narrowly construed. The term “place of business” covers every stable structure of an undertaking (subsidiaries, branches, offices of an undertaking and also other units). The purely transitory presence in the State of an agent of an undertaking from another State for the purpose of engaging employees cannot be regarded as constituting a place of business which connects the contract to that State. The place of business must, in principle, belong to the undertaking which engages the employee, forming an integral part of its structure⁴⁶. Examples of application of this provision are situations of field installation workers, flights attendants, aircraft pilots, sales representatives and correspondents of news agencies and newspapers who do not perform their work at (or from) a single habitual place or who perform their work in an area outside state territories. The place of business should not denote a place which merely acts as a mail-box⁴⁷. The relevant matters are not those relating to the performance of the work but only those relating to the procedure for concluding the contract (the place published in the recruitment notice, the place of recruitment interview)⁴⁸. The word “engaged” in Article 8(3) is considered questionable in this context. The doctrine is unclear whether this implies the conclusion of an employment contract (which would indicate a company through which the agreement was concluded) or whether it rather implies the organizational inclusion of an employee in the structure of a particular plant. Because the first option creates more possibilities for manipulation by the employer (the possibility of setting up an enterprise in a specific country only to conclude employment contracts), we should agree with the supporters of the second option. The lack of clarification of the meaning of the “place of business” in the context of Article 8(3) to distinguish it from the term “place of business” in Article 19 of the Rome I Regulation is often criticized⁴⁹.

In article 8(4) there is an exception allowing for a deviation from the basic rules, that where it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely

45 M. Zachariasiewicz, *op. cit.*, para 14 and 15.

46 ECJ Case C-384/10 *Voogsgeerd*, para 53–58.

47 K. Riesenhuber, *op. cit.*, p. 178.

48 ECJ Case C-384/10 *Voogsgeerd*, para 50.

49 M. Zachariasiewicz, *op. cit.*, para 24 and 25.

connected with a country other than that indicated in paragraphs 2 or 3, the law of that other country shall apply. As in several other provisions of the Regulation, in Article 8(4) the correction rule is expressed and reserved for exceptional cases, thus courts should apply it only in special circumstances⁵⁰. Exemplification of these circumstances is the nationality of the parties, the language of the contract, the currency in which the remuneration is to be paid, the existence of previous employment contracts subject to the law of the other country, the place representing the center of the activities of the employer, the place of residence or the seat of the employee and the seat of the employer in the same (“other”) country, the existence of connected employment contracts (a contract between one employer and different workers), etc.⁵¹ A place of residence in the same country, however, turned out to be insufficient for the repeal of the law of the country in which the employee habitually carries out his work in the English case of *Shekar v Satyam Computer Services*⁵². The provision in question does not allow the seeking of the most favorable solutions for the employee in substantive meaning⁵³.

Overriding mandatory provisions, reservation of public policy and exclusion of renvoi

Article 9(1) defines “overriding mandatory provisions” as provisions which are regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organization, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract under Regulation. The court applies overriding mandatory provisions of the law of a particular country. These provisions are different in nature than the previously analyzed more favorable provisions regulated in art. 8(1), because they are mandatory internationally and prevail over both the choice of laws and objectively determined applicable law⁵⁴. Public law norms, provisions enforced by criminal law or by a public agency, provisions regulating economic or social policy, protecting institutions (instead of groups or individuals) may often be recognized as overriding mandatory provisions (but not always). Widely recognized are norms such as the protection of export bans, foreign exchange regulations, provisions regarding the protection of a market and competition, provisions on sick pay, the protection of pregnant workers and women, provisions on mass dismissal;

50 *Ibidem*, para 27.

51 K. Riesenhuber, *op. cit.*, p. 179.

52 *Shekar v Satyam Computer Services* 2005 ICR 737.

53 M. Zachariasiewicz, *op. cit.*, para 30.

54 *Ibidem*, p. 182.

whereas the general law against unfair dismissal or the right to reduce working hours to part-time are not recognized as overriding mandatory provisions⁵⁵.

Article 9(2) stipulates that the applicable law does not restrict the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum. In turn, according to Article 9(3), the effect may be given to the overriding mandatory provisions of the law of the country where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed, in so far as those overriding mandatory provisions render the performance of the contract unlawful. In this case, the decision to apply overriding mandatory provisions belongs to the discretionary power of the national court. Nevertheless, in considering whether to give effect to those provisions, their nature and purpose and the consequences of their application or non-application should be taken into account (Article 9(3) sentence 2).

In relation to the employment relationship, overriding mandatory provisions are subjected to special regulations in Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16.12.1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services. In recital 10 of the Directive, it was indicated that: *[w]hereas Article 7 of the said Convention [currently: Rome I-Regulation] lays down, subject to certain conditions, that effect may be given, concurrently with the law declared applicable, to the mandatory rules of the law of another country, in particular the law of the Member State within whose territory the worker is temporarily posted.* According to Article 3(1) of the Directive, member States ensure that, whatever the law applicable to the employment relationship, the undertakings guarantee workers posted to their territory the minimum terms and conditions of employment covering the following matters: (a) maximum work periods and minimum rest periods; (b) minimum paid annual holidays; (c) the minimum rates of pay, including overtime rates; this point does not apply to supplementary occupational retirement pension schemes; (d) the conditions of hiring-out of workers, in particular the supply of workers by temporary employment undertakings; (e) health, safety and hygiene at work; (f) protective measures with regard to the terms and conditions of employment of pregnant women or women who have recently given birth, of children and of young people; (g) equality of treatment between men and women and other provisions on non-discrimination. The contribution of Directive 96/71 is to designate at EU level a number of mandatory rules in transnational posting situations. In order to reconcile the different objectives it pursues, Directive 96/71 coordinates the laws of the Member States in order to lay down a nucleus of mandatory rules for minimum protection to be observed in the host country by employers who post workers to perform temporary work in the territory of a Member State where the services are provided. The directive requires the Member States to apply a number of national rules setting terms and conditions of employment

⁵⁵ *Ibidem*, p. 183.

to undertakings established in another Member State which posts workers to their territory in the framework of the transnational provision of services. The provisions of the Directive are closely linked with the provisions of the Rome I Regulation and are complementary. In turn, when the employee usually performs work in different countries, then the rules on posting an employee contained in the Directive will not apply.

When it comes to the public policy of the forum as a basis for refusal of the application of applicable law, Article 21 stipulates that the application of a provision of the law of any country specified by the Regulation may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy (*ordre public*) of the forum. It leaves room for the protection of the fundamental values of the court of law, which reflect the collective morality of the society. However, there is no possibility to apply the norm of the court of law in place of a foreign norm. Restrictions on application of a chosen law stipulated in Article 8(1), provisions preventing circumvention of the law in Article 3(3)-(4) and overriding mandatory provisions mean that the practical importance of public policy clauses in this area of law are limited⁵⁶.

The exclusion of *renvoi* is regulated in Article 20. According to its content, the application of the law of any country specified by the Regulation means the application of the rules of law in force in that country other than its rules of private international law, unless otherwise provided for in the Regulation. Otherwise, the indicated law could refer the case back or refer to the law of a third country (*renvoi*), leading to a potentially endless line of references. The advantages of this solution are: greater legal certainty, easier enforcement of the law by the parties and greater actual freedom of choice of law⁵⁷.

Conclusion

The employment relationship, like any contractual relationship, may be subjected to the laws chosen by the parties. The choice of the laws applicable to the contractual relationship, including the employment relationship, is possible even when this relationship is connected with the law of only one state. In such a situation, the effects of the choice, however, are very limited.

If the contractual relationship is connected with the laws of different countries, the choice of the laws applicable to that relationship is fully effective (subject to any specific restrictions relating only to the employment relationship). The choice of laws cannot limit the employee's protection guaranteed to him by preemptory norms of the state whose law would be applicable if the parties had not made a choice. In addition, in case of the posting of an employee, the effects of the choice are again limited by the mini-

56 K. Riesenhuber, *op. cit.*, p. 184.

57 *Ibidem*, p. 184.

mum requirements of the law of the Member State within whose territory the worker is posted regarding the seven abovementioned conditions.

It seems that the choice of the laws applicable to the employment relationship, although it is formally possible, has, in fact, limited practical importance. In principle only the law chosen by the parties, which is more favorable to the employee in relation to the law of the state whose law would be applicable in the absence of choice (and in the case of posting in comparison with the law of the state within whose territory the worker is posted regarding the seven conditions), will apply to the employment contract. The priority is therefore the protection guaranteed to the employee under the law of the state indicated by objective hyphens, while the law chosen by the parties may be used only when the employee is protected to a greater extent than by the law indicated by objective factors.

SUMMARY

The law applicable to employment contracts under the Rome I-Regulation

Private international law is of great practical importance in the European Union, especially for the proper functioning of the internal market. It has been enacted mainly in the form of the Rome I-Regulation. The question of which national law applies in a cross-border case is often decisive with regard to employment contracts, because national substantive employment laws remain extremely diversified. The first aim of this paper is to outline the major issues relating to conflict-of-laws rules concerning the employment relationship. The second aim is to show the scope of the freedom to choose the law applicable to the employment relationship. The employment relationship, like any contractual relationship, can be subject to the law chosen by the parties but this choice has limited practical importance. The priority is therefore the protection guaranteed to the employee under the law of the state indicated by objective hyphens.

KEYWORDS: private international law, Rome I-Regulation, employment contract, conflict-of-law rules

JOANNA SIEKIERA

European Union Policy towards the Pacific Island States

The underestimated relations between Europe and the Pacific

The European Union, as one of the most influential partners in geopolitics, tries to maintain close relations with all continents and regions worldwide. The scope and range, as well as the forms and methods of building multilateral linkages by Brussels vary. Areas such as diplomacy, international law, private business or global economics are, in fact, treated differently vis-à-vis each particular partner. There is no doubt that the Pacific region is not top of the European Union's list of partners. Additionally, the scale and rate of collaboration both in politics and economics with the Pacific has been relatively insignificant up to now. Therefore, any legal or extrajudicial means of cooperation with the Pacific island states will definitely differ from the measures taken by Brussels in relation to China, the United States of America (USA) or certain international organizations, like the Association of South-East Asian Nations or the World Trade Organization. Nonetheless, EU representatives, along with the Members States themselves, are strongly aware of the increasing importance of the South Pacific region. The most recent document, issued by the European Commission in June 2012, was the Joint Communication- *Towards a renewed EU-Pacific development Partnership*, preceded by the Joint Communication- *EU Relations with the Pacific Islands - A Strategy for a Strengthened Partnership* from 2006. There have also been some statements published by the European institutions as instantaneous responses to situations in individual South Pacific states, which will be presented in the following part of this paper.

The European Union's relationship with the island states in the South Pacific is an unfamiliar and highly specialised subject, which is why this area has been the focus of insufficient analysis. There are few professionals dealing with the process and forms of bilateral cooperation between Europe and the Pacific¹, especially when it comes to the

¹ By the term „Pacific”, the author means here the region of the South Pacific Ocean which covers three subregions: Micronesia, Polynesia and Melanesia. Such a definition is far from the

legal terms. It is worth emphasising that according to Western experts, the Pacific area has an increasing role in the geopolitics of the 21st century. In the late 80s, when the process of regionalisation in the subcontinent started to be formalized², a motto was launched “The Pacific Century”. Under the slogan, statistics are gathered and analyses are made by politicians, businessmen, academics and journalists to defend the thesis that the Pacific region will finally become a politically and economically significant partner in the 21st century³. The world’s attention is nowadays focused mostly on South East Asia, neglecting at the same time the more numerous United Nations Member States in the Pacific⁴. What is necessary to add is that the region is evidently achieving primacy in geopolitical domination, while the Micronesian, Polynesian and Melanesian states are no longer isolated parties. They might *de facto* and *de iure* (after achieving international legal status as sovereign states), become new international business partners. What those entities can provide in return are attractive markets along with unexploited resources.

The countries of these two continents are part of the same western civilisational and legal culture. The island states are former colonies of the European metropolis, therefore they are more connected with EU members than with any Asian hyper-economy. What is more, they recognise their shared values and historical, political, economic and cultural ties. From the legal point of view, these groups of states have a high respect for the promotion of human rights and fundamental freedoms, democracy and the rule of law. They are aware of the need for heightened and efficient global and regional cooperation, mainly through the United Nations (UN), following the purposes and principles of the Charter⁵.

common understanding of the Pacific region as part of the Asian continent. It appears obvious that EU relations with the tycoons of Asia are on a high and well-developed level while collaboration with the Pacific island states remains neglected.

2 More about the phenomenon of regionalisation in the South Pacific see: J. Siekiera, *International Cooperation among States in the South Pacific Region*, in: “Folia Iuridica Wratislaviensis” vol. 2, no. 2/2013, University of Wrocław, Wrocław 2013.

3 “The Pacific Century” concept illustrates the expected and desired course of international relations in the 21st century on the Pacific Ocean, that is where world powers and the former colonial metropolis are extending their influences. According to the former Ambassador to Belgium, Luxembourg, the EU and NATO, Brendan Nelson: “Five of the world’s economic powerhouses are in the Asia Pacific – US, China, India, Japan and the Republic of Korea” in: *Europe and the Asia Pacific*, in “Policy Briefs” No. 010/2012. More on this topic: S. Terry, *Where the wave of the future will crest?* in: “The Christian Science Monitor”, 28.09.1982; H. Clinton, *America’s Pacific Century*, in: “Foreign Policy” 11.11.2011; D. Rumley, *The Geopolitics of Asia-Pacific Regionalism in the 21st Century*, in: “The Otemon Journal of Australian Studies” 2005, vol. 31, p. 5–27.

4 Interview with D. Zdziech, chairman of the Polish Association ANZORA (Australia, New Zealand and Oceania Research Association), Cracow 15.03.2013.

5 The purposes and principles of the United Nations are written in the 1st chapter of the Charter of UN from 26 June 1945. Compare those values with the chapeau of the European Union –

European Union cooperation programs aimed towards the developing island states

Before the particular programs directed by the European Union towards the Pacific states are presented, it is necessary to pay attention to the Pacific entities' varied forms of international legal status. Without going into details, one needs to be aware of the existence of three groups of countries. These are: 1) fully independent states⁶: (besides Australia and New Zealand as the largest and most developed countries in the region) Papua New Guinea, the Republic of Fiji, the Solomon Islands and the Republic of Vanuatu from Melanesia, the Republic of Kiribati and the Republic of Nauru from Micronesia and the Independent State of Samoa, the Kingdom of Tonga and Tuvalu from Polynesia; 2) dependent states, such as French Polynesia (dependent on France), the Hawaiian Islands (USA), the Eastern Island (Chile) and the Pitcairn Group of Islands (British Overseas Territories); 3) free associated states⁷: the Republic of Palau, the Federated States of Micronesia and the Republic of the Marshall Islands (associated with the USA), Niue and the Cook Islands (associated with New Zealand). These two latter groups of countries are not independent, therefore they are not entitled to sovereignty nor to maintain their own international relations, such as entering into cooperation with intergovernmental organizations. Consequently, they can function and act on the international arena only through their partner states.

The Delegation of the European Union complements the embassies of the European Union members. This institution, based in Fiji⁸, has the geographical coverage of the Pacific region (regional organizations like the CROP agencies⁹), the Pacific sovereign states (so-called *Pacific countries of the African, Caribbean and Pacific Group*, P-ACP) and Overseas Countries and Territories, OCT. The Delegation provides and manages external assistance, on the basis of the EU budget and the European Development Fund,

Australia Partnership Framework adopted at the annual Foreign Ministers' on 29 October 2008.

6 In accordance with art. 1 of the Montevideo Convention on the Rights and Duties of States from 26 December 1933.

7 This specific international legal status can be chosen on the basis of e principle VI of the UN Resolution 1541 (XV) adopted on the Fourth Committee on 15 December 1960.

8 There are also other Delegations of the EU in the South Pacific: the EU Delegation in Papua New Guinea, East Timor, Solomon Islands, Vanuatu and New Caledonia and Samoa. More about the institutional framework of those delegations: website of the delegations of the EU in the Pacific: http://eeas.europa.eu/delegations/fiji/eu_pacific/political_relations/institutional_framework/index_en.htm.

9 Council of Regional Organisations in the Pacific (CROP) is a family of agencies occupied by progressing and facilitating human development of the islands states, established in 1988. Websites of the Pacific Islands Forum: <http://www.forumsec.org/pages.cfm/about-us/crop>; website of the Secretariat of the Pacific Community: <http://www.sopac.org/index.php/crop>.

which will be introduced later in this paper¹⁰. In 2005, Brussels undertook grand commitments to increase its aid programmes, as well as to improve the contribution of “non aid policies”. The latter procedures include more efficient execution of the Millennium Development Goals (MDG) of the UN¹¹ to meet challenges in developing countries. Additionally, the ACP states and the EU have agreed to enhance the political and legal dimension of their partnership by means of a more systematic and formal dialogue. Such discourse ought to be based on written, binding and executed principles of partnership as well as ownership. Moreover, the political aspect was enlarged to security issues. Other dimensions of cooperation between the two continents are good governance, democratic principles, human rights, and the rule of law, with the aim of being far more constructive and operational¹².

In 2006, the Communication from the European Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee, entitled “EU Relations with the Pacific Islands - A Strategy for a Strengthened Partnership” was issued¹³. This document was established in the context of the EU-ACP Partnership¹⁴. The Cotonou Agreement signed in 2000, after an amendment in 2010, remains the most comprehensive partnership agreement between 79 developing countries from Africa, the Caribbean, the Pacific and the European Union¹⁵. Former European Trade Commissioner, Peter Mandelson, said that the EU needed to build a new affiliation with the South Pacific states, which in turn would lead to a strengthening of the region, both in terms of economic and humanitarian development¹⁶. The two revisions (in 2005 and 2010) of the Agreement introduced, after over 30 years of cooperation, new challenges, such as state fragility, regional integration, aid effectiveness, food security and climate change¹⁷. The amendments to the text were also necessary from the perspective of enlargement of the EU. The actors in cooperation are mainly states (through their au-

10 Website of the Delegation of the European Union for the Pacific: http://eeas.europa.eu/delegations/fiji/eu_pacific/political_relations/index_en.htm.

11 More on the eight Millennium Development Goals see: website of the United Nations: <http://www.un.org/millenniumgoals/>.

12 Art. 8 of the revised Cotonou Agreement of 2005.

13 Brussels, 29.05.2006, COM 2006 248 final.

14 The other informal name is “Cotonou Agreement”. The official name of the document is: Partnership Agreement between the members of the African, Caribbean and Pacific Group of States of the one part and the European Community and its Member States of the other part, signed on 23 June 2000 in Cotonou, Bénin.

15 The act is in force until 2020.

16 Statement of EU Trade Commissioner P. Mandelson, April 2007.

17 Compare the original, consolidated text of the Cotonou Partnership Agreement from 2000 and two revisions; official information issued by the European Commission *The Cotonou agreement Signed in Cotonou on 23 June 2000, Revised in Luxembourg on 25 June 2005, Revised in Ouagadougou on 22 June 2010*, Official Journal of the European Union, 2012.

thorities and/or organisations of states) as well as non-state actors (economic and social partners from the private sector, such as trade union organisations, civil society, etc.). It has to be added that all members of the Pacific Islands Forum (PIF)¹⁸ are parties to the document. Such a comprehensive partnership between Europe and the South Pacific is based on three complementary pillars: development cooperation, economics and trade, as well as the political dimension¹⁹. Here, it is only worth recalling the trade relations between Brussels and the Pacific region. Exports to the EU from the South Pacific are dominated by coffee, coconut, caviar, fish and palm oil. Imports, in turn, to the Pacific are dominated by electrical machinery and equipment. Overall, trade relations between Brussels and the Pacific island states are on a very small scale both in absolute and relative terms²⁰.

Another Joint Communication “Towards a renewed EU-Pacific development Partnership” pronounced in 2012 by the European institutions shows the great concern to establish close relations with “this region [as] an emerging foreign policy priority for both the EU and many of its strategic partners such as the US, Japan, China, Russia and India”²¹. The European Union, as a global player, aims at renewing and reinforcing the partnership beyond a donor-recipient connection. The funds coming from Brussels to the developing island states are called the European Development Fund (EDF). The first part of the programme took place in the years 1959–1964, while the latest one was indeed the Revised Cotonou Agreement (2008–2013)²². The tenth EDF covered an overall budget of 22 682 million Euros. The strategy is divided into two focal areas:

18 PIF appears to be the most influential regional organization in the South Pacific, comprising 19 island states. See the website: <http://www.forumsec.org.fj/pages.cfm/about-us>.

19 Website of the European Commission: http://ec.europa.eu/europeaid/where/acp/overview/cotonou-agreement/index_en.htm.

20 For more on this subject, see the official EU reports on trade of the European Commission: <http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/regions/pacific/> (20.05.2014). Read the schemes of the programmes presented by non-governmental organizations and branches of the public sector dealing with the aid to non-European countries, like the Pacific Institute of Public Policy with the headquarter in Vanuatu or British think tank, Overseas Development Institute. N. Soni N. and D. Brien, *Beyond Fish and Coconuts: Will the New EU Trade Policy Support Development in the Pacific Islands?* essay issued by the Overseas Development Institute in 2012; *Aid, Trade, Charade?* Discussion paper No. 14 by the Pacific Institute of Public Policy, June 2010.

21 Art. 1 of Joint Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of The Regions: Towards a renewed EU-Pacific development Partnership, 2012/06.

22 EDF editions with the appropriated legal basis in the form of an agreement: First EDF: 1959–1964, Second EDF: 1964–1970 (Yaoundé I Convention), Third EDF: 1970–1975 (Yaoundé II Convention), Fourth EDF: 1975–1980 (Lomé I Convention), Fifth EDF: 1980–1985 (Lomé II Convention), Sixth EDF: 1985–1990 (Lomé III Convention), Seventh EDF: 1990–1995 (Lomé IV Convention), Eighth EDF: 1995–2000 (Lomé IV Convention and the revised Lomé IV), Ninth EDF: 2000–2007 (Cotonou Agreement), Tenth EDF: 2008–2013 (Revised

Sustainable Management of Natural Resources and Environment, and Regional Economic Integration²³. The European Development Fund remains the main instrument for providing EU aid for development cooperation with the Pacific²⁴.

Legal and extrajudicial measures

However, two previously mentioned Communications do not possess legally binding power over the forthcoming and indeed desired cooperation between those two continents. The documents themselves, as acts issued by one of the European Union institutions, cannot bind the organization nor any Member State. Therefore, values and norms written in the Communications are only guidelines, advice on which direction the EU is going, as well as guidance for its members. One may charge for the usage of extrajudicial methods and not for so-called hard law means. The latter ones are final, binding and for this reason, states are not willing to apply them to such international duties, which will be executed according to the norms of international law. The soft law measures of cooperation, in turn, like the Communication mentioned above, are less formal, and more suitable and flexible for any party in international relations. They are far quicker to achieve, allowing clever forms of implementation and finally, those methods appear to make things easier when it comes to reaching conclusions. For these reasons, at the beginning of collaboration, when entities are just entering into close cooperation, it is more likely and proper for them to start with non-binding acts²⁵.

Relatively, there are many European programs aimed towards the poor, developing island states, including non-binding statements, official warnings and reactions to the situation in the South Pacific region. It is worth mentioning a few of them as it becomes obvious that EU relations with this subcontinent meaningfully differ. "The European Union would like to convey its deepest sympathy and solidarity with the people of

Cotonou Agreement). From the website of the European Commission: http://europa.eu/legislation_summaries/development/overseas_countries_territories/r12102_en.htm (19.05.2014).

23 Regional Economic Integration is also a part of "The Pacific Plan". Such regional strategy was introduced for strengthening cooperation and integration between the Pacific island countries, in the process of regionalization. The main international organization responsible for this international phenomenon was the PIF, mentioned above. See the website of the Pacific Islands Forum Secretariat: <http://www.forumsec.org/pages.cfm/strategic-partnerships-coordination/pacific-plan>; the exact data on the funds used in the EDF, see: http://eeas.europa.eu/delegations/fiji/eu_pacific/political_relations/agreements/index_en.htm.

24 For more detailed information about the programme and the fund, see: Pacific Region – European Community Regional Strategy Paper and Regional Indicative Programme for the Period 2008 – 2013, signed in Strasbourg on 15 November 2008; website of the Summaries of the EU Legislation: http://europa.eu/legislation_summaries/development/overseas_countries_territories/r12102_en.htm.

25 J. Sutor, *Leksykon dyplomatyczny*, Warsaw 2010, p.104.

Tonga affected by this natural disaster.” said Ambassador Andrew Jacobs from the EU Delegation for the Pacific after channelling European financial aid to the Government of Tonga in April 2014²⁶. Next, Adapting to Climate Change and Sustainable Energy (ACSE) appears to be another unique area of collaboration. In February 2014, the European Union signed a financing agreement with the Pacific Islands Forum Secretariat to help the 15 Pacific ACP countries in adapting to climate change, reducing their reliance on fossil fuels and finally with capacity building²⁷. Illegal fishing and illegal purchasing of the national fishing zones is another big problem for the poor island countries²⁸. The European Commission, in its official warning issued in June 2014, highlighted that Papua New Guinea was not doing enough to fight against illegal, unreported and unregulated (IUU) fishing, that it lacks a system of sanctions and has deficiencies in controlling and surveillance of fisheries²⁹. Last but not least, the European Instrument for Democracy and Human Rights (EIDHR) is the main tool for the promotion of human rights around the world, including Pacific ACP partners. The EU and those island states are engaging in a comprehensive and deep political dialogue on human rights, rules of law and democracy in a global context. The initiative had a €1.1 billion budget in the years 2007–2013. This mechanism is indicative of the EU’s conviction that the reduction of poverty is the main goal of its overseas development mission. And for this reason, it will only be achieved in a democratic structure, using legal methods, where human rights are respected and upheld³⁰.

Conclusion

The second decade of the 21st century calls into question fossilized international relations, the primacy of the Euro-Atlantic community and indeed does “pivot” or “rebalance” the world’s economic, political and military resources towards the Pacific region³¹.

26 *European Union contributes towards rehabilitation work in Tonga*, leaflet issued by Secretariat of the Pacific Community, 8.04.2014.

27 *European Union and Pacific Islands Forum Secretariat sign a FJ\$90.8m. programme on climate change*, Joint Press Release from the European Union and the Pacific Islands Forum Secretariat, 27.02.2014.

28 M. Jędrusik, *Wyspy tropikalne; W poszukiwaniu dobrobytu*, Warsaw 2005, p. 155–159.

29 *Commission warns Philippines and Papua New Guinea over insufficient action to fight illegal fishing*, Press release by the European Commission, 10.06.2014.

30 Website of the Delegation of the European Union for the Pacific: http://eeas.europa.eu/delegations/fiji/eu_pacific/political_relations/political_framework/index_en.htm.

31 B. Ghoshal, *The Russian Pivot to Asia Pacific*, issue brief no. 242 for the South Asian think tank The Institute of Peace and Conflict Studies, November 2013; J. Parello-Plesner, *Grading Europe in the Asia-Pacific: European Foreign Policy Scorecard 2013*, in: “Asia Pacific Bulletin, No 203, 28.02.2013; H. Takkula, *EU relations with Asia-Pacific partners ‘increasingly important’*, “Parliament Magazine” 4.11.2013.

The South Pacific as a subcontinent, along with its numerous sovereign states, is visibly getting a lead in geopolitical domination. The Micronesian, Polynesian and Melanesian countries are no longer isolated parties in the global arena. Many statistics and analyses indicate the appearance of a new (equally treated - J. S.) international business partner- that is the Pacific. On the other hand, a huge specific of this region, its uniqueness, brings a need for separate treatment. The attractive markets with their unexploited recourses can be additional benefits of possible and very desirable cooperation. The presented European funds, aid policies or strategic schemes are some of the legal frameworks of such inter-continental collaboration. As soon as the European Union agrees on that, the sooner the governments, companies and inhabitants of those two regions will benefit from this unusual cooperation.

SUMMARY

European Union Policy towards the Pacific Island States

The article concerns the idea as well as the form of international cooperation between states and international organizations, illustrated by the example of the relationship between the European Union and the Pacific region. There is some useful literature on the subject but this needs be to completed. The influences of the world's leaders collide on the Pacific Ocean, which gives this area primacy in geopolitical domination, slowly downgrading the Atlantic Community. The main purpose of the paper is, therefore, to research the possibilities and methods of legal and extrajudicial cooperation between two continents which are very distant from each other. This work underlines the difference between official policy, presented by the regional intergovernmental organizations, and the individual policies of member states, who are not tied down by Brussels politics and may maintain their own foreign relations.

KEYWORDS: European Union, foreign policy, European Union foreign policy, Pacific, South Pacific, Pacific island

MARTA ZALEWSKA-GŁOGOWSKA

A More Economic Approach to the Application of EU Merger Control

Economic and legal approaches are different from a normative, as well as from a structural perspective¹. The former stresses welfare goals and, ultimately, efficiency, thus using formal models in order to demonstrate the welfare effects of the various goals of competition (i.e. maximisation of total welfare versus consumer welfare). Meanwhile, the latter is more functional and focuses on the economic aims of the European Union and on constitutional principles such as the rule of law and legal certainty. Therefore, it views the aims of competition law as sub-goals in relation to a wider set of constitutional goals.

Despite these visible differences, it is widely accepted that the role of economics in competition law has grown significantly in recent decades². Experience has shown that neither a purely legal approach nor a purely economic approach, but rather a combination of these two approaches, is most desirable for the proper functioning of EU competition rules.

The roots of the more economic approach to competition law are to be found in the theses of the Chicago school of antitrust theory, which revolutionized the interpretation of US antitrust law in the 1970s and 1980s³. According to the fundamental Chicago view, the pursuit of economic efficiency should be an exclusive goal of competition law⁴.

1 C. Kirchner, *Goals of Antitrust and Competition Law Revisited*, [in:] ed. D. Schmidtchen et al., *The More Economic Approach to European Competition Law*, 2007, p. 9.

2 K. Czapracka, *Aksjologiczne ramy unijnego prawa konkurencji*, [in:] ed. A. Nowak-Far, *Konstytucja Gospodarcza Unii Europejskiej. Aksjologia*, 2010, p.133–138; A. Italianer, *The Interplay Between Law and Economics*, Speech at Charles River Associates Annual Conference, Brussels, 8 December 2010.

3 S. Stroux, *US and EC Oligopoly Control*, 2004, p. 179; M. Stefaniuk, M. Swora, *Richarda Allena Posnera ekonomiczna analiza prawa i poglądy na nową gospodarkę*, [in:] *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, ed. C. Banasiński, E. Stawicki, 2007, p. 41.

4 R. H. Bork, a prominent member of the Chicago school of thought, wrote: 'competition must be understood as the maximization of consumer welfare or, if you prefer, economic efficiency'; v. R. H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, 1993, p. 426–429.

This paradigm shall be perceived as contrary to the ordoliberal economic philosophy⁵, which advocates that the aim of competition law is to create and protect the conditions of competition as such, and therefore sees competition as a value in itself and not just as a means by which purely economic objectives – such as efficiency – are to be achieved.

While the concept of the more economic approach originally comes from US antitrust law, it is claimed that it was the European Commission who largely inspired the increased role that economics has come to play in constructing competition under EU law, as well as merger cases⁶. As early as the 1990s, it began to move away from its ordoliberal stance towards a realignment of the goals of competition law with modern economic thinking on efficiency and consumer welfare. This gradual revolution, which covered not only the interpretation, but also the application of substantive law, is often called the ‘more economic approach’⁷.

In general terms, the more economic approach to the application of EU merger law implies increased reliance on theoretical concepts from industrial economics and quantitative methods of analysis, firstly, in cases of investigations and, secondly, in formulating legislation and defining the criteria that are set⁸. In other words, a tendency of the ‘more economic approach’ in EU merger control is to base the assessment of each specific case on the assessment of its anti- and pro-competitive effects (effects-based approach), rather than on the form of the intrinsic nature of particular practice (form-based approach)⁹. It is, however, essential to understand that the more economic approach to the application of EU merger law covers different layers: substantive, procedural, organisational and practical. The substantive core of the more economic approach to EU merger control consists of the new prohibition criterion included in Merger Regulation (EC) No 139/2004¹⁰ and the concept of efficiency defence. These substantive issues are, in turn, complemented by some procedural changes, which include *inter alia* an increase in the

5 Ordoliberalism, which was conceived in Germany in the 1930s and nurtured at the University of Freiburg, constitutes a comprehensive political and economic philosophy, which has, however, important implications for competition policy; v. A. Jones & B. Sufirin, *EU Competition Law, Text, Cases and Materials*, 2011, p. 35.

6 S. Voigt, *More Economic Does Not Necessarily Mean ‘Better’ – Perils and Pitfalls of the More Economic Approach as recommended by the European Commission* [in:] *The More Economic Approach to European Competition Law*, ed. D. Schmidtchen et al., 2007, p. 97.

7 The more economic approach affects not only EU merger control but also Article 101 and 102 TFEU. Actually, a more economic approach was already the driving force behind the reform of the treatment of vertical restraints under Article 81 EC, which led to the adoption of the new Block Exemption Regulation EC No 2790/1999.

8 A. Christiansen, *The ‘more economic approach’ in EU merger control*, 7 CESifo Forum, 2006, p. 34; J. Hertfelder, *Der ‘more economic approach’ bei Art. 82 EGV*, 2006, p. 10.

9 D. Schmidtchen et al., *op. cit.*, p. 1.

10 Council Regulation EC no. 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) 2004 OJ L24/1.

Commission's investigative powers and an extension of time limits in complex cases. Moreover, the concept of the more economic approach is related to some organisational changes within the structure of DG Competition, which has led to the recruitment of industrial economists to enhance the Directorate General's economic capabilities. Finally, the more economic approach has also influenced merger control practice, which is particularly noticeable in the common use of quantitative analysis in competitive assessment of notified concentrations.

Merger Control under EU Law

EU merger control constitutes the third pillar of EU competition law, operating beside Article 101 and Article 102 TFEU¹¹. It comprises the common idea that legal control of mergers is an important component of any regime for regulating competition¹². Surprisingly, legal rules on EU merger control do not appear in the text of the Lisbon Treaty¹³, but are instead found in the separate Merger Regulation (EC) No 139/2004. This is a consequence of political sensitivity and, at the same time, the controversial nature of merger law in general¹⁴. A great example of the difficulties involved in the regulation of EU merger control is the negotiations which preceded the adoption of the first Merger Regulation in 1989¹⁵, which took over 16 years (the first draft of merger control regulation was proposed by the Commission as early as 1973).

The primary reason for adopting Regulation (EEC) No 4064/89 was to cover the loophole arising from the fact that under some circumstances the Commission was not entitled to prohibit a merger (under Article 101 and 102 TFEU)¹⁶, although it could have a negative impact on competition within the internal market¹⁷. Under the regime of Regulation (EEC) No 4064/89 the Commission was empowered, for the first time

11 Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community 2006 OJ C306/1.

12 P. Craig, G. De Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, 2011, p. 1046.

13 Legal provisions on EU mergers were not included in the Treaty of Rome (Treaty establishing the European Economic Community 1957). On the contrary, the now expired Treaty of Paris (Treaty establishing the European Coal and Steel Community 1951) contained Article 66, which regulated merger control for coal and steel undertakings.

14 M. P. Broberg, *The European Commission's Jurisdiction to Scrutinise Mergers*, 2003, p.1–3.

15 Council Regulation EEC no. 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings 1989 OJ L395/1.

16 As early as 1966 the Commission had published a memorandum on concentrations, which asserted the possibility of controlling those which affected competition at Community level through the use of what are now Articles 101 and 102 TFEU; *v.* Commission's Memorandum on the Problem of Concentration in the Common Market, EC Competition Series, 3 Study, 1966.

17 Recitals of Regulation EEC no. 4064/89; P. Stockenhuber, *Die Europäische Fusionskontrolle. Das materielle Recht*, 1995, p. 19.

in the history of the European Union, with an instrument designed specifically to assess concentrations with a Community dimension¹⁸. In order to enable the Commission to correctly appraise mergers, the substantive criteria of an assessment, which the Commission was required to undertake when a transaction fell within its jurisdiction, were laid down in Regulation (EEC) No 4064/89. According to Article 2(3) of Regulation (EEC) No 4064/89, a concentration had to be prohibited if it created or strengthened a dominant position, as a result of which effective competition were significantly impeded in the common market or in a substantial part of it. Taken literally, this would have implied a two-tier test involving proof of market dominance and the ensuing impediment of competition¹⁹. In practice, however, attention was focused almost exclusively on the establishment of market dominance²⁰.

The so-called dominance test, which could be described as a gradually refined application of the prohibition criterion, constituted the substantive part of the original Merger Regulation and was used for almost 15 years²¹.

Beginnings of the More Economic Approach to EU Merger Control

Since that time, both political and economic circumstances have changed radically. Additionally, experience has shown that the substantive test, which was based solely on the creation or strengthening of a dominant position, also called the DPT test – against which mergers were examined – was not perfect. Its flaw was that it did not catch cases of ‘unilateral effects’ where the merged entity could raise prices even though it was not the largest player (sole dominance) and without the need for any tacit coordination with other players (joint dominance)²². Actually, it was the case law of the Court of Justice of the European Union²³ (CJEU) that was to be the ultimate catalyst for change. In 2002,

18 M. Karl, *Der Zusammenschlußbegriff in der Europäischen Fusionskontrollverordnung. Eine Untersuchung unter Berücksichtigung der Entscheidungspraxis der Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, 1996, p. 29.

19 J. Barcz et al., *Prawo Gospodarcze Unii Europejskiej*, 2011, p. VI-148; an alternative interpretation of dominance test provides that mergers that create or strengthen dominance automatically also impede effective competition; v. L. Röller, M. de la Mano, *The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control*, 2 (1) European Competition Journal, 2006, p. 11.

20 E. Piontek, *Nowotendencje w prawiekonkurencji UE*, 2008, p. 259.

21 Until the adoption of recast Merger Regulation EC no. 139/2004, which came into force on 1 May 2004.

22 R. Wish, *Competition Law*, 2009, p. 853.

23 According to Article 19(1) TEU, the Court of Justice of the European Union includes, for the purposes of EU competition law, the General Court and the Court of Justice. Whereas, pursuant to Article 256(1) TFEU in conjunction with Article 263 TFEU, the General Court hears merger cases at first instance, whereas the Court of Justice hears merger cases at second instance.

the General Court made judgments in three different cases of particular importance: *Airtours*²⁴, *Schneider Electric*²⁵ and *Tetra Laval*²⁶. In all of them, the General Court struck down individual merger prohibitions that were challenged by applications for annulment. Noticeably, the objections in the three above cases were very similar. In its main findings, the General Court charged the Commission with assessment errors of undoubted gravity by ignoring economic theory and failing to meet the required standards of proof. Undeniably, the General Court's severe criticism effectively raised the threshold for a prohibition decision in terms of the quality and quantity of evidence that the Commission must produce as justification.

As the above-mentioned judgements constituted an unprecedented defeat for the Commission, they also became an incentive for the legislator to rethink the structure of a substantive dominance test. Only two weeks after the General Court handed down the last of these three judgements, the then Commissioner for Competition, Mario Monti – the first economist in the history of the European Union to hold this position – announced significant changes to the Commission's approach to EU merger control²⁷. The subsequent result was the introduction of a new, more economic approach to EU merger control.

Merger Control under Regulation EC no. 139/2004

The Commission's new economic approach to EU merger policy was unlike its new approach to Article 101 and 102 TFEU, which was based solely on legally non-binding soft-law. Rather, it was based on a formal legislative amendment to its legal basis. In 2004, the Council, based on a proposal from the Commission, adopted the new Merger Regulation (EC) No 139/2004²⁸, replacing the original Regulation (EEC) No 4064/89. The recast Merger Regulation came into force on 1 May 2004 and was considered the most far-reaching reform since the introduction of Regulation (EEC) No 4064/89 in 1990.

The amendment of Regulation (EEC) No 4064/89 bore fruit in the creation of totally new substantive assessment criteria for notified mergers. The primary reason for the need to change the wording of the original, the dominance test of EU merger law,

24 Case T-342/99 *Airtours plc v Commission* 2002 ECR II-2585.

25 Case T-310/01 *Schneider Electric SA v Commission* 2002 ECR II-4071.

26 Case T-5/02 *Tetra Laval BV v Commission* 2002 ECR II-4381.

27 M. Monti, *EU Competition Policy*, Speech at the Fordham annual conference on international antitrust law and policy, New York, 31 October 2002.

28 Council Regulation EC no. 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings 2004 OJ L24/1.

was the existence of a significant ‘gap’²⁹. The dominance test included in Regulation (EEC) No 4064/89 did not allow the Commission to prohibit mergers that created an oligopolistic situation, even where they would have a negative impact on competition within the internal market³⁰.

Despite the fact that there was general agreement on the idea that the Commission should be able to prohibit such mergers, the negotiations proceeded with difficulty. The discussion over the new substantive test created two opposing blocs. According to some Member States (i.e. the UK and Ireland), the Council should use the experience of US merger law and introduce the ‘substantial lessening of competition’ test, also known as the SLC test, which is to be found in the Clayton Act. According to Section 7 of the Clayton Act, the acquisition should be prohibited if it may have the effect of substantially lessening competition, or the tendency to create a monopoly³¹. They reasoned that the dominance-based test present under Regulation (EEC) No 4064/89 is logically flawed since dominance is meaningless in economic terms³². By contrast, the opponents of the US-inspired solution (particularly Germany) argued that the dominance test included in Regulation (EEC) No 4064/89 was a purely European concept and should be retained, as it was possible to treat problematic, oligopolistic scenarios of mergers under the concept of collective dominance³³. Moreover, some suggested that the Commission intended to broaden its powers through the revision of Regulation (EEC) No 4064/89, which they believed should not be the case.³⁴ Finally, the Council reached a solution that combined the two different ideas mentioned above. It introduced a test – the so-called SIEC test – which, on the one hand, was a mirror of the best substantive standards present under various national jurisdictions, and on the other hand, preserved the continuation of the original dominance test from Regulation (EEC) No 4064/89³⁵.

According to the new test introduced by the recast Merger Regulation (EC) No 139/2004, which is broader than the previous formulation, the Commission is now required to assess whether a concentration would significantly impede effective competition in the internal market, in particular as a result of the creation or the strengthening

29 J. Fingleton, *Does Collective Dominance Provide Suitable Housing for All Anti-Competitive Oligopolistic Mergers?*, [in] *EC Merger Control: A Major Reform in Progress*, ed. G. Drauz, M. Reynolds 2002, p. 349.

30 Merger Regulation EC no. 139/2004, recitals 25, 26.

31 15 U.S.C. § 18 1995.

32 L. Röller, M.de la Mano, *op. cit.*, p. 4.

33 U. Böge, E. Müller, *From the Market Dominance Test to the SLC Test: Are There Any Reasons for a Change*, 23 ECLR, 2002, p. 495, 498.

34 M. P. Broberg, *op. cit.*, p. 1.

35 The Commission described the reached solution as a truly European one; see *Merger Control: Merger review package in a nutshell*, Competition Policy Newsletter Special Edition 2 (2004); Merger Regulation (EC) No 139/2004, recital 6.

of a dominant position³⁶. In this way, the concept of dominance, crucial for the old dominance test included in Regulation (EEC) No 4064/89, remains present, although it is no longer an essential condition for prohibiting a notified merger³⁷.

Apart from a new SIEC test, there were also other equally important amendments introduced by Merger Regulation (EC) No 139/2004. These include e.g. greater procedural flexibility, particularly the ability to stop the decision timetable and to notify proposed concentrations before any binding agreement exists or bid is launched³⁸ and the introduction of enhanced enforcement powers.

As already stated, the primary reason for amending Regulation (EEC) No 4064/89 and introducing the new reformed test for assessing notified mergers was to catch the 'gap' cases. However, in practice, the Commission's merger policy has undergone a number of significant changes since the recast Merger Regulation (EC) No 139/2004 came into force in 2004, which go far beyond the mere inclusion of 'gap' cases. The Commission even decided to carry out structural changes in the internal organisation of the Competition Directorate by recruiting industrial economists to enhance the Directorate General's economic capabilities³⁹. As a consequence, the new SIEC test introduced by Merger Regulation (EC) No 139/2004 is just a part of the whole new European approach, described as a new economic approach to merger issues.

The More Economic Approach in the Commission's Practice

Generally, the more economic approach can be perceived as a concept of realignment of the goals of competition law with modern economic thinking on efficiency and consumer welfare, which covers not only the interpretation but also the application of substantive law⁴⁰. Nevertheless, the Commission's application of the more economic approach to EU merger law is characterized by several different implications.

The direct consequence of the adoption of Merger Regulation (EC) No 139/2004 was the issuance by the Commission of the Horizontal and Non-horizontal (vertical and conglomerate) Merger Guidelines, in 2004 and 2008 respectively⁴¹. Both these docu-

36 *V.* Article 2(2) and (3) of Merger Regulation EC no. 139/2004; H. Kamann, M. Selmayr ed., *European Competition Law. Texte und Materialien*, 2010, p. 32.

37 Merger Regulation EC no. 139/2004, recitals 25, 26.

38 J. Cook, C. Kerse, *op. cit.*, p. 2.

39 M. Monti, *Merger Control in the European Union: A Radical Reform*, Speech at the European Commission/IBA conference on EU merger control, Brussels, 7 November 2002.

40 A. Jones, B. Sufirin, *op. cit.*, p. 44.

41 Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings 2004 OJ C31/5; Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings 2008 OJ C265/6.

ments introduced significant changes to the Commission's substantive interpretation of EU merger law. For the first time the Commission expressly defined its understanding of the legal purpose of EU merger control⁴². Since then it has been clear that the Commission will prevent mergers that are likely to deprive customers of the benefits of competition, such as low prices, high quality products, a wider selection of goods and services and product innovations⁴³. In other words, the Commission acknowledged that the purpose of EU merger law is specifically to protect and enhance consumer welfare.

Explicitly connecting the prohibition of mergers with consumer welfare has another very important consequence. The Commission redefined the substantive interpretation of EU merger law and at the same time narrowed down its purpose. According to this new approach, only those mergers which actually pose a danger to consumer welfare can be prohibited. This means that neither the possible damage to market structures nor the idea of freedom of competition, when taken alone, is enough to prohibit a concentration. In the Non-horizontal Merger Guidelines, the Commission clearly states that direct consumer detriment is an indispensable condition for competitive harm under the recast Merger Regulation (EC) No 139/2004⁴⁴.

The influence of the redefinition by the Commission of the purpose of EU merger law has to be considered as having an enormous impact on the concept of competitive harm. Furthermore, it was a real turning point in the Commission's approach. Not that long ago, in 2001, the Commission decided to prohibit the merger of two US companies, without even assessing the merger's potential impact on consumer welfare, which caused considerable tension between the European Union and the United States⁴⁵.

Although the new interpretation of the concept of competitive harm given by the Commission is very clear, it is not uncomplicated from the legal point of view. The Council amended the old Merger Regulation and adopted the new one, but did not make consumer harm an explicit condition of incompatibility with the internal market, as it was a purely 'European' solution⁴⁶. Although the obligations imposed on the Commission by Merger Regulation (EC) No 139/2004 to take intermediate and ultimate consumers as well as technical and economic progress (provided that it is to consumers' advantage) into account when appraising concentrations, pointing towards a consumer welfare test, these obligations are not decisive as they do not unambiguously exclude a 'total welfare of efficiency' criterion⁴⁷. Furthermore, in the recast Merger Regulation (EC) No 139/2004, it is

42 What is important is that neither the old nor the new Merger Regulation identifies its legal objective, disappointingly.

43 Horizontal Merger Guidelines, point 8; Non-horizontal Merger Guidelines, point 10.

44 Non-horizontal Merger Guidelines, point 18.

45 *General Electric/Honeywell*, Case COMP/M.2220, Commission Decision 2004 OJ L48/1.

46 A. C. Witt, *From Airtours to Ryanair: Is the more economic approach to EU merger law really about more economics?*, 49 CMLR, 2012, p. 226.

47 A. Lindsay, *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, 2003, p. 47.

explicitly stated that the standards of competitive harm as applied by the CJEU and the Commission under Regulation (EEC) No 4064/89 shall be maintained⁴⁸.

Another implication of the more economic approach in the Commission's practice concerns the dominance criterion. The concept of dominance as such is an old concept and was defined for the first time by the CJEU in the 1970s in the context of decisions under what is now Article 102 TFEU⁴⁹. The legal definition laid down by the CJEU stated that the dominant position of an undertaking is attributed as economic strength which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and, ultimately, of its consumers⁵⁰. The concept of dominance is broad and therefore covers not only an undertaking's ability to affect consumer welfare but also the ability to exclude competitors from the market, which could be detrimental to the competitive structure. Therefore, it can be said that the concept of dominance basically captures almost every form of economic strength.

The definition of dominance articulated by the CJEU in the context of decisions relating to Article 102 TFEU was already being used by the Commission while appraising mergers under Regulation (EEC) No 4064/89. This practice was especially important due to the presence of the dominance test, as laid down in Article 2(2) of Regulation(EEC) No 4064/89. The revision of the substantive test of Regulation (EEC) No 4064/89 has the result that dominance is no longer an essential condition for declaring a concentration incompatible with the internal market. In order to bring the dominance concept in line with the Commission's modern welfare-based approach, it would have to be interpreted as inseparably connected with the detriment of consumers, resulting from the undertaking's market powers and thus ability to influence end prices, innovation, output or variety and quality of products. On the contrary, such an interpretation of the dominance criterion would not be compatible either with the original definition of dominance developed by the case law of the CJEU or the wording of the recast Merger Regulation (EC) No 139/2004 which states that the concept of dominance, which was crucial for the old dominance test included in Regulation (EEC) No 4064/89, remains the same⁵¹.

In referring to the merger guidelines issued by the Commission, it is apparent that the Commission is aware of the problematic nature of the traditional definition of the dominance criterion in the context of the SIEC test. Although the Commission, in

48 Merger Regulation EC no. 139/2004, recital 26.

49 Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission* 1978 ECR 207; Case 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission* 1979 ECR 461; Case 322/81 *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission* 1983 ECR 3461.

50 Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission*[1978] ECR 207, para 59.

51 Merger Regulation EC no. 139/2004, recitals 25, 26.

the recitals of the Horizontal Merger Guidelines, refers to the original definition of dominance developed by the case law of the CJEU, thus choosing not to reinterpret it as amounting to market power⁵², it does not discuss the concept of dominance in their substantive sections, neither in the Horizontal nor Non-horizontal Merger Guidelines.

Instead, both Horizontal and Non-horizontal Merger Guidelines include a formula, according to which the Commission appraises concentrations by examining whether they are likely to generate anticompetitive effects or not⁵³. Those effects, according to the guidelines, can either have a 'non-coordinated' or 'coordinated' nature. Non-coordinated effects, also referred to as 'unilateral effects', describe a situation where the elimination of important competitive constraints on one or more undertakings, resulting in increased market power, means that the merged entity gains the ability to increase prices and sustain the increase regardless of the behavior or reaction of other competitors on the market. Meanwhile, coordinated effects are those which arise when the concentration affects the nature of competition in such a way as to create or reinforce tendencies to parallel, uncompetitive behavior within an oligopolistic market⁵⁴. In other words, the entity created by the concentration would not be able to sustain increased prices unless its competitors in the market refrain from price or other forms of competition, not as a result of collusive behavior but solely because each of the undertakings independently recognizes the benefit of not competing aggressively.

The definitions of non-coordinated and coordinated effects included in the merger guidelines seem to create a circumvention of the original dominance formula. On the one hand, the Commission retained the definition of dominance developed by the case law of the CJEU, as it refers to this definition in the recitals of the Horizontal Merger Guidelines and thus chose not to reinterpret it as amounting to market power. On the other hand, however, the Commission, by introducing definitions of non-coordinated and coordinated effects in the merger guidelines, *de facto* read an unwritten market power requirement into the new SIEC test and thus, one could say, abandoned the original criterion of dominance⁵⁵.

Although the wording of the merger guidelines is far from unambiguous and unhesitating, the Commission's practice is already more clear and decisive. The Commission's new approach to EU merger control after adopting the recast Merger Regulation (EC) No 139/2004 is predominantly characterised by appraising a concentration based on its effects on competition, rather than based on the creation of a dominant position⁵⁶.

52 Horizontal Merger Guidelines, point 2.

53 Horizontal Merger Guidelines, point 22; Non-horizontal Merger Guidelines, point 28.

54 J. Cook, C.Kerse, *op. cit.*, p. 217.

55 A. C. Witt, *op. cit.*, p. 226.

56 *ABF/GBI Business*, Case COMP/M.4980, Commission Decision 2009 OJ C145/12, point 139; *Nokia/Navteq* Case COMP/M.4942 Commission Decision 2009 OJ C13/8, point 262; *Tom-Tom/Tele Atlas* Case COMP/M.4854 Commission Decision 2008 OJ C237/8.

Economic efficiencies should be perceived as another implication of the more economic approach. In terms of merger control, economic efficiency gains, also known as efficiencies, are effects resulting from a concentration which may counteract a merger's negative effects on competition and therefore weigh in favour of an approval decision⁵⁷. There are at least three arguments which support the rationale for taking into account efficiencies resulting from concentrations as a positive factor in concentration appraisal. First of all, the mergers deserve to be treated more benignly than cartels, as they are considered to be less harmful⁵⁸. Therefore, if economic efficiencies are taken into account when appraising cartels⁵⁹, there is all the more reason to consider them when evaluating mergers. Secondly, efficiencies may contribute to the achievement of the aims of the antitrust system, for example, through promoting consumer welfare or total welfare, and therefore provide a general benefit to society. Finally, concentrations may create efficiencies that increase competition on the market and such efficiencies should be especially encouraged. Although the above-mentioned arguments are irrefutable, the proper role of efficiencies in the appraisal of mergers has been one of the most controversial issues in the history of EU merger control⁶⁰.

Prior to the recast Merger Regulation (EC) No 139/2004, the Commission had never officially pronounced its opinion on whether efficiency effects were capable of offsetting anticompetitive effects under Regulation (EEC) No 4064/89⁶¹. However, as was stated before, the Commission's current more economic approach to EU merger law is characterized by, among other things, directing merger control especially towards the protection of consumer welfare. From this point of view, the Commission had to alter its previous approach to economic efficiency effects, since these effects lead to an overall increase in welfare, including the welfare of consumers.

Although there is no reference to efficiency effects in the main text of the new Merger Regulation (EC) No 139/2004, its recitals already state that it is appropriate, when ap-

57 P. Verloop, V. Landes, *Merger Control in Europe*, 2003, p. 53; F. Russo et al., *European Commission Decisions on Competition. Economic Perspectives on Landmark Antitrust and Merger Cases*, 2010, p. 362.

58 P. Lowe, Director-General of DG Energy and former Director-General of DG Competition, described cartels as 'arguably the most harmful type of competition infringement'; v. P. Lowe, *Competition Policy and the Global Economic Crisis*, "Competition Policy International", 2009, p. 19.

59 V. Article 101(3) TFEU as well as the Commission's Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty 2004 OJ C101/97, points 43, 48.

60 A. Lindsay, *op. cit.*, p. 424.

61 What is interesting is that the 1989 draft of Regulation EEC no. 4064/89 contained a provision, according to which, mergers could be approved when contributing to the attainment of the basic objectives of the Treaty in such a way that their economic benefits prevail over the negative effect they cause to competition; see Amended proposal for a Council Regulation EEC on the control of concentrations between undertakings 1989 OJ C22/14, recital 16.

praising a concentration, to take into account any substantiated and likely efficiencies in order to determine the impact of a concentration on competition, as it is possible that the efficiencies brought by the concentration counteract its negative effects on competition⁶².

The Commission explains the role of efficiency effects in appraising a concentration in more detail in the Horizontal and Non-horizontal Merger Guidelines⁶³. According to the guidelines, the Commission takes efficiencies into consideration as one part of the overall competitive assessment of a concentration. However, in the Commission's opinion, efficiencies may counteract a merger's harmful effects only if they cumulatively meet three conditions: (i) the efficiencies benefit consumers; (ii) are merger-specific; and (iii) are verifiable⁶⁴. Since the merger guidelines contain a clear recognition of the phenomenon of efficiencies offsetting the anticompetitive effects of a concentration, one could expect the Commission's practice to be in the same vein. The reality, however, is different. Since adopting the new Merger Regulation (EC) No 139/2004, the Commission has never approved a merger with serious anticompetitive effects on the grounds of countervailing efficiencies⁶⁵. This is not to say that merging parties in antitrust procedures do not try to demonstrate the existence of potential economic efficiencies of the notified concentration⁶⁶.

Finally, the Commission's new, more economic approach is first and foremost associated with the use of quantitative analysis in competitive assessments. Such analyses also play an important role in US merger law⁶⁷. They vary between relatively straightforward win/loss analyses to much more complicated and sophisticated merger simulation models. But whatever the form of such quantitative analysis is, the aim is always the same: namely to balance a concentration's pro-competitive effects against its anticompetitive effects in order to determine whether the conduct is on the whole beneficial, neutral or detrimental to consumer welfare. The definition and results of econometric analysis sound perfect in theory but the truth is that not everybody agrees that its benefits outweigh its disadvantages. First of all, it must be pointed out that the results of quantitative

62 Merger Regulation EC no. 139/2004, recital 29.

63 Horizontal Merger Guidelines, point 76; Non-horizontal Merger Guidelines, point 13.

64 Horizontal Merger Guidelines, point 78.

65 However, the Commission has occasionally cited efficiencies as additional factors for approving concentrations that did not present any serious anti-competitive effects; see *TomTom/Tele Atlas*, Case COMP/M.4854, Commission Decision 2008 OJ C237/8, point 238.

66 An excellent example of this is in the *Ryanair/Aer Lingus* case, where the Commission, in its final prohibition decision, reached the conclusion that, although the parties put effort into their detailing and quantifying of the expected efficiencies, they did not prove in a sufficient manner that the efficiencies meet the required conditions; see *Ryanair/Aer Lingus*, Case COMP/M.4439, Commission Decision 2008 OJ C47/9, point 1151.

67 I. Kokkoris, *Do Merger Simulation and Critical Loss Analysis Differ Under the SLC and Dominance Test?*, 27 (5) ECLR, 2006, p. 248.

analyses are not justiciable, as judges, who are usually not highly trained economists, cannot review them⁶⁸. Others are of the opinion that using econometric analysis in legal assessments makes it more difficult to predict the end result of the case, and thus reduces legal certainty⁶⁹. It is worth noting, however, that a more rigorous and economic analysis based approach is likely to lead to a significant increase in information which has to be provided by the parties of the antitrust proceedings. As a consequence, the Commission reviews the notified merger in much more detail, using the financial data prepared by bankers and analysts and internal documentation prepared in relation to the merger and markets concerned. All of this can only contribute to an increase in the transparency and objectivity of the whole procedure.

The reality in recent times is that econometric tools have often been applied in the Commission's competition practice⁷⁰. From the formalistic point of view, the frequent use of econometric studies by the Commission has one more effect: increasing the length of time it takes the Commission to take prohibition decisions, which is influenced by numerous quantitative analyses⁷¹. One could assume that the use of quantitative analyses has fundamentally altered the Commission's approach to merger assessments. But such an opinion proves to be misleading on closer inspection. It is important to note that econometric tools have not replaced the legal test underlying the Commission's competitive assessment⁷². Furthermore, they very often only serve the purpose of establishing facts relevant to the previously carried out legal evaluation⁷³. In such cases, the subsequent econometric calculations are simply regarded as additional evidence to the traditional, legal analysis of the relevant qualitative factors. So one could conclude that the use of quantitative analyses has not changed the Commission's approach to merger control at all, but merely supports evidence resulting from traditional, legal qualitative analyses which remain the fundament of the Commission's assessment.

68 A. Schmidt, S. Voigt, *Der „moreeconomicapproach“ in der Missbrauchsaufsicht: Einige kritische Anmerkungen zu den Vorschlägen der Generaldirektion Wettbewerb*, 11 *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2006, p. 1097.

69 U. Böge, *Reform der Europäischen Fusionskontrolle*, 2 *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2004, p. 138.

70 Examples of recent cases where the Commission decided to use econometric studies include: *Ryanair/Aer Lingus* where the Commission carried out a cross-section and several fixed-effects analyses to prove competitive restraints of the parties; and *Kraft Foods/Cadbury*, where the Commission used the econometric model to calculate the degree of cross-price elasticity between different types of food.

71 *Ryanair/Aer Lingus* Commission Decision from 2007 exceeded 500 pages, whereas by comparison the very first merger prohibition from 1991 (*Aerospatiale-Alenia/de Havilland* (Case IV/M.53) Commission Decision [1991] OJ L334/42) covered less than 40 pages.

72 D. J. Neven, *Competition economics and antitrust in Europe*, 21 (48) *Economic Policy*, CEPR & CES & MSH, 2006, p. 741.

73 A. C. Witt, *op. cit.*, p. 227.

Conclusions

The more economic approach to the application of EU merger law is a consequence of a gradual revolution which is spreading over different layers: substantive, procedural, organisational and practical, and must be seen in its wider context, as it covers not only merger control but competition law as a whole. The actual effect of this process is an interplay between the legal and economic issues present in merger cases, which has recently grown stronger. As a consequence, merger cases have become an intricate combination of legal arguments backed by solid economic analysis.

During the 1990s, the Commission had already begun to move away from its ordoliberal stance towards a realignment of the goals of competition law aided by modern economic thinking on the areas of efficiency and consumer welfare. Nevertheless, the major changes came later. The most significant was the adoption of the new Merger Regulation (EC) No 139/2004, which replaced the original Regulation (EEC) No 4064/89. The amendment to the original Regulation (EEC) No 4064/89 bore fruit in the creation of totally new substantive assessment criteria, the so-called SIEC test, of notified mergers. The introduction of the SIEC test, as a method of merger assessment based on the merger's market effects, including both the pro-competitive and the anti-competitive effects, opens new and broad perspectives to economists dealing with competition. But the recast Merger Regulation (EC) No 139/2004 was not the only legal change to introduce a more economic approach in EU merger control law. Although they are not legally binding, it is nevertheless very important to mention the Commission's Horizontal and Non-horizontal Merger Guidelines.

The effect of legal changes introduced by the above-mentioned legal acts is manifested in the Commission's practice. Analysis of the Commission's recent decisions leads to the conclusion that the Commission's more economic approach in EU merger control has several different implications. The most important of these implications should be recalled: the definition of the economic purpose of merger provisions; the new interpretation of the concept of competitive harm; the new attitude to the dominance criterion; the acknowledgement of efficiency gains as factors which may counteract a merger's harmful effects; and the popularization of quantitative analysis.

SUMMARY

The more economic approach to the application of EU merger control

In general terms, the more economic approach to the application of EU merger law implies increased reliance on theoretical concepts from industrial economics and quantitative methods of analysis, firstly in the case of investigations and, secondly, when formulating legislation and defining the criteria that are to be set. In other words, a tendency

of the more economic approach to EU merger control is to base the evaluation of each specific case on an assessment of its anti- and pro-competitive effects (effects-based approach), rather than on the form of the intrinsic nature of a particular practice (form-based approach). In this article, the author presents the development of the more economic approach to the application of EU merger control and analyses the implications of this new trend which is present in the European Commission's practice.

KEYWORDS: EU merger control, more economic approach, European Commission

RONI MAZLIACH

Explaining the link between gender and traffic accidents in israel

Introduction

Traffic violations are considered as intentional deviations from practices that are crucial to maintaining safety while driving¹. These violations are commonly referred to as a significant factor in causing traffic accidents; therefore, when examining the case of traffic accidents it is extremely important to look at factors involved in traffic violations as well².

Lev, Hershkovitz, & Yechiam³ for example, review the relevant literature and find that five personality factors are dominant when it comes to traffic violations – neuroticism, extraversion, agreeableness, conscientiousness, and openness to experience. Willingness to take risks while driving was found to be linked to high levels of extraversion and openness to experience, as well as low levels of neuroticism, agreeableness, and conscientiousness. Amongst other factors that the literature mentions as linked to the chances of committing traffic violations, there are: respect for authority, sensation-seeking, risk as-

1 A. Bener, D. Crundall, *Role of gender and driver behaviour in road traffic crashes*, "International Journal of Crashworthiness", 13(3), 2008, p. 331–336.

2 J. Butters, R. E. Mann, C. M. Wickens, P. Boase, Gender differences and demographic influences in perceived concern for driver safety and support for impaired driving countermeasures, "Journal of Safety Research" 43, 2012, p.405–411; R. Fernandes, J. Hatfield, R. S. Job, Systematic investigation of the differential predictors for speeding, drink-driving, driving while fatigued, and not wearing a seat belt, among young drivers. *Transportation Research Part F* 13, 13, 2010, p. 179–196; P. Obst, K. Armstrong, S. Smith, T. Banks, Age and gender comparisons of driving while sleepy: Behaviours and risk perceptions. *Transportation Research Part F*, 14, 2011, p. 539–542; J. Schwartz, *Gender differences in drunk driving prevalence rates and trends: A 20-year assessment using multiple sources of evidence*. "Addictive Behaviors", 33, 2008, p. 1217–1222; T. Tomer-Fishman, Y. Gubman, *Driver's Traffic Violation Record and Accountability for Traffic Accidents*, Jerusalem 2013.

3 D. Lev, E. Hershkovitz, E. Yechiam, *Decision making and personality in traffic offenders: A study of Israeli drivers*, "Accident Analysis and Prevention", 40, 2008, p. 223–230.

assessment and more. As all of these factors tend to be influenced and shaped by a person's environment, in addition to being subjective personality traits, it can be assumed that they vary when considering different demographic groups – especially groups that differ gender-wise (i.e. males and females)⁴.

Thus, we can deduce that gender is a significant variable influencing traffic accidents. A large body of evidence supporting this claim can be found in various statistical findings that are widely described through the literature, based on data from traffic accidents and ticket documentation, as well as self-reports made by drivers. According to these findings, men tend to be more involved in traffic accidents that are linked with traffic violations such as driving while fatigued⁵, speeding⁶,

4 M. Schmid Mast, M. Sieverding, M. Esslen, K. Graber, L. Jancke, *Masculinity causes speeding in young men*, "Accident Analysis and Prevention", 40, 2008, 840–842.

R. Fernandes, J. Hatfield, R. S. Job, Systematic investigation of the differential predictors for speeding, drink-driving, driving while fatigued, and not wearing a seat belt, among young drivers. *Transportation Research Part F* 13, 13, 2010, p. 179–196; E. Constantinou, G. Panayiotou, N. Konstantinou, A. Loutsiou-Ladd, A. Kapardis, Risky and aggressive driving in young adults: Personality matters, "Accident Analysis and Prevention", 43, 2011, p. 1323–1331; G. Zhang, K. K. Yau, G. Chen, Risk factors associated with traffic violations and accident severity in China, "Accident Analysis and Prevention", 59, 2013, p. 18–25; M. Schmid Mast, M. Sieverding, M. Esslen, K. Graber, L. Jancke, *Masculinity causes speeding in young men*, "Accident Analysis and Prevention", 40, 2008, 840–842.

5 P. Obst, K. Armstrong, S. Smith, T. Banks, Age and gender comparisons of driving while sleepy: Behaviours and risk perceptions. *Transportation Research Part F*, 14, 2011, p. 539–542; R. Fernandes, J. Hatfield, R. S. Job, Systematic investigation of the differential predictors for speeding, drink-driving, driving while fatigued, and not wearing a seat belt, among young drivers. *Transportation Research Part F* 13, 13, 2010, p. 179–196.

6 J. Butters, R. E. Mann, C. M. Wickens, P. Boase, *Gender differences and demographic influences in perceived concern for driver safety and support for impaired driving countermeasures*, "Journal of Safety Research" 43, 2012, p.405–411.

J. Cestac, F. Paran, P. Delhomme, Young drivers' sensation seeking, subjective norms, and perceived behavioral control and their roles in predicting speeding intention: How risk-taking motivations evolve with gender and driving experience, "Safety Science", 49, p. 424–432; R. Fernandes, J. Hatfield, R. S. Job, Systematic investigation of the differential predictors for speeding, drink-driving, driving while fatigued, and not wearing a seat belt, among young drivers. *Transportation Research Part F* 13, 13, 2010, p. 179–196; T. Lotan, E. Grimberg, Young Driver's Involvement in Traffic Accidents - Data, Trends and Research, *Or Yarok* 2011; R Ivers, T. Senserrick, S. Boufous, M. Stevenson, H. Y. Chen, M. Woodward, et al., Novice Drivers' Risky Driving Behavior, Risk Perception, and Crash Risk: Findings From the DRIVE Study, "American Journal of Public Health", 99(9), 2009, p. 1638–1644; N. Rhodes, K. Pivik, Age and gender differences in risky driving: The roles of positive affect and risk perception. "Accident Analysis and Prevention", 43, 2011, p. 923–931. M. Schmid Mast, M. Sieverding, M. Esslen, K. Graber, L. Jancke, *Masculinity causes speeding in young men*, "Accident Analysis and Prevention", 40, 2008, 840–842; R. Tzaig, *Traffic Violations That Cause Traffic Accidents*, Jerusalem 2010; W. Vanlaar, H. Simpson, D. Mayhew, R. Robertson, R. Aggressive driving: A survey of attitudes, opinions and behaviors, "Journal of Safety Research", 39, 2008, p.375–381; B. C. Watson, A. Watson, V. Siskind, J. J. Fleiter, Characteristics and predictors of high-range

drink-driving⁷ and driving with no seatbelt on⁸.

Some counter claims to the idea of a gender gap can be found, based on the argument that men are statistically more involved in traffic accidents because they are also found to have higher driving mileage than women⁹, or because they receive more traffic tickets due to gender bias, which causes them to be over-represented in formal data¹⁰. However, there can still be found a general agreement within the literature, asserting that the reason for men's over-involvement in traffic accidents is that they tend to take more risks than women¹¹.

-
- speeding offenders. Australasian Road Safety Research, Policing and Education Conference, Sydney 2009, p. 1–10; G. Zhang, K. K. Yau, G. Chen, Risk factors associated with traffic violations and accident severity in China, "Accident Analysis and Prevention", 59, 2013, p. 18–25; B. Scott-Parker, M. K. Hyde, B. Watson, M. J. King, *Speeding by young novice drivers: What can personal characteristics and psychosocial theory add to our understanding?* Accident Analysis and Prevention, 50, 2013, p. 242–250; T. Tomer-Fishman, Y. Gubman, *Driver's Traffic Violation Record and Accountability for Traffic Accidents*, Jerusalem 2013; W. Vanlaar, H. Simpson, D. Mayhew, R. Robertson, R. *Aggressive driving: A survey of attitudes, opinions and behaviors*, "Journal of Safety Research", 39, 2008, p. 375–381.
- 7 A. Bener, D. Crundall, Role of gender and driver behaviour in road traffic crashes, "International Journal of Crashworthiness", 13(3), 2008, p. 331–336; J. Schwartz, Gender differences in drunk driving prevalence rates and trends: A 20-year assessment using multiple sources of evidence. "Addictive Behaviors", 33, 2008, p. 1217–1222.
- 8 R. Fernandes, J. Hatfield, R. S. Job, Systematic investigation of the differential predictors for speeding, drink-driving, driving while fatigued, and not wearing a seat belt, among young drivers. *Transportation Research Part F* 13, 13, 2010, p. 179–196.
- 9 B. González-Iglesias, J. Gómez-Fraguela, A. Luengo-Martín, Driving anger and traffic violations: Gender differences. *Transportation Research Part F*, 15, 2012, p. 404–412.
- 10 B. Rowe, *Gender Bias in the Enforcement of Traffic Laws: Evidence based on a new empirical test*, "American Law & Economics Association Annual Meetings", Ann Arbor 2008, p. 1–35.
- 11 A. Bener, D. Crundall, *Role of gender and driver behaviour in road traffic crashes*, "International Journal of Crashworthiness", 13(3), 2008, p. 331–336; J. Butters, R. E. Mann, C. M. Wickens, P. Boase, *Gender differences and demographic influences in perceived concern for driver safety and support for impaired driving countermeasures*, "Journal of Safety Research", 43, 2012, p. 405–411; E. Constantinou, G. Panayiotou, N. Konstantinou, A. Loutsiou-Ladd, A. Kapardis, *Risky and aggressive driving in young adults: Personality matters*, "Accident Analysis and Prevention", 43, 2011, p. 1323–1331; C. F. Chen, *Personality, safety attitudes and risky driving behaviors—Evidence from young Taiwanese motorcyclists*, "Accident Analysis and Prevention", 41, 2009, p. 963–968; C. P. Cross, L. T. Copping, A. Campbell, *Sex Differences in Impulsivity: A Meta-Analysis*, "Psychological Bulletin", 137(1), 2011, p. 97–130; B. González-Iglesias, J. Gómez-Fraguela, A. Luengo-Martín, *Driving anger and traffic violations: Gender differences. Transportation Research Part F*, 15, 2012, p. 404–412; T. Lotan, E. Grimberg, *Young Driver's Involvement in Traffic Accidents - Data, Trends and Research*, Or Yarak 2011; N. Rhodes, K. Pivik, *Age and gender differences in risky driving: The roles of positive affect and risk perception*. "Accident Analysis and Prevention", 43, 2011, p. 923–931; F. Russo, S. A. Biancardo, G. Dell'acqua, *Road Safety from the Perspective of Driver Gender and Age as Related to the Injury Crash Frequency and Road Scenario*, "Traffic Injury Prevention", 15, 2014, p. 25–33.

In an article that can be used to further support this claim, Wickens describe how, when it concerns women – as opposed to men – a negative correlation can be found between excessive drinking and risky driving, presumably because women tend not to take the risk of driving when under the influence. In addition, González-Iglesias¹² as well as Schwartz¹³ note how women – in comparison with men – are more prone to avoiding driving in risky situations (such as while under the influence of alcohol, during late hours etc.).

It is important to note, however, that when examining the literature it is obvious that gender cannot be considered as a sole variable, directly influencing the probability of committing traffic violations and being involved in traffic accidents; it does, however, contribute to the greater likeliness of men being involved in accidents when integrated or mediated with other variables¹⁴ (Butters et al, 2012). We will now review some of the explanations that the literature provides in this context.

Literature review – variables involved in men’s over-involvement in traffic accidents

Sensation-seeking and emotional gratification

This assumption refers to the willingness to take risks while driving as being influenced by sensation-seeking – positive emotional reinforcements granted by risky driving¹⁵. Nowadays, driving (and mainly the forms of driving that are considered as violating the law) tend to be culturally linked to intense positive emotions (such as the feeling of being “free”) – a link influenced, among other factors, by automobile manufacturers’ marketing methods and positive depictions of risky driving in the popular media¹⁶.

12 B. González-Iglesias, J. Gómez-Fraguela, A. Luengo-Martín, Driving anger and traffic violations: Gender differences. *Transportation Research Part F*, 15, 2012, p. 404–412.

13 J. Schwartz, Gender differences in drunk driving prevalence rates and trends: A 20-year assessment using multiple sources of evidence. *Addictive Behaviors*, 33, 2008, p. 1217–1222.

14 J. Butters, R. E. Mann, C. M. Wickens, P. Boase, Gender differences and demographic influences in perceived concern for driver safety and support for impaired driving countermeasures, *Journal of Safety Research* 43, 2012, p.405–411.

15 J. Cestac, F. Paran, P. Delhomme, Young drivers’ sensation seeking, subjective norms, and perceived behavioral control and their roles in predicting speeding intention: How risk-taking motivations evolve with gender and driving experience, *Safety Science*, 49, p. 424–432; B. Scott-Parker, M. K. Hyde, B. Watson, M. J. King, Speeding by young novice drivers: What can personal characteristics and psychosocial theory add to our understanding? *Accident Analysis and Prevention*, 50, 2013, p. 242–250.

16 E. Constantinou, G. Panayiotou, N. Konstantinou, A. Loutsiou-Ladd, A. Kapardis, *Risky and aggressive driving in young adults: Personality matters*, *Accident Analysis and Prevention*, 43, 2011, p. 1323–1331.

Rhodes & Pivik, as well as Lotan & Greemberg¹⁷, hypothesize in their research that these positive emotions can be influenced by the gender variable, as men relate more positively to the experience of driving and are more interested in it than women. This can explain men's increased willingness to take excitement-creating risks while driving, as well as committing traffic violations (in order to receive significant emotional rewards). Other research has found that sensation-seeking positively influences men's willingness to excessively speed while driving, but not women's¹⁸.

Risk assessment and driving confidence

According to this assumption, gender acts as a mediator between assessing possible risks linked with a traffic violation and committing that violation. In the case of men, it is claimed that they tend to underestimate the value of physical risks¹⁹, or that they are less concerned with the legal punishment that might come as a result of committing a violation – such as a ticket or an arrest²⁰. This assumption gains more credence in light of the claim that risk-assessment is the most significant predictive factor of the probability of committing traffic violations and being involved in traffic accidents²¹.

Obst²², for example, found that – as opposed to women – fatigued men tend to underestimate the value of the risk stemming from driving during late hours. Fernandes²³

17 N. Rhodes, K. Pivik, *Age and gender differences in risky driving: The roles of positive affect and risk perception*. "Accident Analysis and Prevention", 43, 2011, p. 923–931; T. Lotan, E. Grimberg, *Young Driver's Involvement in Traffic Accidents - Data, Trends and Research*, Or Yarok 2011.

18 J. Cestac, F. Paran, P. Delhomme, *Young drivers' sensation seeking, subjective norms, and perceived behavioral control and their roles in predicting speeding intention: How risk-taking motivations evolve with gender and driving experience*, "Safety Science", 49, p. 424–432.

19 J. Butters, R. E. Mann, C. M. Wickens, P. Boase, *Gender differences and demographic influences in perceived concern for driver safety and support for impaired driving countermeasures*, "Journal of Safety Research" 43, 2012, p.405–411; E. Constantinou, G. Panayiotou, N. Konstantinou, A. Loutsiou-Ladd, A. Kapardis, *Risky and aggressive driving in young adults: Personality matters*, "Accident Analysis and Prevention", 43, 2011, p. 1323–1331; B. González-Iglesias, J. Gómez-Fraguela, A. Luengo-Martín, *Driving anger and traffic violations: Gender differences*. *Transportation Research Part F*, 15, 2012, p. 404–412; Ivers, R., Senserrick, T., Boufous, S., Stevenson, M., Chen, H.-Y., Woodward, M., et al. (2009). *Novice Drivers' Risky Driving Behavior, Risk Perception, and Crash Risk: Findings From the DRIVE Study*. *American Journal of Public Health*, 99(9), 1638–1644.

20 E. Constantinou, G. Panayiotou, N. Konstantinou, A. Loutsiou-Ladd, A. Kapardis, *Risky and aggressive driving in young adults: Personality matters*, "Accident Analysis and Prevention", 43, 2011, p. 1323–1331.

21 A. Bener, D. Crundall, *Role of gender and driver behaviour in road traffic crashes*, "International Journal of Crashworthiness", 13(3), 2008, p. 331–336.

22 P. Obst, K. Armstrong, S. Smith, T. Banks, *Age and gender comparisons of driving while sleepy: Behaviours and risk perceptions*. *Transportation Research Part F*, 14, 2011, p. 539–542.

23 R. Fernandes, J. Hatfield, R. S. Job, *Systematic investigation of the differential predictors for speeding, drink-driving, driving while fatigued, and not wearing a seat belt, among young drivers*. *Transportation Research Part F* 13, 13, 2010, p. 179–196.

added to these findings in their research on young drivers, in which they tested for a link between gender, risk assessment and the probability of committing traffic violations; they found that a positive link between low risk assessment and driving while under the influence or driving with no seatbelt on could be shown when examining men, but not when looking at women (i.e. as opposed to men, women do not tend to commit traffic violations, even when they perceive the possible risk to be low).

In addition to their low risk assessment, there is also evidence of higher driving confidence among men, which manifests in men overestimating their driving abilities and thus committing traffic violations which put them in problematic risk situations²⁴. This can also serve to explain the lack of willingness often shown by women when concerning risk-taking, as it might stem from low driving confidence. Research conducted among older drivers found, accordingly, that women reported higher levels of driving self-regulation (not driving in risky conditions) and of lower levels of driver confidence compared with men²⁵

Aggressive driving and violence

Aggressive driving data can be compiled from a range of aggressive behaviors when driving, which can be either extreme (such as assaulting other drivers) or comparatively mild (such as offensive hand gestures referred to other drivers). While aggressive driving in itself does not constitute as an illegal activity, it is often manifest when committing traffic violations (such as speeding), which sometimes lead to involvement in traffic accidents²⁶.

In research conducted by Vanlaar²⁷, it was found that the probability of aggressive driving was doubled in men when compared with women; the authors assume that these

24 J. Butters, R. E. Mann, C. M. Wickens, P. Boase, Gender differences and demographic influences in perceived concern for driver safety and support for impaired driving countermeasures, "Journal of Safety Research" 43, 2012, p.405–411.

25 K. T. Braitman, A. T. McCartt, *Characteristics Of Older Drivers Who Self-Limit Their Driving*, "Annals of Advances in Automotive Medicine", Arlington 2008, p. 1–9; L. A. D'Ambrosio, L. K. Donorfio, J. F. Coughlin, M. Mohyde, J. Meyer, *Gender Differences in Self-Regulation Patterns and Attitudes Toward Driving Among Older Adults*, "Journal of Women & Aging", 20 (3–4), 2008, p. 265–282.

26 B. González-Iglesias, J. Gómez-Fraguela, A. Luengo-Martín, Driving anger and traffic violations: Gender differences. Transportation Research Part F, 15, 2012, p. 404–412; T. Lotan, E. Grimberg, Young Driver's Involvement in Traffic Accidents - Data, Trends and Research, Or Yarok 2011; W. Vanlaar, H. Simpson, D. Mayhew, R. Robertson, R. Aggressive driving: A survey of attitudes, opinions and behaviors, "Journal of Safety Research", 39, 2008, p. 375–381; M. Wickens, R. E. Mann, G. Stoduto, J. E. Butters, A. Ialomiteanu, R. G. Smart, Does gender moderate the relationship between driver aggression and its risk factors? "Accident Analysis and Prevention", 45, 2012, p. 10–18; T. Ozkan, T. Lajunen, J. Chliaoutakis, D. Parker, H. Summala, Cross-cultural differences in driving behaviours: A comparison of six countries. Transportation Research Part F, 9, 2006, p. 227–242.

27 W. Vanlaar, H. Simpson, D. Mayhew, R. Robertson, R. *Aggressive driving: A survey of attitudes, opinions and behaviors*, "Journal of Safety Research", 39, 2008, p. 375–381.

findings are based not solely upon men's increased willingness to take risks, but also on men's tendency to act aggressively more often than women. These findings are further supported throughout the literature, as men are described as more prone to being influenced by provocations, to reacting in a behavioral rather than a cognitive or emotional way and to underestimating the value of other drivers' counteractions²⁸.

Culture, gender roles and stereotypes

This fourth claim refers to cultural variables²⁹, that are involved in defining what is "normal", socially accepted behavior. These definitions are partially influenced by traditional gender roles, and are capable of accordingly influencing drivers' informal perceptions of traffic violations. Thus, cultural variables have the power to – for instance – legitimize the committing of a certain driving offence (such as speeding), even if it is considered wrong in the eyes of the³⁰.

Amongst these cultural variables there are male gender stereotypes, which contribute to men's riskier lifestyles, aimed at demonstrating "manhood"³¹. Thus, the will to demonstrate "machismo" – excessive manhood – as well as the trait of competitiveness which is more dominant amongst men³², are found to be linked to aggressive driving and traffic

28 C. P. Cross, L. T. Copping, A. Campbell, *Sex Differences in Impulsivity: A Meta-Analysis*, "Psychological Bulletin", 137(1), 2011, p. 97–130; B. González-Iglesias, J. Gómez-Fraguela, A. Luengo-Martín, *Driving anger and traffic violations: Gender differences. Transportation Research Part F*, 15, 2012, p. 404–412; T. Lotan, E. Grimberg, *Young Driver's Involvement in Traffic Accidents - Data, Trends and Research*, Or Yarak 2011; C. M. Wickens, R. E. Mann, G. Stoduto, J. E. Butters, A. Ialomiteanu, R. G. Smart, *Does gender moderate the relationship between driver aggression and its risk factors?* "Accident Analysis and Prevention", 45, 2012, p. 10–18; T. Ozkan, T. Lajunen, J. Chliaoutakis, D. Parker, H. Summala, *Cross-cultural differences in driving behaviours: A comparison of six countries. Transportation Research Part F*, 9, 2006, p. 227–242.

29 J. Butters, R. E. Mann, C. M. Wickens, P. Boase, Gender differences and demographic influences in perceived concern for driver safety and support for impaired driving countermeasures, "Journal of Safety Research" 43, 2012, p.405–411; L. A. D'Ambrosio, L. K. Donorfio, J. F. Coughlin, M. Mohyde, J. Meyer, Gender Differences in Self-Regulation Patterns and Attitudes Toward Driving Among Older Adults, "Journal of Women & Aging", 20 (3–4), 2008, p. 265–282; T. Ozkan, T. Lajunen, J. Chliaoutakis, D. Parker, H. Summala, *Cross-cultural differences in driving behaviours: A comparison of six countries. Transportation Research Part F*, 9, 2006, p. 227–242; G. Zhang, K. K. Yau, G. Chen, *Risk factors associated with traffic violations and accident severity in China*, "Accident Analysis and Prevention", 59, 2013, p. 18–25.

30 N. Yeung, C. von Hippel, Stereotype threat increases the likelihood that female drivers in a simulator run over jaywalkers, "Accident Analysis and Prevention", 40, 2008, p. 667–674.

31 C. P. Cross, L. T. Copping, A. Campbell, *Sex Differences in Impulsivity: A Meta-Analysis*, "Psychological Bulletin", 137(1), 2011, p. 97–130.

32 J. Cestac, F. Paran, P. Delhomme, Young drivers' sensation seeking, subjective norms, and perceived behavioral control and their roles in predicting speeding intention: How risk-taking motivations evolve with gender and driving experience, "Safety Science", 49, p. 424–432.

violations committed by men³³. This claim can be supported by data showing that when men are in the company of other men, they tend to commit even more violations and drive more recklessly than when they are alone - supposedly in order to accent their manhood in the form of capability and fearlessness. Some claim that this type of behavior should not be considered deviant but natural, as males of all species act similarly out of the evolutionary need to attract mates; in the case of the human race, therefore, one of the only socially-accepted ways to pronounce one's manliness is through driving behaviors³⁴.

In research performed on a sample of men, Schmid Mast³⁵ primed masculine symbols in order to examine whether the masculine gender role has an influence upon men's levels of speeding while driving. The results indicated that being exposed to masculine properties before driving does increase - unconsciously - the level of speeding among men. It is interesting to point out that, conversely, feminism as a cultural variable was found to be a factor lowering aggressive driving and traffic violation levels amongst women³⁶. This might be explained by Cross³⁷ idea, according to which women's higher levels of self-control are responsible for the gender gap, determining the prevalence of traffic violations and criminal behavior in general. The authors further explain that this feminine self-control is a result of girls' internalizing the significant enviro-cultural control mechanisms placed upon them since childhood, in comparison with boys'.

Wickens³⁸ further examined this subject when they analyzed a few more enviro-cultural factors that were found to be positively linked to traffic violations, while referring to the influence that the gender variable might have upon these factors. Among other findings, it is important to note how the authors found a link between psychological distress

33 J. Butters, R. E. Mann, C. M. Wickens, P. Boase, *Gender differences and demographic influences in perceived concern for driver safety and support for impaired driving countermeasures*, "Journal of Safety Research" 43, 2012, p.405-411.

J. Cestac, F. Paran, P. Delhomme, Young drivers' sensation seeking, subjective norms, and perceived behavioral control and their roles in predicting speeding intention: How risk-taking motivations evolve with gender and driving experience, "Safety Science", 49, p. 424-432.

34 E. Constantinou, G. Panayiotou, N. Konstantinou, A. Loutsiou-Ladd, A. Kapardis, *Risky and aggressive driving in young adults: Personality matters*, "Accident Analysis and Prevention", 43, 2011, p. 1323-1331.

35 M. Schmid Mast, M. Sieverding, M. Esslen, K. Graber, L. Jancke, *Masculinity causes speeding in young men*, "Accident Analysis and Prevention", 40, 2008, 840-842.

36 C. M. Wickens, R. E. Mann, G. Stoduto, J. E. Butters, A. Ialomiteanu, R. G. Smart, *Does gender moderate the relationship between driver aggression and its risk factors?* "Accident Analysis and Prevention", 45, 2012, p. 10-18.

37 C. P. Cross, L. T. Copping, A. Campbell, *Sex Differences in Impulsivity: A Meta-Analysis*, "Psychological Bulletin", 137(1), 2011, p. 97-130.

38 C. M. Wickens, R. E. Mann, G. Stoduto, J. E. Butters, A. Ialomiteanu, R. G. Smart, *Does gender moderate the relationship between driver aggression and its risk factors?* "Accident Analysis and Prevention", 45, 2012, p. 10-18.

and depression among women and traffic violations (in accordance with the existence of higher rates of depression among the female population rather than the male one); risky behaviors such as driving under the influence were more prevalent among men, however, a finding that is understandable when one considers how these kinds of behaviors are much more socially accepted when committed by men rather than women.

Other cultural explanations for women's comparative lack of risky driving behaviors and traffic violations include the higher probability of women – as nurturing, motherly characters – being accompanied by young children when driving, a fact that serves as a catalyst for safer driving. Chen also notes how altruism and caring – traits that are attributed mainly to women – also lead to lower levels of traffic violations and accidents among women.

Another significant cultural variable is negative gender stereotypes concerning women's driving skills. Russo³⁹ open their article by referring to female gender stereotypes concerning driving, which describe women as incapable drivers. This might point to the fact that women's comparatively lower involvement in traffic violations and accidents stems from a lack of confidence, which might originate from stereotypes underestimating women's capabilities as drivers. However, it is worth mentioning that Yeung & von Hippel⁴⁰ argue in favor of a reverse effect of female stereotypes, as being a “self-fulfilling prophecy”; therefore, they claim that women's increasing involvement in traffic accidents might originate from internalizing a gender biased perception of themselves as being “bad” drivers.

Lastly, some more gender-cultural explanations can be found in González-Iglesias⁴¹. The authors refer to the universal female difficulty of integrating careers and family life as a stimulant to women's aggressive driving, when it manifests itself as a response to obstacles on the road that delay driving (such as road-blocks). In addition, the authors describe males as being more aim-directed than females, which leads to male aggressive driving as a response to males' resentment towards traffic laws and law enforcement that delay them in reaching their aim (such as a visible police presence that compels drivers to adjust driving styles).

39 F. Russo, S. A. Biancardo, G. Dell'acqua, *Road Safety from the Perspective of Driver Gender and Age as Related to the Injury Crash Frequency and Road Scenario*, “Traffic Injury Prevention”, 15, 2014, p. 25–33.

C. M. Wickens, R. E. Mann, G. Stoduto, J. E. Butters, A. Ialomiteanu, R. G. Smart, *Does gender moderate the relationship between driver aggression and its risk factors?* “Accident Analysis and Prevention”, 45, 2012, p. 10–18.

40 N. Yeung, C. von Hippel, *Stereotype threat increases the likelihood that female drivers in a simulator run over jaywalkers*, “Accident Analysis and Prevention”, 40, 2008, p. 667–674.

41 B. González-Iglesias, J. Gómez-Fraguela, A. Luengo-Martín, *Driving anger and traffic violations: Gender differences*. *Transportation Research Part F*, 15, 2012, p. 404–412.

It is safe to assume, then, that – as the last part of the literature review presented here suggests – cultural variables are a significant factor, when integrated with gender, influencing traffic violations and accident involvement. As culture takes on this prominent role, it can also be deduced that different cultural factors are involved when it comes to examining different contexts, such as the analysis of relevant data concerning one specific country. Ozkan⁴² refer to the collection of cultural factors influencing driving behavior in a specific setting (or country) as a local “traffic culture”. We will now present some relevant statistics regarding the case of Israel, while trying to establish which of the gender-related explanations mentioned above is especially prominent in the Israeli arena and its “traffic culture”.

Gender differences in traffic accident involvement – the Israeli case

Traffic accident statistics in Israel

The following statistics were taken from publications made by the Israeli National Road Safety Authority (or “Ha Rashut Ha Leumit Le Betichut Ba Drachim”, referred to here as the RLBD), a governmental bureau that was established in 2007 in order to combat the increasing risk of traffic accidents in Israel. Among its various efforts to reduce traffic accident fatalities, the RLBD issues relevant publications and statistical data on a yearly basis. The data used here was taken from its latest “Trends in Israel’s road safety” publication, concerning the year 2012. This publication is based mainly upon police documentation of traffic accidents that have resulted in injuries or fatalities, as these are often the most detailed, reliable documents in the field.

In the year 2012, 61,849 traffic accidents that resulted in injuries and/or deaths occurred within Israeli boundaries. Compared with 2011, this statistic represents a reduction of approx. 4000 incidents. 20% of these accidents are considered as “serious”/ lethal accidents or ones that were caused by the relatively more severe variety of traffic violations (such as disregarding a stop sign or a traffic light, drink-driving, etc.). Among these cases, 263 of the people involved suffered lethal injuries as a result of their involvement in the accident – a decrease of 23% in comparison with the previous year’s records. Overall, 2012 and the decade preceding it showed a consistent decrease in the number of traffic accidents and related fatalities in Israel.

When making comparisons on an international basis, it is found that compared with other OECD countries – on the basis of fatalities per 100,000 civilians – the Israel of 2012 is in the 2ndmost favorable place (the least amount of fatalities per 100,000 people) along with the Netherlands, with only 3.3 fatalities. However, when looking at

42 T. Ozkan, T. Lajunen, J. Chliaoutakis, D. Parker, H. Summala, *Cross-cultural differences in driving behaviours: A comparison of six countries. Transportation Research Part F*, 9, 2006, p. 227–242.

comparisons concerning the number of fatalities per 100,000 vehicles, Israel has the highest levels (the largest amount of fatalities) along with the Czech Republic, with an average of 12.7 fatalities. It can be deduced, therefore, that low quantities of automobiles on the road might account for the low average of fatalities per civilians, while much higher levels can be found when concerning fatalities per automobiles – a finding that is especially important from the perspective of international comparison. Thus, it is apparent that traffic accidents continue to pose a significant threat in the Israeli state and that learning more about the features and causes of this threat can be of great benefit to Israeli citizens.

One way of learning more about traffic accidents in Israel is through analyzing related gender trends. In Israel there are 3.75 million people who have driving licenses. Of them, 54% are men and 46% are women. As shown previously, gender can be of great relevance to the issue of traffic accidents, and can therefore be a possible effective basis for designing and implementing programs aimed at fighting this phenomenon. Such gender-targeted programs are highly recommended by many⁴³, for example.

According to the RLBD's 2012 publication, 73% of fatalities in that year were men. In addition, when analyzing the fatalities further, it was found that among females, only 17.1% were in the driver's seat when the accident occurred, compared with 43.5% of men. The overrepresentation of men in traffic accidents – as introduced in the first section of this article – is, therefore, prominent in the Israeli case as well as in many other countries'. How can we explain this in the light of Israel's "traffic culture" and gender norms? We will now give some details regarding the concept of the "culture of honor" and its prevalence in Israel in order to answer this important question.

Conclusion: The culture of honor & gender roles in Israel

An extensive literature review conducted by Taubman-Ben Ari⁴⁴ concludes with a profile of the Israeli driver as being over-confident, a risk-taker, a thrill-seeker, potentially aggressive and less agreeable. Israeli men, particularly, use driving as means of strengthening their masculine self-image, taking risks, practicing control, testing boundaries and making an impression. Young male drivers are especially prone to risk-taking based on their social need to express their manhood. Israeli male drivers are also less likely to be motivated to follow traffic laws, and tend to obey them mostly when they suspect that disobeying will result in punitive actions (and not out of respect or agreement with the

43 J. Butters, R. E. Mann, C. M. Wickens, P. Boase, *Gender differences and demographic influences in perceived concern for driver safety and support for impaired driving countermeasures*, "Journal of Safety Research" 43, 2012, p.405–411; M. Schmid Mast, M. Sieverding, M. Esslen, K. Graber, L. Jancke, *Masculinity causes speeding in young men*, "Accident Analysis and Prevention", 40, 2008, 840–842.

44 O. Taubman-Ben Ari, *Israeli Driver Profile*. Jerusalem 2005.

law). They see their law-breaking driving styles as being acceptable and legitimized and don't tend to self-criticize in that respect. They are also considered to be relatively aggressive (mostly in terms of their attitudes rather than their actions) and see themselves as better drivers than Israeli women.

Taubman-Ben Ari concludes that in light of the lack of other relevant research, it is hard to safely determine whether the Israeli male driver has features that are similar to those of male drivers from different countries. However, when we look at the literature review presented in this article with regards to international gender disparities in traffic accidents, we can find many similarities to the specific Israeli case – positive gratification and sensation seeking, aggressiveness, underestimation of risks, etc. However, when trying to apply this comparison to cultural norms and gender roles, a much more specific picture is revealed, as expected. This picture can be mainly described in terms of the “culture of honor” concept, as we will now explain.

“Honor cultures” is a term used to define societies in which members derive their social rank and sense of worth by measuring up to social norms of honorable behavior and avoiding (or avenging) shameful behavior. These cultures cultivate emotions such as shame and envy, which tend to be collectively defined, rather than more individualistic emotions such as guilt, remorse, etc (Kamir, 2004)⁴⁵. The code of conduct developed in honor cultures emphasizes, therefore, the importance of social image and one's reputation⁴⁶.

In honor cultures, honor serves as an effective disciplinary tool. An honor culture offers its members specific behavior codes demanding complete obedience, as failure to follow these codes results in loss of honor.

Honor is a concept that manifests itself differently in different cultures, as honor cultures are local and particularistic in the sense that they apply exclusively to their own members. Ethnographic studies of “honor” have emphasized its special meaning for the Mediterranean population⁴⁷. In the Israeli context – with Israel considered as a “culture of honor” – “honor” mainly implies a set of values stressing power and “masculine” militant features. This ideology stems from the experiences of the Jewish Diaspora (especially the Holocaust) and the view that there is a stain of shame on the collective Jewish identity, which can be wiped-out through militant power⁴⁸. With regards to Is-

45 O. Kamir, *Israeli Honor and Dignity: Social Norms, Gender Politics and the Law*, Jerusalem 2004.

46 P. M. Rodriguez Mosquera, A. H. Fischer, A. S. Manstead, R. Zaalberg, *Attack, disapproval, or withdrawal? The role of honour in anger and shame responses to being insulted*, “Cognition and Emotion”, 22, 2008, p. 1471–1498.

47 V. M Guerra, R. Giner-Sorolla, M. Vasiljevic, *The Importance of Honor Concerns across Eight Countries. Group Processes and Intergroup Relations*, 16 (3), 2012, p. 298–318.

48 O. Kamir, *Israeli Honor and Dignity: Social Norms, Gender Politics and the Law*, Jerusalem 2004.

rael's Arab inhabitants, it is widely accepted that Arab societies cultivate honor cultures as well – even more so than within Jewish-Israeli society⁴⁹. An interesting combination of “double” honor cultures can also be found in the Israeli case, when examining Jewish citizens whose families immigrated to Israel from Arab countries such as Morocco, Iraq, etc.

Honor cultures are also class-oriented, since honor and the means of maintaining it vary according to social class. The most obvious class difference in many honor cultures is gender based. The nature of honor thus differs greatly between men and women – a woman is usually dishonored by the tainting of her sexual purity (when she is “active”, and honored when she is “inactive”), while men are obliged to become active “protectors” in order to gain honor (and are shamed when they do nothing to defend themselves)⁵⁰.

When we compare this brief description of the concept of honor culture and Taubman-Ben Ari's⁵¹ profile of Israeli drivers, many parallel features arise. The Israeli male driver – whether Jewish or Arab – is a driver competing in the race for honor; as masculine militant values direct his self-esteem – mostly unknowingly – this driver wishes to express his “activeness”. He is not a passive player conforming to traffic law, doing as he is told; on the contrary – inactiveness, receptivism and conformity are all feminine values in the eyes of the Israeli male driver and therefore they do not match his perceived self-image.

It can be deduced, therefore, that Israeli honor culture – along with the Arab one, in some cases – serves as a background to drivers' judgment calls; as honor implicates social rank, which in turn implicates self-image, the Israeli driver strives to maintain honor while on the roads. Not wanting to admit defeat or incapability, he will not surrender to rules indicating that there are limitations to his power, such as speed-limits or the order not to drive while under the influence. For a male driver this can be considered as admitting defeat, accepting oneself as weak and therefore dishonored; in the eyes of the culture of honor, traffic laws are therefore considered as offensive, harmful factors and not as the protective measures they were designed to be. The Israeli male is over-confident, a risk-taker and a thrill-seeker because all these features serve to maintain his role as a protector – as an active soldier holding the power to defend and redeem – while the female driver will choose to abide by the laws that are mostly consistent with her maintaining her honor as a passive, quiet, incapable women.

A ‘culture of honor’ is one way to explain the phenomenon. However, according to a new British study conducted by Professor Geoffrey Beattie from Manchester Uni-

49 V. M. Guerra, R. Giner-Sorolla, M. Vasiljevic, The Importance of Honor Concerns across Eight Countries. *Group Processes and Intergroup Relations*, 16 (3), 2012, p. 298–318.

50 V. M. Guerra, R. Giner-Sorolla, M. Vasiljevic, The Importance of Honor Concerns across Eight Countries. *Group Processes and Intergroup Relations*, 16 (3), 2012, p. 298–318.

51 O. Taubman-Ben Ari, *Israeli Driver Profile*. Jerusalem 2005.

versity for the British insurance company esure, the reasons lie in another evolutionary factor: in the genes of men there is a primitive caveman – our distant ancestor.

In this study, “Gender Differences in Driving Risk as an Influence on the Risk Premium in the Cost of Insurance”, Beattie goes far into the past. According to the study, 99% of the evolution of the mind occurred in the period when we were still hunters. Therefore, in the mind of the modern person in the 21st century, there are still ancient traits that explain the difference between the genders in all that pertains to taking risks in driving. In other words, Beattie maintains that people have not developed much since our forefathers lived in caves and hunted whatever they could, and the intention is, of course, to highlight the men in the population.

Going out to hunt was accompanied by the taking of many risks, and this is what explains, according to the research, the behavior of young people. Male drivers are like our ancestors; the process of driving is a type of hunt, and the risks taken during it raise the chances of being involved in an accident. Women, in contrast, were not forced to leave the opening of the cave, and therefore they take fewer risks, even today.

The research study also attempts to provide responses to other research studies that have been published over the years pertaining to the differences between the sexes. Throughout the world, men are more involved in traffic accidents, regardless of their relative number in the population. In addition, men cause problems not only behind the wheel but also as pedestrians, at home, and at work. Thus, Beattie negates the fact that driving skills or the instinct of competitiveness influences the data and maintains that the cause is a deeper factor in the personality.

Beattie also provides a solution to masculine aggressiveness. While women can understand actions undertaken against them, men interpret this as personal and immediately act to protect their honor. Women, even if they decide to act, will not choose a direct mode of action but will adopt an indirect and intelligent way of acting (and perhaps a vengeful way). The hunter in us is also what causes us to violate traffic rules.

During adolescence, changes occur in the brain and cause erosion in the hunter’s gene. However, the life span of the primitive man was very short, so that the age of forty was sometimes considered an advanced age. Thus, it is possible to hypothesize that the same person walking on two legs ‘missed’ the more reasoned stage of awareness and therefore very little development occurred in this stage of life. This explains the fact that the bottom line is that men have greater chances of being involved in traffic accidents than women.

As observed before, involvement in breaking traffic laws often leads to involvement in traffic accidents. As the average Israeli male abides by his culture of honor, he is more prone to breaking the law – especially where it is relatively socially acceptable to do so: when driving – and therefore becomes much more exposed than female drivers to traffic

accidents. Thus, this thesis can serve to account, in my opinion, for Israeli males' over-representation in traffic-accidents' data.

Limitations and implications

The culture of honor and its gender divisions are evident when looking at the Israeli case and especially at its Arab populace, which is subjected to both the Israeli and the Arab honor cultures (as can be demonstrated in RLBD data detailing a larger proportion of traffic accidents involving Arab citizens than Jewish ones). There is a growing need for geographically-specific research on the subject of gender, honor cultures and traffic accidents, in order to reveal in a more detailed way the intricate ways in which honor culture might integrate with gender in influencing driving behaviors. This article serves only to propose the thesis of honor cultures as a significant local factor contributing to traffic accidents, but its resolution is much too wide to be able to base road-safety programs upon it. A further development of this idea, on a local basis, will thus be of great help in the field.

SUMMARY

Explaining the link between gender and traffic accidents in Israel

The aim of study is to explain the link between gender and traffic accidents in Israel. Traffic violations are considered as intentional deviations from practices that are crucial to maintaining safety while driving. These violations are commonly referred to as a significant factor in causing traffic accidents; therefore, when examining the case of traffic accidents it is extremely important to look at factors involved in traffic violations as well. This article serves only to propose the thesis of honour cultures as a significant local factor contributing to traffic accidents, but its resolution is much too wide to be able to base road-safety programs upon it. A further development of this idea, on a local basis, will thus be of great help in the field.

KEYWORDS: traffic accidents, gender, Israel

KATARZYNA ARCISZEWSKA

La société européenne: les enjeux et les perspectives

L'Europe ne se fera pas en un jour, ni sans heurts. Rien de durable ne s'accomplit dans la facilité. Pourtant elle est déjà en marche. Cette idée « Europe » sera la force contre laquelle se briseront tous les obstacles.

Robert Schumann

Introduction : l'origine de la Société Européenne

Depuis octobre 2004, les entreprises disposent d'une option supplémentaire quant au choix de leur régime juridique dans le cadre duquel elles souhaitent conduire leurs activités européennes. L'abréviation « SE » correspond au nom latin (*officiel*) de la société européenne, *Societas Europaea*. Le principal objectif de la SE est de permettre aux entreprises de mener leurs activités par-delà les frontières européennes dans un même cadre juridique¹.

Le statut de la *Societas Europaea* est régi par deux textes de droit européen en date du 8 octobre 2001: le règlement CE n°2157/2001², qui organise son statut de droit commercial et la directive CE n°2001/86³, qui définit, au plan du droit social, les conditions de l'implication des salariés nécessairement attachées à ce statut. À ces deux textes qui concernent spécifiquement la SE, il faut ajouter la directive du 17 février 2005 modifiant la directive du 23 juillet 1990 portant sur « *un régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres diffé-*

1 M. Stollt, E. Wolters, *Implication des travailleurs dans la Société européenne (SE). Guide pour les acteurs de terrain*, Bruxelles 2013, p.70.

2 Règlement CE n°2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001, relatif au statut de la société européenne, (J.O.L 294 du 10 novembre 2001).

3 Directive CE n°2001/86 du Conseil, du 8 octobre 2001, complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des salariés, (J.O.L 294 du 10 novembre 2001).

rents », visant toutes les sociétés de capitaux⁴, modifiée par la directive 2005/19/CE du Conseil du 17 février 2005 modifiant la directive 90/434/CEE⁵ et la directive 2006/98/CE du Conseil du 20 novembre 2006 portant adaptation de certaines directives dans le domaine fiscal, en raison de l'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie⁶. Cette dernière directive consacre la « *neutralité fiscale* » des opérations transnationales menées en Europe, que la société concernée décide de transférer son siège d'un Etat à l'autre. Visant toutes les sociétés de capitaux, ce texte a vocation à s'appliquer plus particulièrement aux SE en raison des facilités de mobilité intra-européenne que leur offre leur statut.

La SE n'est pas la première forme juridique européenne créée en faveur des entreprises. Le premier instrument juridique de rapprochement à l'échelle européenne fut le GEIE⁷. Il s'agit d'un regroupement de personnes morales (*sociétés ou autres entités juridiques*), de droit privé ou public, décidant de mettre en commun des moyens tout en conservant leur personnalité juridique propre. Un GEIE doit compter au minimum deux sociétés européennes appartenant à deux États membres différents. Son siège doit être obligatoirement fixé sur le territoire de l'Union et de l'Espace économique européen. L'Espace économique européen (EEE) est une union économique rassemblant trente Etats européens : les vingt-huit États membres de l'Union européenne (UE), moins la Croatie, et trois des quatre États membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE). Jusqu'au 1er janvier 2009, l'Union européenne n'était pas directement partie l'accord : elle l'était indirectement par la Communauté européenne (CE), l'un des piliers composant l'Union européenne. Depuis la disparition de la structure de l'Union en piliers, l'UE en tant que telle est membre de l'EEE. Il ne peut employer plus de 500 personnes. Le GEIE, n'étant pas une société, n'a pas obligatoirement un capital minimal et n'a pas pour objectif de réaliser des bénéfices pour lui-même. Ses bénéfices éventuels sont répartis entre ses membres, selon les clauses du contrat d'association, en principe au *pro rata* des moyens engagés par chacun, et taxés selon les règles applicables à ces sociétés. Les membres du GEIE sont indéfiniment et solidairement responsables des dettes contractées par celui-ci. Il est vraie que le groupement peut être qualifié de « *structure d'appoint* », destiné à la coopération entre ses membres alors que la SE a été créée dans une souci de concentration. Cette structure a été inspiré du modèle français, le GEIE en

4 Directive 90/434/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, pour un régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, (J.O.L 225 du 20 août 1990).

5 J.O.L 58 du 4 mars 2005.

6 J.O.L 363 du 20 décembre 2006.

7 Un groupement européen d'intérêt économique (GEIE) est une entité juridique fondée sur le droit européen. C'est l'adaptation au cadre international européen du concept français de Groupement d'intérêt économique (GIE). Il a été institué par le Règlement CEE n° 2137/85 du Conseil du 25 juillet 1985. Son objectif est de faciliter la coopération transnationale entre entreprises.

vigueur dès 1967 qui avait pour objectif de permettre aux chefs d'entreprises de mettre en communs leurs moyens de commercialisation, tout en restant juridiquement indépendants. Cette réglementation souple et novatrice intéressa la Commission qui décida de lancer des travaux, parallèlement aux réflexions sur la société européenne.

L'idée de créer des sociétés de statut européen, bénéficiant d'une liberté de circulation sur le marché européen comparable à celle dont les sociétés de droit local jouissent sur leur marché domestique, est ancienne. C'est en effet dès 1949 qu'au sein du Conseil de l'Europe fut envisagé un statut de « *compagnies européennes* » censé contribuer, à travers le regroupement des facteurs de production, à la reconstruction économique d'un continent qui ne s'était pas totalement relevé de la guerre. Le projet de créer un statut de société européenne, en mesure de se déployer librement à l'échelle du marché unique, a été repris après 1958. Le projet a toutefois été mis en sommeil jusqu'à un mémorandum présenté par le gouvernement français en 1965, incitant la Commission européenne à s'emparer véritablement du sujet⁸. Un groupe d'experts, juristes de haut niveau, est alors chargé d'élaborer un texte. Le rapport de ce groupe, présidé par le professeur Sanders, est rendu public en 1967. Il marque un tournant. Pour la première fois, le statut de la SE faisait l'objet de propositions aussi précises qu'innovantes. Aussi la Commission suivit-elle la plupart des suggestions du rapport Sanders qui sont reflétées dans ses premières propositions de règlements de 1970 puis de 1975⁹.

La rôle de la France

La législation française subit l'influence de l'Union Européenne par l'adoption de directives portant sur le droit des sociétés. Le traité de Rome modifié tend à assurer la liberté d'établissement, en supprimant les obstacles à cette liberté contenus dans les législations des États-membres. C'est pourquoi, l'essentiel des efforts normatifs des autorités européennes en matière de droit des sociétés consiste à garantir l'équilibre entre les sociétés tout en protégeant les intérêts des tiers et des associés¹⁰.

Depuis 1968, plus de douze directives ont été adoptés pour tendre vers une harmonisation du droit européen des sociétés. Le droit de l'Union est incontestablement une source importante de réglementation des sociétés. Il faut toutefois noter qu'il touche

8 La France a joué un rôle actif dans la relance du projet de la SE, que ce soit par le biais d'initiatives privées- congrès des notaires de Tours 1959 ou gouvernementales. Mémorandum du 15 mars 1965 incitant la Commission à former un groupe d'experts chargé d'élaborer un avant-projet de statut de la SE. C'est enfin sous les auspices de la présidence française, lors du Conseil européen de Nice de décembre 2000, qu'a été trouvé l'accord politique sur la SE.

9 « Proposition de règlement CEE du Conseil portant statut de la société anonyme européenne », (J.O.C.E., 10 octobre 1970, n° 124).

10 J.P. Bertrel, *La société européenne entre son passé et son avenir*, « Droit & patrimoine », n°125, avril 2004, p. 46.

surtout aux sociétés de capitaux, c'est-à-dire aux grandes sociétés et aux sociétés cotées en particulier. Dans ce dernier secteur, le droit européen est particulièrement prolix ; les sociétés disposant de la liberté d'établissement, les textes de droit européen visent à la reconnaissance mutuelle des sociétés et des personnes morales¹¹. Afin de développer les échanges intra européens, une proposition de règlement a vu le jour portant sur le statut de société anonyme européenne dès 1970. Cette proposition était favorable à la constitution d'une société régie entièrement par un droit autonome directement applicable dans tous les états membres. Plus modestement, il fut donc proposé un règlement le 25 juillet 1985 portant sur le Groupement Européen d'Intérêts Economique destiné à faciliter l'activité économique. Aujourd'hui on le retrouve dans l'article L. 252-1 Code de commerce.

La société européenne a finalement abouti le 20 décembre 2000 au sommet de Nice et a été adoptée le même jour par un règlement sur les statuts européens qui est devenu le règlement du 8 octobre 2001 et une proposition de directive qui concerne la situation des travailleurs. Ces textes ont été transposés par la loi « Breton » en 2005¹². La Loi « Breton » adapte et transpose en droit français le régime de la société européenne institué par le Règlement Européen CE n° 157/2001 du 8 octobre 2001 en introduisant des règles nationales dans le Code de commerce et dans le Code du Travail. Les sociétés européennes immatriculées en France seront donc régies en premier lieu par le Règlement Européen, et pour les matières non réglées par le Règlement, par les nouveaux articles du Code de Commerce et du Code du Travail et par les règles applicables aux sociétés anonymes non contraires à ceux-ci et enfin par leurs dispositions statutaires. L'organisation de la SE immatriculée en France est très proche de celle de la SA avec toutefois des règles dérogatoires, principalement en ce qui concerne les relations entre actionnaires. Elle offre pour les sociétés de droit français des facultés nouvelles attachées à la qualité de société européenne, notamment le transfert de siège à l'étranger, la fusion internationale, etc... La Loi « Breton » contient deux volets : un volet *droit des sociétés* qui précise les règles de constitution et fonctionnement des SE ayant leur siège en France et un volet *droit social* qui concerne l'implication des salariés (*en application de la directive CE n° 2001/86 du 8 octobre 2001*). Toutefois, l'application de certaines dispositions importantes reste subordonnée à la parution d'un décret (*notamment règles de publicité*)¹³.

La Loi « Breton » précise le régime selon lequel la SE peut être constituée en France, c'est-à-dire :

11 Ibidem, p.53.

12 Un chapitre IX a été introduit dans le Code de commerce aux articles L. 229-1 et suivantes.

13 J.P. Dom, *La société européenne – Aspects droit des sociétés*, « Droit & Patrimoine », Avril 2004, n° 125, p. 65.

par voie de fusion¹⁴;
 par constitution d'une SE holding¹⁵ ;
 par création d'une filiale ;
 par voie de transformation¹⁶.

La création de la SE

La SE ne peut être créée directement par des personnes physiques. Et les sociétés à la base de sa création doivent en outre être des personnes morales ayant déjà une dimension transnationale européenne¹⁷. Lorsque la SE est créée par voie de fusion, les sociétés participant à l'opération doivent être implantées dans au moins deux Etats membres différents. Pour pouvoir constituer une SE holding ou une SE filiale, elles doivent soit relever du droit d'Etats membres différents, soit posséder au moins une filiale ou une succursale implantée dans un Etat membre autre que celui de leur siège statutaire et ce, depuis deux ans au moins ; la filiale devant relever du droit d'un autre Etat membre. Comme le fait remarquer le professeur Michel Menjucq, la SE est : « *la société de sociétés, car elle peut n'avoir que des actionnaires personnes physiques lors de son immatriculation, par exemple, en cas de constitution d'une SE holding; toutefois, même dans ce cas, des personnes morales ayant en l'occurrence la forme de société anonyme et/ou de société à responsabilité limitée, doivent être à l'initiative du projet de constitution en promouvant l'opération* »¹⁸. La SE bénéficie *a priori* en quelque sorte d'une « *préférence européenne* ». Si les Etats n'en décident pas autrement, en effet, seules les sociétés ayant leur siège statutaire dans l'Union peuvent participer à sa création¹⁹. Dans le cas où les Etats optent pour cette possibilité, encore faut-il cependant que la société concourant à la constitution de la SE ait « *un lien effectif et continu avec l'économie d'un Etat membre* »²⁰.

La création d'une SE holding est ouverte aux sociétés anonymes et aux sociétés à responsabilité limitée. Les sociétés participantes doivent adopter un projet de constitution qui fixe la pourcentage minimal des actions ou parts de chacune des sociétés promouvant

14 Délivrance par le greffe d'un certificat attestant de l'accomplissement des formalités et contrôle de la légalité de la procédure de fusion par un notaire.

15 Dépôt par les sociétés françaises créant la SE d'un projet de constitution au greffe, application des règles de protection des fusions aux créanciers des sociétés françaises créant la SE (droit d'opposition, approbation de la masse des obligataires).

16 Dépôt au greffe du projet de transformation d'une SA française en SE, rapport du commissaire à la transformation sur les capitaux propres.

17 Article 2 du règlement du Conseil CE n° 2157/2001.

18 N. Lenoir, *L'avenir de la « Societas Europea »*, « Journal de droit européen », Février 2008, p. 68.

19 Article 2.5 du règlement du Conseil CE n° 2157/2001.

20 *Un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés. Rapport du groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés*, Bruxelles 2002, p. 57.

l'opération que les actionnaires devront apporter pour que la SE soit constituée. Ce pourcentage doit consister en actions conférant plus de 50% des droits de vote permanents. Ce projet est déposé et publié par une procédure similaire à celle des fusions. C'est à l'assemblée générale de chacune des sociétés participantes d'approuver le projet²¹. Toutefois, à la différence de la procédure de fusion, cette approbation ne suffit pas. Le règlement du Conseil CE n° 2157/2001 remet logiquement la décision finale entre les mains des actionnaires ou des porteurs de parts des sociétés. Ils ont à faire connaître dans les trois mois s'ils ont l'intention d'apporter leurs titres. Ce n'est que si, dans ce délai, le pourcentage d'apports de titres requis a été atteint que la SE holding peut être constituée²². Les sociétés participantes, à la différence de la fusion, ne disparaissent pas, mais deviennent totalement ou majoritairement contrôlées par la SE holding. Par analogie avec la fusion, un Etat membre peut prévoir, en ce qui concerne les sociétés qui promeuvent l'opération, une protection renforcée des associés minoritaires opposés à l'opération, des créanciers et des salariés alors même que les actionnaires ne peuvent être contraints d'échanger leurs titres et que les sociétés participantes ne disparaissent pas. La SE holding (*que ses actions soient ou non cotées*), en garantissant l'unité de direction d'un groupe et en permettant aux associés de mieux structurer leurs pouvoirs, répond à la vocation de la SE. Pour autant, la procédure de création d'une SE holding semble peu utilisée. Parmi les raisons avancées pour expliquer le manque d'attractivité de ce régime juridique, figure l'exigence de la présentation par les dirigeants des sociétés promotrices d'un rapport expliquant et justifiant les aspects juridiques et économiques de la constitution et indiquant les conséquences pour les actionnaires et les salariés de l'adoption de la forme de SE. Cette contrainte semble inadaptée lorsque les dirigeants des sociétés participantes ont besoin de conserver sur leur stratégie une certaine confidentialité²³. Cela est surtout vraie pour les holdings dits « *de rachat* » pratiquant le LBO, à savoir « *l'opération de rachat d'entreprise en finançant une part importante du prix d'acquisition par endettement* ». Une société holding qui s'endette est constituée pour acheter une entreprise dont les excédents de trésorerie remonteront régulièrement au niveau du holding via des dividendes afin de lui permettre de payer les intérêts de sa dette et de la rembourser²⁴. Cependant, au lieu de

21 F.Mary, Ch.A. Guelluy, *Fusions transfrontalières: le coup d'envoi ?*, « Option Finance », n° 1018, Mars 2009, p. 74.

22 Article 3.3 du règlement du Conseil CE n° 2157/2001.

23 A.S. Cornette de Saint-Cyr, O. Rault, *Aspects juridiques et socioaux des opérations de fusions au sein de l'Union européenne*, JCP/La semaine juridique- Édition entreprises et affaires, n° 15, Avril 2008, p. 143.

24 Le LBO (Leverage Buy Out / Opération de rachat d'une société avec l'effet de levier), s'est peu à peu imposé comme une nouvelle technique de financement et est aujourd'hui largement pratiqué. Le LBO est un mécanisme qui fait intervenir une personne morale agissant en tant que holding (*souvent une SAS*) créée à cet effet. Il s'agit de racheter la cible en utilisant un endettement bancaire contracté par la holding. Ainsi il devient possible de prendre le contrôle

racheter directement la participation, cela se fait par le biais d'une holding. Cette holding sera constituée de deux types d'associés : l'initiateur qui a pour dessein d'acquiescer cette participation et les investisseurs dont l'intervention est uniquement guidée par des fins spéculatives. Ces derniers sortant d'ailleurs du montage quand celui-ci arrive à son terme. La holding a donc pour fonction de réaliser cette prise de contrôle.

Les dispositions du règlement du Conseil CE n° 2157/2001 sur la création d'une SE filiale sont d'une grande sobriété et d'une grande souplesse. La procédure est d'abord ouverte, non pas seulement aux SA, voire aux SARL, mais aussi à n'importe quelle entité juridique de droit public ou privé en Europe. Malgré ces conditions favorables, la SE filiale ne rencontre à ce jour pas plus de succès que la SE holding. Il existerait six SE constituées en tant que filiales, dont aucune n'est cotée en bourse²⁵. À titre d'exemple, Eurotunnel SE, immatriculée en Belgique, est destinée à améliorer la coordination des opérations commerciales entre les filiales existantes d'Eurotunnel actuellement présentes au Royaume-Uni, France, Benelux, Allemagne et Espagne et ses activités dans la commercialisation de services de fret. Cette nouvelle filiale devrait à terme intégrer toutes ces activités, dans un but de simplification de la structure du groupe et de la réalisation d'économies²⁶. Le Groupe Eurotunnel gère et commercialise directement un service de transport par navettes via le Tunnel sous la Manche transportant des passagers et des véhicules de transport de marchandises. Il gère également le passage de trains à très grande vitesse (Eurostar) et les services de fret ferroviaire d'autres compagnies ferroviaires via le Tunnel sous la Manche. Le Groupe gère aussi la filiale Europorte (*qui comprend la société anglaise GB Railfreight*) qui propose une large gamme de services de fret ferroviaire intégrés à la fois en France et au Royaume-Uni.

Peu utilisée, la formule de la SE filiale mériterait de susciter davantage d'intérêt. Elle peut être utile notamment pour mettre en place des entreprises communes coopératives tout en aidant à surmonter les problèmes éventuels liés à la préservation d'un équilibre entre les nationalités des sociétés mères. La SE filiale devrait aussi constituer à terme l'un des cadres privilégiés de la coopération entre le public et le privé. Un centre de recherche universitaire et une industrie pharmaceutique peuvent avoir avantage à constituer une SE filiale pour développer des recherches ; structure plus efficace qu'un GEIE²⁷. Celui-ci ne peut faire de bénéfices, contrairement à la SE filiale dont l'activité peut, par exemple,

d'une société en minimisant son apport personnel. Le LBO a pour objet de prendre le contrôle d'une société cible.

25 Latham&Watkins, *Quelles nouvelles mesures pour le droit des sociétés et le droit boursier ?*, « Panorama législatif été 2005 », *Quelles nouvelles mesures pour le droit des sociétés et le droit boursier ?*, Paris 2005, p. 87.

26 Communiqué de presse du groupe Eurotunnel « Eurotunnel to set up a services company under European Law : « Eurotunnel SE », 30 mars 2006 et <http://bourse.latribune.fr/actions/nyse-euronext-paris/groupe-eurotunnel/societe-activites-perspectives-20084270.html>.

27 Ibidem, p. 92.

être d'exploiter des brevets. Les entreprises devraient trouver dans la formule de la SE filiale un autre intérêt lié à la possibilité offerte à une SE de constituer elle-même une ou plusieurs SE filiale unipersonnelles. Alors que dans les Etats membres, la SA unipersonnelle n'existe en général pas (*certaines Etats, comme l'Autriche, en incorporant le statut de la SE dans leur législation en ont profité pour créer un statut de SA unipersonnelle*). Une SE pourra alors se doter d'une chaîne de SE unipersonnelles à la gouvernance partiellement harmonisée avec celles de la SE mère. Les SE unipersonnelles sont soumises aux dispositions nationales adoptées conformément à la directive du 21 décembre 1989 sur les SARL unipersonnelles²⁸.

La transformation en SE est réservée aux seules SA possédant depuis deux ans au moins une filiale dans un Etat membre autre que celui de leur siège ; ce qui exclut les succursales. En dépit de cette condition restrictive, cette procédure a l'avantage de la simplicité. Contrairement à l'hypothèse de sa fusion transfrontalière, la transformation évite l'application cumulative ou distributive de législations nationales différentes²⁹. D'un point de vue fiscal l'opération en outre est neutre. Les modalités de transformation d'une SA en SE sont inspirées de procédures de création d'une SE par voie de fusion ou d'une SE holding, mais, le règlement du Conseil CE n° 2157/2001 renvoie plus largement encore au droit national qu'en matière de fusion. Il se borne à prescrire un projet de transformation (*sans en préciser le contenu*) assorti du rapport, expliquant et justifiant l'opération, à présenter par les organes dirigeants, ainsi qu'un rapport d'expertise attestant que « *la société dispose d'actifs, nets au moins équivalents au capital augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer* »³⁰. Le projet de transformation et les statuts de la SE sont adoptés, comme dans les autres cas de création d'une SE, par l'assemblée générale extraordinaire à la majorité qualifiée. Les textes, aussi bien européens que français, conduisent à retenir une interprétation selon laquelle la transformation d'une SE ne peut se réaliser qu'en SA. En effet, l'article 66.1 du règlement du Conseil CE n° 2157/2001 se réfère expressément à la transformation de la SE en « *société anonyme relevant du droit de l'Etat membre de son siège statutaire* »³¹. En écho à cet article, l'article L. 229-10 du Code de Commerce n'envisage la transformation de la SE qu'en société anonyme. Il est très probable que la question de la transformation de la SE en SAS n'a effleuré ni l'esprit du législateur européen, ni celui du législateur français. On ne peut que le regretter et appeler de nos vœux qu'une telle transformation soit rendue

28 Douzième directive du Conseil n° 89/667/CCE, du 21 décembre 1989, en matière de droit des sociétés concernant les sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée, (J.O.L 395 du 30 décembre 1989).

29 G. Lesieur, *Le nouveau régime légal des fusions transfrontalières issu de la directive communautaire du 26 octobre 2005*, « Les Petites Affiches », Août 2008, p.4 et suivantes.

30 Article 37 du règlement du Conseil CE n° 2157/2001.

31 G. Lesieur, *Le nouveau régime légal des fusions transfrontalières issu de la directive européenne du 26 octobre 2005*, « Les Petites Affiches », Août 2008, p.8.

possible. Si tel devait être le cas, il conviendrait d'adapter le cadre textuel aux singularités de la SAS, notamment d'imposer que cette transformation intervienne à l'unanimité³².

La gestion de la SE

En Europe, il existe deux systèmes de gouvernance d'entreprise : le système moniste avec conseil d'administration unique assurant la gestion de l'entreprise et le système dualiste avec, d'une part, un organe de direction/directoire responsable de la gestion courante des activités et, d'autre part, un conseil de surveillance chargé de contrôler l'organe de direction/directoire. Jusqu'à présent, le choix de la structure dépendait essentiellement des dispositions légales du pays. Seuls quelques Etats membres permettaient déjà aux entreprises de choisir librement entre le modèle moniste et modèle dualiste (*par exemple, France, Finlande, Hongrie et Italie*). Une SE peut opter librement pour un système moniste ou dualiste, quelque soit le pays dans lequel elle est implantée. Cette règle vaut également pour les pays où ce choix n'existe pas pour les régimes juridiques nationaux.

Au niveau des organes de gestion et de direction, le règlement du Conseil CE n° 2157/2001 prévoit, selon le choix des actionnaires, deux types de structures : le monisme avec un conseil d'administration et le dualisme avec conseil de surveillance et directoire. Le droit commercial français connaissait déjà ces deux systèmes et n'a donc pas eu à faire l'objet de modifications sur ce point. En Belgique, et au Royaume-Uni, où seul le monisme était connu, des dispositions spécifiques à la SE permettent d'opter pour un régime dualiste³³. Parallèlement, en Allemagne, seule la loi sur les SE permet d'opter pour le régime moniste, alors que le droit commun des SA ne prévoit encore que le dualisme. En dehors de ce cadre optionnel entre dualisme et monisme, le règlement du Conseil CE n°2157/2001 renvoie aux législations nationales ou aux statuts (*éventuellement encadrés par ces législations*) le soin de déterminer les règles de fonctionnement des organes dirigeants de la SE. Ces renvois concernent aussi bien la nomination et le nombre des membres de ces organes que leur révocation, leurs fonctions et leurs rôles, la périodicité de leurs réunions, les processus de délibération quant aux quorum notamment, ou encore l'information à fournir aux membres de conseils³⁴. Peu de dispositions s'appliquent de manière impérative sans pouvoir être modifiées ou aménagées au niveau du droit local ou par les statuts, et celle suivant laquelle l'organe d'administration (*dans le système moniste*) élit d'un président parmi les membres désignées. Ce président des organes soit un représentant des actionnaires et non pas des salariés.

32 Cozian M., Deboissy F., Viandier A., *Droits des sociétés*, Paris 2010, p.267.

33 N. Lenoir, *L'avenir de la « Societas Europea »*, « *Journal de droit européen* », Février 2008, p. 78.

34 Ibidem, p. 84.

Le plus souvent, le règlement de 2001 propose une harmonisation minimale. C'est le cas en ce qui concerne le nombre des organes de la SE³⁵. Parfois, le règlement prévoit une simple option, comme celle qui permet de déléguer la gestion courante de la société, dans les mêmes conditions que pour les SA de droit local, à un ou plusieurs directeurs généraux³⁶. Cette disposition, qui a pour objet de délimiter les responsabilités au sein des organes de la société, n'existe pas dans tous les droits nationaux, comme en France et en Belgique où cette option a été levée. Autre cas de figure, le règlement renvoie directement ou indirectement aux statuts. Par exemple, concernant le système dualiste, il renvoie aux statuts le soin de fixer le nombre des organes de surveillance et de direction. De même, s'il prévoit que les membres du directoire, dans le système dualiste, sont nommés et révoqués par le conseil de surveillance, il laisse aux Etats la liberté statutaire de conférer ces pouvoirs à l'assemblée générale. La multiplication de ces renvois, options et exceptions réduit la lisibilité du dispositif de gouvernance de la SE en le faisant par trop dépendre du lieu d'implantation du siège statutaire. Le règlement du Conseil CE n°2157/2001 fait ressortir des lignes de la force qui forment la colonne vertébrale du statut de la SE. D'abord, il y manque le souci de garantir une séparation des pouvoirs entre organes de la société : conseil de surveillance et directoire, conseil d'administration et directeurs généraux. Ensuite, il se réfère au droit à l'information des membres des organes et à leur devoir de confidentialité clairement érigés en principes de bonne gouvernance³⁷. Enfin, les modes de nomination et de révocation et la définition des fonctions des membres des organes de la SE qu'il prévoit, suggèrent l'idée d'une responsabilité sociale à la base de la notion de gouvernance. Les opérations suivantes requièrent l'autorisation de l'organe de surveillance ou une délibération de l'organe d'administration :

tout projet d'investissement dont le volume est supérieur à un pourcentage donné du capital souscrit, la création, l'acquisition, l'aliénation ou la liquidation d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, lorsque le prix de rachat ou le produit de la cession est supérieur à un pourcentage déterminé du capital souscrit,

tout recours au crédit ou l'octroi de crédits, l'émission d'obligations et la reprise ou le cautionnement d'engagements de tiers, lorsque l'opération globale est supérieure à un pourcentage déterminé du capital souscrit,

la passation de contrats de ventes et de prestation de services lorsque le chiffre d'affaires global prévu est supérieur à un pourcentage donné du chiffre d'affaires du dernier exercice commercial,

35 Le conseil d'administration dans le système moniste doit comporter en principe au moins trois membres- article 43.2 du règlement ou la durée de leur mandat : « *les membres des organes de la société sont nommés pour une période fixée par les statuts, qui ne peut excéder six ans* ».

36 Article 39.1 dans le système dualiste et article 43.1 dans le système moniste.

37 J.L. Colombani et M. Favero, *Societas Europea*, « Pratiques et Affaires 2001 », Paris 2002. p. 53.

Le pourcentage visé aux tirets susmentionnés est fixé par les statuts. Il ne peut être inférieur à 5% ni supérieur à 25%.

Le système de gouvernance (*moniste ou dualiste*) est choisi par l'assemblée générale des actionnaires. La décision est inscrite dans les statuts de la SE et est exclue des négociations entre direction et représentation des salariés. Ainsi, les salariés n'ont officiellement pas voix au chapitre quant au choix du système de gouvernance (*et ne peuvent donc pas décider d'être par la suite représentés au conseil d'administration ou de surveillance*). Que ce soit dans le système moniste ou dualiste, la représentation du personnel ne peut pas empêcher qu'une décision du conseil d'administration ou de surveillance soit prise si les représentants des actionnaires adoptent une position commune³⁸. Les statuts de la SE énumèrent les catégories d'opérations qui donnent lieu à autorisation préalable du conseil de surveillance (*système dualiste*) ou à décision expresse du conseil d'administration (*système moniste*). Dans certains Etats membres, l'organe de surveillance peut soumettre lui-même à autorisation certaines opérations. Par ailleurs, les Etats membres peuvent établir la liste de ces opérations pour les SE immatriculées sur leur territoire³⁹. Les droits concrets dont jouissent le conseil d'administration et le conseil de surveillance varient donc largement en fonction du pays dans lequel la SE est immatriculée et des statuts de cette dernière. Les représentants des salariés au conseil d'administration ou de surveillance ont les mêmes de droits et obligations que les représentants des actionnaires, y compris le droit de vote et le droit à rémunération. Tous les membres des organes de la SE sont soumis à une obligation de confidentialité ; ils ne sont pas autorisés à divulguer des informations susceptibles de porter préjudice aux intérêts de la société⁴⁰.

La situation des salariés

Dans le cadre de ses travaux sur les SE, le réseau SEEurope a établi différents types de SE afin de mieux décrire une diversité, qui a évolué rapidement depuis octobre 2004⁴¹. Cette classification permet de distinguer les SE menant une activité et employant des salariés (*SE « normales »*), des SE menant une activité, mais n'employant pas de salariés

38 Règlement relatif à la SE, art. 50.

39 Règlement relatif à la SE, art. 48.

40 Règlement relatif à la SE, art. 49.

41 Le Réseau SEEurope - organisé par l'Institut syndical européen - a été fondée en 2003 pour observer la transposition de la législation SE et son impact pratique sur les entreprises et les relations industrielles. Le réseau implique des spécialistes des relations juridiques, économiques et industrielles de l'Espace économique européen (*États membres de l'UE plus la Norvège, l'Islande et Lichtenstein*). Au fil des ans, le réseau a produit un large éventail de publications, y compris les rapports nationaux, des études de cas et des rapports thématiques. Dès le début, la recherche et la surveillance a été menée en vue de répondre également aux besoins des praticiens en Europe impliqués dans la création d'une SE.

(SE « *vides* ») et des SE ne menant aucune activité et n'employant aucun salarié (SE « *coquilles vides* »)⁴². Les SE qui sont probablement opérationnelles, mais pour lesquelles nous ne disposons pas d'informations suffisantes pour procéder à leur classification (*par exemple, dont nous ne savons pas si elles emploient effectivement des salariés*) sont classées dans la catégorie SE OVNI (*Objets Volants Non Identifiés*).

La plupart des SE normales ont été constitués par voie de fusion entre deux (*ou plusieurs*) sociétés ou par la transformation d'une société anonyme existante. Un nouveau mode de constitution *de facto* a cependant fait son apparition au fil du temps: l'activation d'une SE « coquille vide ». Une SE « coquille vide » activée est transformée en SE « vide » en démarrant une activité économique (*sans l'embauche de salariés*) ou en SE « normale » en démarrant une activités économique et en transférant des salariés dans la société⁴³. Un marché pour ce type de « coquilles vides » s'est développé, notamment en Allemagne et en République Tchèque. Ce type de SE sert souvent d'instrument de constitution d'autres SE coquilles vides (*sous forme de filiales*) qui sont ensuite vendues à des clients intéressés. Le nouvel acquéreur active la SE en y transférant des salariés et/ou en démarrant une activité .

Dans la pratique, la majorité des SE « normales » ont conservé leur système de gouvernance d'origine. Un pourcentage important de SE « normales », notamment en Allemagne, a toutefois opté pour un conseil unique, forme de gouvernance qui n'existait pas jusqu'à présent dans le système allemand⁴⁴.

La SE dans l'espace européen

Il faut souligner que la localisation de la SE dans l'espace européen soulève beaucoup d'enjeux qu'ils soient fiscaux, de gouvernance ou statutaires.

Le règlement du Conseil CE n°2157/2001 du 8 octobre 2001 reste muet quant au régime fiscal. Depuis, la directive CE n° 2005/91 du 17 février 2005, modifiant la directive CEE n° 90/434 du 23 juillet 1990 concernant « *le régime fiscal commun applicable aux fusions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents* », a consacré la neutralité fiscale du transfert de siège de la SE vers un autre Etat membre. Si la constitution de la SE bénéficie de mesures fiscales favorables, il n'en va pas encore de même au cours de sa vie sociale, où elle relève de la fiscalité des Etats membres où elle est implantée. Le transfert de siège de la SE a été cependant organisé pour être effectué en franchise d'impôt ; ce qui peut permettre d'ores et déjà une certaine optimisation fiscale. Enfin, une avancée significative en faveur de la SE sera accomplie par la mise en

42 M. Stollt, E. Wolters, *Implication des travailleurs dans la Société européenne (SE). Guide pour les acteurs de terrain*, Bruxelles 2013, p. 458.

43 Ibidem, p. 477.

44 Ibidem, p. 482.

place d'une « assiette commune consolidée de l'impôt sur les sociétés », dite « ACCIS », à laquelle les services de la Commission travaillent actuellement⁴⁵. La directive du 23 juillet 1990, modifiée par la directive du 17 février 2005, a vocation à s'appliquer aux opérations de fusion, d'apport d'actifs ou d'échange d'actions contribuant à la constitution d'une SE issue d'une fusion ou d'un apport d'actifs transfrontalier. Ce régime commun, tel que transposé dans les droits nationaux, assure en principe une neutralité fiscale en matière d'impôt sur le revenu des opérations de fusion, d'apport d'actifs et d'échange de titres⁴⁶. Deux séries de dispositions prévoient, d'une part, une exonération des plus-values d'apport réalisées par les sociétés fusionnées ou les sociétés apporteurs (*l'apport de branche d'activité ou apport de titres permettant d'acquérir la majorité des droits de vote de la société qui reçoit cet apport*), sous certaines conditions et avec certains aménagements, et, d'autre part, un régime de sursis d'imposition permettant aux actionnaires des sociétés absorbées de différer, sous certaines conditions et limites, l'imposition de plus-values d'échange de leurs titres⁴⁷.

En France, la neutralité fiscale prévue par la directive est organisée selon un régime dit de « faveur » par l'article 210 A du Code général des impôts (CGI) pour les opérations de fusion, et par l'article 210 B dudit code pour les apports partiels d'actifs et assimilés. En cas d'apport, l'engagement de conserver pendant au moins trois ans les titres reçus par la société apportrice doit être souscrit, ou repris par certains actionnaires, de la société apportrice ayant procédé, dans le cadre de l'article 115.2 du CGI, à une répartition des titres reçus en rémunération de l'apport. En cela, les opérations de constitution d'une SE ne sont pas traitées différemment de celles réalisées par d'autres sociétés fusionnant dans un cadre transfrontalier européen et supportent donc les mêmes difficultés et contraintes fiscales nationales dans la mise en oeuvre de la directive, y compris en termes de procédure. Ainsi, ce régime de faveur exige un agrément préalable en cas de fusion-absorption ou d'apport partiel d'actifs d'une société française par une société d'un autre Etat. Cet agrément est en principe accordé de droit lorsque l'opération est

45 ACCIS (*l'assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés*), est un ensemble unique de règles de détermination du résultat imposable, susceptibles d'être utilisées par les sociétés exerçant leur activité au sein de l'UE. En d'autres termes, une société ou un groupe de sociétés éligible ne devrait se conformer qu'à un seul régime au sein de l'Union pour calculer son résultat imposable, plutôt qu'aux différents régimes propres à chacun des Etats membres dans lesquels l'activité est exercée. En outre, les groupes soumis au régime ACCIS auraient la possibilité de ne remplir qu'une seule déclaration fiscale consolidée pour l'ensemble de leurs activités au sein de l'UE. Les résultats imposables consolidés du groupe seraient répartis entre chacune des sociétés qui le constituent par application d'une formule simple permettant à chaque Etat membre d'imposer les bénéfices des sociétés résidentes de cet Etat, au taux d'imposition choisi par celui-ci (*comme c'est le cas aujourd'hui*).

46 N. Lenoir, P.P. Bruneau et M. Menjucq, *Les enjeux de la localisation de la SE dans l'espace européen*, « Droit & Patrimoine », n° 163, Octobre 2007, p. 89.

47 Ibidem, p. 95.

justifiée par un motif économique, et n'a pas comme objectif principal ou un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscale ; les modalités de l'opération permettent l'imposition future des plus-values placées en sursis d'imposition⁴⁸. Cependant, cet agrément impose que l'opération se traduise par la constitution d'un établissement stable de la société absorbante en France, reprenant à son bilan l'ensemble des éléments d'actifs de la société française absorbée, et est subordonné à la souscription des engagements prévus par l'article 210 A du CGI, qui doivent être en fait respectés par cet établissement stable. La SE ne bénéficie, en cours de vie, d'aucun régime fiscal spécifique défini au niveau européen, et relève donc des différents systèmes fiscaux des Etats membres, en accord, le cas échéant, avec les conventions fiscales applicables. Elle bénéficie du même régime fiscal que les sociétés anonymes. Les établissements stables qui sont généralement créés dans les différents Etats membres à la suite de la constitution d'une SE relèvent des fiscalités nationales des Etats d'implantation et doivent donc déterminer leurs résultats imposables sur une base territoriale, le cas échéant dans vingt-sept Etats différents si la SE est implantée dans chacun des Etats membres. Pour l'instant, la SE n'offre donc aucune possibilité de détermination globale de son résultat imposable et d'allocation de ce résultat imposable entre les Etats membres. Cette situation réduit les avantages attachés à la simplification des structures de la SE, qui permettent une organisation juridique et comptable unifiée au niveau européen. La création de SE pose naturellement la question de la localisation et du transfert de son siège statutaire, notamment pour optimiser son régime fiscal, en tirant profit de la concurrence fiscale. Notons cependant que le transfert de siège implique également le transfert de son administration centrale ; le siège d'une SE et son administration centrale devant être réunis dans le même Etat membre ; ce qui réduit le risque de délocalisation à but purement fiscal. Le règlement du Conseil CE n° 2157/2001 permettant à la SE de transférer son siège statutaire, dans un autre Etat membre sans qu'il en résulte ni dissolution, ni création d'une personne morale nouvelle, la directive du 17 février 2005 a naturellement étendu le régime fiscal commun de neutralité au transfert du siège statutaire de la SE vers un autre Etat membre. Ce transfert n'entraîne donc pas en principe d'imposition des plus-values qui seraient généralement dues par suite de la dissolution de la société transférant son siège, sous la réserve, déjà mentionnée, du rattachement des actifs ainsi transférés à un établissement stable dans l'Etat de départ ; ce qui rend possible, en cas de cession, l'imposition ultérieure des plus-values. Lorsque le pays de départ ne soumet pas à l'impôt les titres de participation, et n'impose donc pas le maintien d'un établissement stable, le transfert du siège statutaire d'une SE n'ayant qu'une activité de holding aura donc une pleine portée tant juridique que fiscale. L'Autriche paraît être le seul Etat membre à avoir autorisé la mise en oeuvre de la rentabilité fiscale des opérations transfrontalières, sans la subordonner au maintien,

48 Art. 210.3 B CGI.

d'un établissement stable dans l'Etat d'origine. Il en va autrement lorsque le pays de départ impose le maintien d'un établissement stable en cas de transfert du siège d'une holding. Ainsi, la France a aménagé son droit interne pour permettre le transfert vers un autre Etat membre du siège d'une société française à la condition du maintien d'un établissement stable⁴⁹. Ce transfert peut donc désormais intervenir selon un régime de neutralité fiscale ; l'imposition, le cas échéant, des plus-values liées aux actifs de la SE étant reportée sur l'établissement stable dont elle dispose en France à la suite du transfert de siège. Depuis le 1er janvier 2007, les plus-values à long terme réalisées sur les cessions de titres de participation sont imposables au taux de 0 % ; seule une quote-part égale à 5 % des plus-values nettes de cession étant imposable à l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun⁵⁰. Dans le cas où la société française absorbée est une pure société holding, qui ne détient que des titres de participation, la question de l'exigence du maintien d'un établissement stable en France s'est donc posée à compter du 1er janvier 2007 ; cette exigence pouvant apparaître comme excessive au regard de l'évolution du droit européen. Pour assurer pleinement la mobilité de la SE, la solution serait de supprimer l'exigence du maintien de l'établissement stable pour les holdings qui transfèrent leur siège.

Le principe de la taxation des plus-values sur les actifs cédés, attribuables à l'Etat d'origine, après le transfert du siège serait maintenu ; son application effective pouvant être assurée par un corps de contrôle spécialement créé à cet effet au niveau européen. A n'en pas douter, les SE tireraient alors pleinement parti des différences importantes entre les régimes d'impôt sur les sociétés existant dans l'Union. Mais on peut aussi penser qu'un mouvement de transfert de siège de SE vers les Etats fiscalement plus cléments verrait le jour, nonobstant l'exigence du maintien de l'établissement stable dans le pays d'origine et l'obligation de se soumettre à la fiscalité propre à chacun des Etats d'implantation. Au moins la SE bénéficierait-elle du régime d'imposition du pays d'accueil pour ses nouvelles activités. La logique de la SE voudrait qu'elle soit soumise à un statut fiscal propre, dont le Parlement européen a souligné l'importance dès 2001⁵¹.

La solution envisagée par la Commission et le groupe de travail qu'elle a constitué en 2004 était l'adoption d'une ACCIS pour les SE. La SE souscrirait alors, dans l'Etat de son siège, une seule déclaration d'impôt sur les sociétés faisant état de l'ensemble de son résultat net imposable, correspondant à l'ACCIS, réalisé tant dans l'Etat où est situé son siège que par les établissements et les filiales dont elle possède la totalité du capital, situés dans d'autres Etats membres. Un seul corps de règles s'appliquerait donc à la détermina-

49 Art. 221.2 CGI.

50 Ces plus-values sont ainsi imposées à un taux effectif de 1,72 %.

51 Communication Commission au Conseil, 23 octobre 2001: « *la totalité des avantages découlant de la société européenne ne se concrétiseront que si les entreprises peuvent opter pour cette structure sans encourir des coûts fiscaux additionnels et si certains obstacles fiscaux actuels entravant l'extension des activités à plus d'un Etat membre sont supprimés* ».

tion de l'assiette imposable, mettant ainsi fin, sur ce plan, à une « concurrence fiscale dommageable »⁵². Le régime de l'ACCIS pourrait cependant être optionnel. Deux méthodes d'imposition seraient alors envisageables : soit l'assujettissement de l'ACCIS à un impôt de type fédéral, perçu au niveau de l'Union, soit la répartition de l'ACCIS entre les différents Etats où la SE dispose d'établissements stables, ou de filiales, selon une clé dont les termes restent à définir ; chacun des Etats fixant lui-même son taux d'imposition. On peut actuellement penser que les travaux de la Commission s'orientent vers cette seconde solution. Une certaine concurrence fiscale serait alors maintenue. Comme l'indiquait la Commission, « le succès du statut de la SE apparaît comme étroitement lié à la mise en place d'un régime commun d'imposition des sociétés⁵³ ». Bien que non limité à la SE, l'ACCIS est un élément déterminant et nécessaire pour le succès de celle-ci. On peut penser que sa mise en place; souhaitée par les milieux d'affaires; bénéficierait en effet pleinement à la SE, en permettant à cette structure unique de réduire ses coûts de gestion, tout en préservant une certaine concurrence fiscale. La position des Etats membres sur le projet d'ACCIS n'est cependant pas unanime. Mais il faut être clair : si l'on veut encourager les SE à développer leurs activités transfrontalières, alors même qu'en l'état, les questions fiscales relèvent de la règle de l'unanimité au sein de l'Union, il faut arriver à une nouvelle directive fiscale intégrant l'ACCIS.

La marge d'autonomie statutaire de la SE dépend de la législation de l'Etat de son siège statutaire. L'existence d'enjeux statutaires pourrait étonner à l'égard de la SE, qui, afin de conserver une unité de son statut indépendamment de la localisation de son siège social dans tel ou tel Etat membre, devrait limiter les possibilités pour ses actionnaires de modifier le corpus juridique prévu par le règlement portant statut de la SE précitée⁵⁴.

Les options laissées aux Etats membres dans les matières couvertes par le règlement du Conseil CE n° 2157/2001 sont nombreuses et d'importance. Sans prétendre à l'exhaustivité, il est possible de citer quelques-unes des options relatives à l'organisation interne de la SE à prendre en considération lors du choix de sa localisation. Ainsi, dans les SE dualistes, l'article 39 paragraphe 2, prévoit que le ou les membres de l'organe de direction sont nommés et révoqués par l'organe de surveillance, mais que l'Etat membre du siège de la SE peut prévoir ou donner aux statuts la possibilité que le ou les membres de l'organe de direction soient nommés et révoqués par l'assemblée générale des actionnaires dans les mêmes conditions que pour une SA locale. La France a levé partiellement cette option car la révocation des membres du directoire par l'assemblée générale est

52 Il existe déjà un mécanisme européen concernant la concurrence fiscale dommageable, mais qui reste très partiel, fondé sur le Code de bonne conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises adopté par le Conseil ECOFIN du 2 décembre 1997, et dont le suivi est assuré par un groupe de travail placé auprès de la Commission.

53 Communication de la Commission au Conseil, 23 octobre 2001.

54 N. Lenoir, P.P. Bruneau et M. Menjucq, *Les enjeux de la localisation de la SE dans l'espace européen*, « Droit & Patrimoine », n° 163, Octobre 2007, p. 98.

incluse dans le droit interne des SA, au contraire du Royaume-Uni qui n'a nullement levé l'option à défaut de connaître une structure dualiste pour ses sociétés par actions. En outre, pour les deux systèmes, le règlement du Conseil CE n° 1257/2001 énonce que les statuts fixent le nombre de membres des différents organes d'administration, de direction et de surveillance mais que les États membres peuvent déterminer un maximum et/ou un minimum. La France a levé cette option par référence aux dispositions françaises sur les SA, le Royaume-Uni et la Belgique n'ayant fixé qu'un nombre minimum, mais pas de maximum.

Les dispositions nationales ont une importance d'autant plus grandes qu'elles comblent les nombreuses lacunes du règlement du Conseil CE n° 2157/2001 concernant le statut de la SE qui est éloigné de la forme rêvée dans les années soixante-dix d'une société de pur droit européen. La hiérarchie des normes nationales est définie par l'article L. 229-1 du Code du commerce, qui précise que la SE est d'abord régie par le règlement du Conseil CE n° 2157/2001, puis par les dispositions du chapitre IX du Code du commerce, ainsi que par les dispositions applicables aux SA dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux dispositions spécifiques aux SE. Il résulte de cette multiplicité de normes applicables que lors de la domiciliation du siège de la SE, il n'est pas inutile de consulter le droit local des SA qui s'applique aussi à la SE dans le silence dudit règlement et de règles nationales spécifiques. À cet égard, la domiciliation du siège de la SE dans un État membre ayant un droit des SA peu rigide entraîne nécessairement un assouplissement du statut de la SE. Ainsi, compte tenu de la souplesse du droit anglais des sociétés par actions, une SE domiciliée au Royaume-Uni devrait globalement disposer d'une plus grande liberté statutaire qu'une SE immatriculée en Belgique.

La SE, se rattachant à un modèle institutionnel plus que contractuel de la société commerciale, ne dispose pas à première vue d'une grande liberté statutaire. Il est plus exact de dire que l'étendue de cette liberté varie selon la législation des États membres. Certes l'article 9 du règlement du Conseil CE n° 2157/2001 précise que la hiérarchie des normes applicables à la SE, se réfère aux statuts de chaque société immédiatement après ses propres dispositions. Mais le même article prévoit par ailleurs qu'il revient aux législations nationales de préciser les possibilités offertes aux associés et actionnaires d'adapter, de compléter ou de modifier les règles de droit européen ou national régissant la gouvernance de la SE. Pour les matières traitées par le règlement, la SE n'est tout d'abord régie que par ses statuts que lorsque ledit règlement l'autorise expressément⁵⁵. Et ce, sous réserve encore que l'État membre où la société a son siège statutaire, n'ait pas adopté de dispositions contraires. C'est ainsi que, si le paragraphe 1er de l'article 48 du règlement du Conseil CE n° 2157/2001 confère aux statuts le soin de définir les « *catégories d'opérations qui donnent lieu à autorisation de l'organe de surveillance, dans le système*

⁵⁵ Art. 9.1 du règlement relatif à la SE.

dualiste, ou à décision expresse de l'organe d'administration, dans le système moniste », le paragraphe 3 attribue au contraire compétence aux Etats membres de fixer, s'ils le souhaitent, les catégories d'opérations en question⁵⁶. Tel est le choix qu'a fait le législateur français en transposant à la SE les dispositions applicables aux SA sur les conventions réglementées. Celles-ci sont soumises à l'approbation, non pas de l'organe d'administration ou de surveillance, mais de l'assemblée générale des actionnaires. La levée de cette option a été vivement critiquée par les milieux d'affaires français qui ont fait valoir que dans les autres Etats membres les modalités d'approbation des conventions réglementées étaient généralement définies par les statuts. Cet exemple illustre bien la nature du compromis ayant permis à la SE de voir le jour : les Etats se sont mis d'accord sur l'institution d'une *Societas Europea* à la condition que son statut ne s'éloigne pas trop de leurs conceptions à la fois politiques et juridiques.

Le rôle des Etats dans la définition des règles de gouvernance de la SE est encore plus accentué s'agissant des matières non couvertes (*ou couvertes partiellement*) par le règlement. Dans cette hypothèse, la SE voit sa liberté statutaire soumise aux mêmes conditions que celles imposées par le droit de l'Etat membre où elle a son siège statutaire en ce qui concerne les sociétés anonymes⁵⁷. Il en résulte qu'une SE immatriculée au Royaume-Uni par exemple aura une marge d'autonomie statutaire sensiblement plus étendue qu'une SE immatriculée en Allemagne. Ceci vaut pour une série de dispositions concernant notamment le nombre ou les modalités de nomination ou de révocation des membres des organes de surveillance, de direction ou d'administration, ou encore la possibilité pour des personnes morales d'être membres d'un de ces organes. Cette dernière possibilité, qui n'existe pas pour les SA en France et en Allemagne, n'a pas été ouverte dans le cadre de la SE, alors que, traditionnellement reconnue au Royaume-Uni pour les sociétés anonymes, elle vaut aussi pour les SE. Donc, en général, parmi les motivations du recours au statut de la SE figure le souci d'alléger les contraintes de la régulation propre au secteur financier. Cette préoccupation est même parfois présentée, par certains dirigeants, comme l'une des justifications essentielles de constitution en SE.

Les conclusions : les avantages et les perspectives

La réglementation du droit spécial des sociétés s'étoffe de jours en jours. Le législateur a introduit des réformes presque tous les semestres, voir tous les trimestres.. La matière est évolutive. La production normative en ce domaine donne elle aussi lieu à un véritable

56 H. Vanoorbeek, *La société européenne et la stratégie de l'entreprise dans le contexte européen*, Paris 2009, p.449

57 J.L. Colombani et M. Favero, *Societas Europea*, « Pratiques et Affaires 2001 », Paris 2002. p. 58.

« *flux normatif tendu* », en droit interne, comme en droit de l'Union, comme d'ailleurs en matière de sociétés de capitaux.

Premièrement, c'est ainsi que la société européenne, dont la personnalité juridique n'est donc pas nationale à proprement parler, est néanmoins une société anonyme régie par le droit national du pays où est implanté son siège. De plus, la SE répond au besoin des entreprises de faciliter leurs activités au sein de l'espace européen car l'existence de formes de sociétés commerciales différentes pouvait créer certains freins. L'objectif premier était de créer une forme régie par les mêmes règles quelque soit l'Etat membre d'immatriculation. Mais cela n'a pas été possible car chaque Etat membre tirait vers ses spécificités. La SE est un compromis avec des bases communes, mais aussi des renvois au droit national de la société anonyme de l'Etat membre d'immatriculation.

Il faut ajouter que les salariés sont plutôt rassurés par la création d'une société européenne puisque cela leur donne droit à l'application d'un système de cogestion. Dans la SE, les salariés sont obligatoirement représentés au sein de la direction.

De plus, cela rend, ainsi, possible une croissance externe et une réorganisation des entreprises dont l'activité n'est pas limitée à une satisfaction de besoins purement locaux. La SE se présente donc comme le moyen le moins cher et le plus simple pour organiser la coopération, l'intégration ou la restructuration d'entreprises d'Etat membres différents.

On peut souligner aussi, que la création de sociétés à la dimension du marché interne où la constitution de sociétés dont la formation et le fonctionnement sont régis par un règlement du droit européen, à côté de sociétés relevant d'un droit national, contribuent à faire correspondre, dans toute la mesure du possible, l'unité économique et l'unité juridique de l'entreprise européenne. La SE est le seul moyen de transférer le siège social dans un autre Etat membre sans dissolution ni création d'une personne morale nouvelle et à la simple majorité qualifiée des actionnaires alors que dans la plupart des Etats membres, l'unanimité est de rigueur.

Le statut de SE pourrait amener à une espèce de *law shopping* qui consisterait à mettre les droits nationaux des sociétés en concurrence. Les SE s'implanteraient là où le droit des sociétés est le plus accueillant. À défaut d'harmonisation européenne, c'est donc le droit de l'Etat membre dans lequel la SE a son siège, qui a vocation à être appliqué et qui peut être plus ou moins contraignant. Ce genre de *forum shopping* est régulièrement hors de portée des sociétés qui ne sont pas déjà de véritables acteurs européens et habitués à manier des systèmes juridiques différents.

La possibilité de transfert du siège statutaire dans un autre pays présente un avantage important pesant en faveur du choix de la SE. Avec ce régime juridique, les sociétés peuvent passer plus facilement d'un Etat membre à un autre. La SE a grandement simplifié les fusions transfrontalières par rapport aux règles et législations nationales complexes préexistantes.

On peut supposer que toute entreprise envisageant d'établir une SE conduit une analyse profit et perte. La contribution de la SE à une réduction substantielle des coûts ne peut pas être généralisée. Il est cependant possible que la SE permette de réaliser des économies, par exemple, en entraînant une rationalisation des structures de gestion et la dissolution de certaines de ses filiales nationales.

Enfin, il faut ajouter que la régulation relative à la SE donne la possibilité de créer une société privée européenne (SPE). Cette nouvelle forme juridique est encore en cours d'élaboration et fait débat parmi les États membres. La SPE est prévue principalement pour les petites et moyennes entreprises, mais rien n'empêcherait les grandes entreprises d'adopter ce statut (*en lieu et place de la SE*). Du point de vue du salariat, on peut craindre qu'il soit utilisé pour échapper aux règles nationales sur la participation des salariés.

SUMMARY

The European company: issues and prospects

The article is an explanation of the way the European company operates. The author briefly points to the laws and their provisions regulating the status of the European company in its present form. The author primarily highlights EU legislation in the field of European company law, but also regulations in French commercial law related to the analyzed company. Additionally, the author shows the ways of creating a European company and possible styles of managing it. The author also highlights the situation of the employees of a European company and the advantages of creating this type of company, whether fiscal, related to the location, or resultant from the statute of this company. In conclusion, the author points out a number of prospects for the functioning of a European company, highlighting the competitiveness of such a company on the European market and the possibility of its development by European enterprises, as well as indicating that the company is a kind of compromise between the regulations proposed by the European legislator and the regulations laid down by the domestic law of the Member States.

KEYWORDS: European company, European Union law, commercial law

Les conséquences du renversement de la charge de la preuve dans le contexte des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne - *Asociația Accept (C-81/12)* et *Galina Meister (C-415/10)*¹

Introduction

Les trois directives sur l'égalité² ont, en ce qui concerne la charge de la preuve, opté pour un mécanisme qui permet d'alléger, sans la supprimer, ladite charge pour la victime. Le mécanisme mis en place se déroule en deux étapes. En premier lieu, la victime doit alléguer, à suffisance, des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination. Lorsque cette présomption est établie, la charge de la preuve se déplace vers la partie défenderesse. Nous allons principalement nous concentrer sur « les faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination ».

Arrêt de la Cour dans l'affaire *Asociația Accept contre Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării (C-81/12, 25 avril 2013)*³

À l'égard de l'exposé des faits, le 3 mars 2010, *Accept* (organisation non gouvernementale dont l'objet est de promouvoir et de protéger les droits des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transsexuelles) a déposé plainte (devant la juridiction roumaine) contre

1 *Le projet a été financé par des crédits de Centre National pour la Science octroyés sur la base de la décision numéro DEC-2012/05/N/HSS/01589. En 2013, l'auteur a reçu le Prix de la Fondation de l'Université de Lodz.*

2 *Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, Journal officiel n° L 180 du 19/07/2000 p. 0022 '0026; directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, Journal officiel n° L 303 du 02/12/2000 p. 0016 '022; directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), Journal officiel n° L 204 du 26/07/2006 p. 0023 ' 0036.*

3 <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pl&jur=C,T,F&num=c-81/12&ctd=ALL>.

M. Becali et le SC Fotbal Club Steaua București SA, en faisant valoir que le principe de l'égalité de traitement avait été violé en matière de recrutement. Accept a souligné que, dans le cadre d'une interview concernant l'éventuel transfert d'un footballeur professionnel, X, et l'orientation sexuelle supposée de ce dernier, M. Becali avait tenu, le 13 février 2010, les propos suivants: « Quitte à dissoudre le [FC Steaua], je ne prendrai pas un homosexuel dans l'équipe. Les rumeurs sont des rumeurs, mais écrire ça si ce n'est pas vrai et en plus le mettre en première page... Il (le joueur de football [...] X [...]) n'est peut-être pas homosexuel. Mais s'il l'est? J'ai dit moi à l'un de mes oncles qui ne croyait ni en Satan ni en Dieu. Je lui ai dit: 'admettons que Dieu n'existe pas. Et s'il existe? Qu'as-tu à perdre à communier? Ça ne serait pas bien d'aller au paradis?' Il m'a donné raison. Un mois avant de mourir, il est allé communier. Que Dieu lui pardonne. Dans ma famille, on ne veut rien avoir à faire avec un gay et le [FC Steaua] est ma famille. Plutôt qu'avoir un gay, mieux vaut que nous jouions avec un joueur de l'équipe junior. Pour moi, ce n'est pas de la discrimination. Personne ne peut m'obliger à travailler avec qui que ce soit. Moi aussi, j'ai le droit de travailler avec qui je veux, tout comme eux ont aussi des droits ». Il avait ajouté : « Quitte à dissoudre le Steaua, je ne prendrai pas un homosexuel dans l'équipe! Il n'est peut-être pas homosexuel. Mais s'il l'est? Dans ma famille on ne veut rien avoir à faire avec un homosexuel et le [FC Steaua] est ma famille. Plutôt que d'avoir un homosexuel sur le terrain, mieux vaut que nous prenions un joueur de l'équipe junior. Pour moi ce n'est pas de la discrimination. Personne ne peut m'obliger à travailler avec qui que ce soit. Moi aussi j'ai le droit de travailler avec qui je veux, tout comme eux ont aussi des droits. Même si Dieu me garantissait à 100 % pendant la nuit que X n'est pas homosexuel, je ne le prendrais pas! Les journaux ont trop écrit sur le fait qu'il était homosexuel. Même si [le club actuel du joueur X] me le donne gratuitement, je ne le prends pas! Il peut être le plus grand bagarreur, le plus grand buveur... s'il est homosexuel, je ne veux plus entendre parler de lui ».

Accept indiquait que M. Becali avait commis une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle. À son avis, M. Becali avait violé le principe d'égalité en matière d'embauche et avait porté atteinte à la dignité des personnes homosexuelles. En ce qui concerne la deuxième partie défenderesse devant le CNCD, c'est-à-dire le FC Steaua, Accept a fait valoir que, en dépit du fait que les déclarations de M. Becali ont été diffusées dans les médias, à aucun moment ce club de football n'a pris ses distances à l'égard de ces déclarations. Au contraire, le conseil du FC Steaua aurait confirmé que cette politique était menée au niveau du club pour l'engagement des joueurs, au motif que « l'équipe est une famille » et que la présence dans celle-ci d'un homosexuel « créerait des tensions dans l'équipe et dans les rangs des spectateurs ». De surcroît, Accept considérait que, au moment où M. Becali avait tenus les propos incriminés, il était encore actionnaire du FC Steaua.

La Curtea de Apel (Cour d'Appel) București avait alors décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

1) Les dispositions de l'article 2, paragraphe 2, sous a), de la [directive 2000/78] sont-elles applicables lorsqu'un actionnaire d'un club de football qui se présente lui-même, et est perçu dans les médias comme dans la société, comme étant le principal dirigeant (« patron ») dudit club de football fait de telles déclarations dans les médias comme ci-dessus?

2) Dans quelle mesure les déclarations susmentionnées peuvent être qualifiées de « faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte » conformément à l'article 10, paragraphe 1, de la [directive 2000/78], en ce qui concerne la défenderesse [FC Steaua]?

3) Dans quelle mesure est-il ou non question d'une « probatio diabolica » s'il y a retournement de la charge de la preuve, conformément à l'article 10, paragraphe 1, de la [directive 2000/78], et s'il est demandé à la défenderesse [FC Steaua] d'apporter la preuve du fait qu'il n'y a pas eu violation du principe d'égalité de traitement, en particulier de prouver que « l'orientation sexuelle n'a aucune influence sur l'embauche? ».

Selon la Cour de justice, le seul fait que des déclarations, telles que celles en cause au principal, némanent pas directement d'une partie défenderesse déterminée (mais provenant de tiers) ne s'oppose pas nécessairement à ce que puisse être établie, au regard de cette partie, l'existence de « faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination », au sens de l'article 10, paragraphe 1, de ladite directive.

En conséquence, un employeur défendeur ne saurait réfuter l'existence de faits permettant de présumer qu'il mène une politique d'embauche discriminatoire en se limitant à soutenir que les déclarations suggestives de l'existence d'une telle politique d'embauche (en l'occurrence homophobe) émanent d'une personne qui, bien qu'elle affirme et semble jouer un rôle important dans la gestion de cet employeur, n'est pas juridiquement capable de le lier en matière d'embauche.

Dans des circonstances telles que celles du litige au principal, le fait qu'un employeur n'ait pas nettement pris ses distances avec les déclarations en cause constitue un élément dont l'instance saisie peut tenir compte dans le cadre d'une appréciation globale des faits. De surcroît, la Cour a estimé que le fait qu'un club de football professionnel n'ait entamé des négociations en vue du recrutement d'un sportif présenté comme étant homosexuel, n'exclut pas la possibilité que des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination pratiquée par ce club puissent être regardés comme établis.

Selon la jurisprudence de la Cour, la perception du public ou des milieux concernés peuvent constituer des indices pertinents pour l'appréciation globale des déclarations en cause au principal. En ce sens, la Cour a fait référence à l'arrêt dans l'affaire A.G.M.-COS.MET Srl contre Suomen valtio, Tarmo Lehtinen⁴. Selon cet arrêt, sont imputables

⁴ C-470/03, 17 avril 2007,

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pl&jur=C,T,F&num=c-470/03&td=ALL>.

à l'État les déclarations d'un fonctionnaire qui, en raison de leur forme et des circonstances, créent chez leurs destinataires l'impression qu'il s'agit de prises de position officielles de l'État, et non pas d'opinions personnelles du fonctionnaire en question. L'élément déterminant pour que les déclarations d'un fonctionnaire soient imputées à l'État réside dans le point de savoir si les destinataires de ces déclarations peuvent raisonnablement supposer, dans un contexte donné, qu'il s'agit de positions que le fonctionnaire prend avec l'autorité de sa fonction. D'après l'avocat général Madame Juliane Kokott, il appartient aux États membres de garantir que leurs fonctionnaires n'émettent pas, avec l'autorité de leur fonction, de points de vue contredisant la ligne étatique officielle. Si une telle impression venait cependant à naître, elle doit immédiatement être dissipée par un démenti approprié. Dans le cas contraire, le comportement est imputé à l'État, à moins que le fonctionnaire ne soit manifestement incompétent.

En conséquence, comme l'indique la Cour dans l'affaire *Asociația Accept*, il y a lieu de répondre aux première et deuxième questions en considérant que les articles 2, paragraphe 2, et 10, paragraphe 1, de la directive 2000/78 doivent être interprétés en ce sens que des faits tels que ceux à l'origine du litige au principal sont susceptibles d'être qualifiés de « faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination », en ce qui concerne un club de football professionnel, alors que les déclarations incriminées émanent d'une personne se présentant et étant perçue, dans les médias comme dans la société, comme étant le principal dirigeant de ce club, sans pour autant avoir nécessairement la capacité juridique de le lier ou de le représenter en matière d'embauche. En réalité, et en droit, M. Becali aurait vendu les actions qu'il détenait dans le FC Steaua le 8 février 2010 ; cette vente ayant été inscrite au registre du commerce le 23 février suivant, alors que ses propos discriminatoires ont été tenues le 13 février 2010. Cependant, et ce qui est important en droit roumain, la vente d'actions n'est opposable aux tiers qu'à compter de la date à laquelle elle a été rendue publique moyennant sa notification au registre du commerce.

Par sa troisième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si, dans l'hypothèse où des faits tels que ceux à l'origine du litige au principal seraient qualifiés de « faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination » fondée sur l'orientation sexuelle lors du recrutement des joueurs par un club de football professionnel, la charge de la preuve telle qu'aménagée à l'article 10, paragraphe 1, de la directive 2000/78 ne conduit pas à exiger une preuve impossible à rapporter sans porter atteinte au droit au respect de la vie privée.

La Cour indique que, en ce qui concerne la troisième question, pour renverser la présomption simple dont l'existence peut résulter de l'article 10, paragraphe 1, de la directive 2000/78, il n'est pas nécessaire qu'une partie défenderesse prouve que des personnes d'une orientation sexuelle déterminée ont été recrutées dans le passé, une telle exigence étant effectivement susceptible, dans certaines circonstances, de porter atteinte au droit au respect de la vie privée.

Dans le cadre de l'appréciation globale qu'il incomberait alors à l'instance nationale saisie d'effectuer, l'apparence de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle pourrait être réfutée à partir d'un faisceau d'indices concordants. Ainsi qu'Accept l'a, en substance, fait valoir, parmi de tels indices pourraient notamment figurer une réaction de la partie défenderesse concernée dans le sens d'une prise de distance claire par rapport aux déclarations publiques à l'origine de l'apparence de discrimination ainsi que l'existence de dispositions expresses en matière de politique de recrutement de cette partie aux fins d'assurer le respect du principe de l'égalité de traitement au sens de la directive 2000/78.

Eu égard à ce qui précède, il y a lieu de répondre à la troisième question que l'article 10, paragraphe 1, de la directive 2000/78 doit être interprété en ce sens que, dans l'hypothèse où des faits tels que ceux à l'origine du litige au principal seraient qualifiés de « faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination » fondée sur l'orientation sexuelle lors du recrutement des joueurs par un club de football professionnel, la charge de la preuve telle qu'aménagée à l'article 10, paragraphe 1, de la directive 2000/78, ne conduit pas à exiger une preuve impossible à rapporter sans porter atteinte au droit au respect de la vie privée.

Arrêt de la Cour dans l'affaire Galina Meister contre Speech Design Carrier Systems GmbH (C-415/10, 19 avril 2012)⁵

Galina Meister est née en 1961. Elle est d'origine russe. Elle est titulaire d'un diplôme russe d'ingénieur „système” dont l'équivalence avec un diplôme allemand délivré par une Fachhochschule⁶ a été reconnue en Allemagne.

Speech Design a publié une annonce dans la presse afin de recruter un « développeur de logiciels expérimenté H/F ». Galina Meister a répondu à cette annonce en se portant candidate le 5 octobre 2006. Par un courrier du 11 octobre suivant, Speech Design a rejeté sa candidature sans la convoquer à un entretien d'embauche. Peu de temps après, une deuxième annonce a été diffusée par Speech Design sur Internet. Le contenu de l'annonce était similaire à celui de la première. Le 19 octobre 2006, Madame Meister s'est portée candidate pour la deuxième fois, mais Speech Design a rejeté sa candidature à nouveau, sans la convoquer à un entretien d'embauche et sans aucunement préciser les motifs de ce rejet.

Aucun des documents détenus par la Cour n'indique que Speech Design a prétendu que le niveau de qualification de Madame Meister ne correspondait pas à celui recherché dans le cadre de cette procédure de recrutement⁷. Estimant qu'elle remplissait les condi-

⁵ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pl&jur=C,T,F&num=c-415/10&td=ALL>.

⁶ Établissement d'enseignement professionnel supérieur.

⁷ De la même manière, selon M. l'avocat général Paolo Mengozzi, peut être pris en considération le fait que Speech Design ne conteste pas l'adéquation entre le niveau de qualification de Gali-

tions requises pour occuper le poste en question, Madame Meister a considéré qu'elle a subi un traitement moins favorable qu'une autre personne dans une situation similaire, en raison de son origine ethnique, de son sexe et de son âge. En conséquence, elle a introduit un recours (devant la juridiction allemande) contre la société devant l'Arbeitsgericht, en demandant une indemnisation pour discrimination à l'embauche et qu'elle produise le dossier du candidat recruté ; ce qui lui permettrait de démontrer qu'elle est plus qualifiée que ce dernier.

Madame Meister ayant été débouté de sa demande en première instance, elle a interjeté appel de ce jugement devant le Landesarbeitsgericht, juridiction qui a également rejeté la demande de l'intéressée. Cette dernière a introduit un recours en „Revision” devant le Bundesarbeitsgericht. Cette juridiction s'interroge sur le point de savoir si Madame Meister peut faire valoir un droit à l'information sur le fondement des directives 2000/43, 2000/78 ainsi que 2006/54 et, si tel est le cas, sur les conséquences d'un refus d'information opposé par Speech Design.

Dans cette situation, le Bundesarbeitsgericht a décidé de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) L'article 19, paragraphe 1, de la directive 2006/54[...] et l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2000/43[...] ainsi que l'article 10, paragraphe 1, de la directive 2000/78[...] doivent-ils être interprétés en ce sens qu'un travailleur alléguant de façon plausible qu'il remplit les conditions d'une annonce de recrutement lancée par un employeur, doit, s'il n'a pas été retenu, pouvoir exiger de cet employeur qu'il lui dise s'il a recruté un autre candidat et, dans l'affirmative, sur la base de quels critères ? En cas de réponse affirmative à la première question :

2) La circonstance que l'employeur ne communique pas les informations demandées constitue-t-elle un fait permettant de présumer l'existence de la discrimination alléguée par le travailleur ? »

Conformément à l'arrêt de la Cour, les directives sur l'égalité doivent être interprétées en ce sens qu'ils ne prévoient pas le droit, pour un travailleur alléguant de façon plausible qu'il remplit les conditions énoncées par une annonce de recrutement et dont la candidature n'a pas été retenue, d'accéder à l'information précisant si l'employeur, à l'issue de la procédure de recrutement, a embauché un autre candidat.

Cependant, il ne saurait être exclu qu'un refus de tout accès à l'information de la part d'une partie défenderesse peut constituer l'un des éléments à prendre en compte dans le cadre de l'établissement des faits qui permettent de présumer l'existence d'une

na Meister et celui mentionné dans l'annonce de recrutement ainsi que la double circonstance que, malgré cela, l'employeur ne l'a pas convoquée à un entretien d'embauche et que l'intéressée n'a pas non plus été convoquée dans le cadre de la nouvelle procédure de sélection de candidats pour occuper l'emploi concerné.

discrimination directe ou indirecte. Il incombe à la juridiction de renvoi, en prenant en considération toutes les circonstances du litige dont elle est saisie, de vérifier si tel est le cas dans l'affaire au principal.

En outre, il faut souligner que, dans l'arrêt Patrick Kelly contre National University of Ireland (University College, Dublin)⁸, la Cour a insisté sur le fait que les instances judiciaires nationales ou les autres instances compétentes doivent prendre en compte les règles de confidentialité découlant des actes du droit de l'Union, tels que la directive 95/46/CE⁹ et la directive 2002/58/CE¹⁰, telle que modifiée par la directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009¹¹. En outre, la protection des données à caractère personnel est également prévue à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

La Cour dans l'arrêt Kelly a conclu que, si l'article 4, paragraphe 1, de la directive 97/80 ne prévoit pas un droit spécifique en faveur d'une personne qui s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe d'égalité de traitement d'accéder à des informations afin qu'elle soit en mesure d'établir des « faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte », conformément à cette disposition, il n'en demeure pas moins qu'il ne saurait être exclu qu'un refus d'information de la part de la partie défenderesse, dans le cadre de l'établissement de tels faits, est susceptible de compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi par cette directive et, notamment, de priver ladite disposition de son effet utile¹².

À la différence de ce qui était le cas dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Kelly, l'employeur en cause dans l'affaire au principal semble avoir refusé à Galina Meister tout accès à l'information dont cette dernière sollicite la communication.

8 C-104/10, 21 juillet 2011,

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pl&jur=C,T,F&num=c-104/10&td=ALL>.

9 Directive du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, Journal officiel n° L 281 du 23/11/1995 p. 0031 ' 0050.

10 Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive dite de la "vie privée et communications électroniques"), Journal officiel n° L 201 du 31/07/2002 p. 0037 ' 0047.

11 Journal officiel n° L 337 du 18/12/2009 p. 0011 ' 0036.

12 La directive 97/80/CE (du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe) a été abrogée et remplacée par la directive 2006/54. Toutefois, eu égard au libellé ainsi qu'à l'économie des articles faisant l'objet du présent renvoi préjudiciel, aucun élément ne permet de penser que, en adoptant les directives 2000/43, 2000/78 et 2006/54, le législateur de l'Union a entendu modifier le régime relatif à la charge de la preuve instauré par l'article 4, paragraphe 1, de la directive 97/80.

Conclusion

En résumé, l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Asociația Accept* est important en ce qu'il constitue un précédent. Il utilise une approche globale de la question de l'homophobie dans le sport. Il s'agit de lutter contre les discriminations lors du recrutement. Selon la Cour, les déclarations homophobes d'une personne qui est considérée comme étant le dirigeant d'un club de football par le grand public, sans pour autant disposer de la capacité juridique de le lier ou de le représenter en matière d'embauche, peuvent constituer « des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination ». Il convient de souligner que les déclarations de M. Becali ont été diffusées dans les médias. À aucun moment, le club de football n'a pris ses distances à l'égard de ces déclarations. En outre, ce club de football n'a engagé aucune négociation en vue du recrutement d'un sportif présenté comme étant homosexuel. Cette circonstance n'exclut pas la possibilité que des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination pratiquée par ce club puissent être regardés comme établis. Cependant, la Cour a interprété largement la législation contre les discriminations. La Cour s'est référée à l'arrêt *Feryn*¹³ rendu en 2008. Selon la Cour, l'arrêt *Feryn* ne laisse pas entendre que, pour que l'existence de « faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination » soit établie conformément à l'article 10, paragraphe 1, de la directive 2000/78, l'auteur des déclarations portant sur la politique d'embauche d'une entité déterminée doit nécessairement avoir la capacité juridique de définir directement cette politique ou encore de le lier ou de représenter cette entité en matière d'embauche.

Dans le second arrêt (*Galina Meister*) la Cour a soulevé les problèmes suivants : les directives sur l'égalité ne prévoient pas le droit, pour un travailleur alléguant de façon plausible qu'il remplit les conditions énoncées dans une annonce de recrutement et dont la candidature n'a pas été retenue, d'accéder à l'information précisant si l'employeur, à l'issue de la procédure de recrutement, a embauché un autre candidat. Cependant, il ne saurait être exclu qu'un refus de tout accès à l'information de la part d'une partie défenderesse peut constituer l'un des éléments à prendre en compte dans le cadre de l'établissement « des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ».

13 <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pl&jur=C,T,F&num=c-54/07&td=ALL>.

SUMMARY

The principle of the reversal of the burden of proof in anti-discrimination cases in the context of the Court of Justice of the European Union C-81/12 and C-415/10

The author of the article refers to two judgements of the Court of Justice of the European Union, which relate to the principle of the reversal of the burden of proof in anti-discrimination cases. She focuses on the facts, from which it may be presumed that there has been discrimination. It cannot be ruled out that a defendant's refusal to grant any access to information may be one of the factors to take into account in the context of establishing facts from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination (C-415/10). Public statements ruling out the recruitment of a footballer presented as being homosexual are considered to be "the facts from which it may be presumed that there has been discrimination, even though they come from a person presenting himself and being perceived in the media and among the general public as playing a leading role in that club without, however, necessarily having legal capacity to bind it or to represent it in recruitment matters (C-81/12).

KEYWORDS: Court of Justice of the European Union, judgement C-415/10, judgement C-81/12

SERGEY BOCHKAREV

Reconnaissance constitutionnelle des droits et libertés en France à la fin du XVIIIème et XIXème siècles

L'histoire constitutionnelle de la France représente un champ d'étude très spécifique, tant par l'extrême richesse que la diversité des instruments constitutionnels expérimentés. Une des caractéristiques essentielles du développement politique de la France dans la période traitée réside dans la grande variété des mouvements politiques et sociaux qui ont émaillés les XVIIIème et XIXèmes siècles. A la fin du XVIIIème siècle, la société française fut divisée entre partisans de l'instauration d'une forme de gouvernement monarchique ou ceux favorables à l'instauration d'un gouvernement républicain. Et, ces luttes politiques distinguèrent la France par le fait que, plus souvent que dans d'autres pays occidentaux comme la Grande-Bretagne et les États-Unis, elles influèrent directement sur la structure de l'État. L'affrontement des différentes classes sociales prédétermina objectivement la dynamique des régimes politiques, puisque l'objet principal de cette lutte portait périodiquement sur la forme elle-même de gouvernement, sa reconnaissance constitutionnelle, le système des institutions étatiques et juridiques, la régulation des droits et libertés. Depuis la fin du XVIIIème siècle, la reconnaissance et la protection des droits humains et civiques occupent donc une place prépondérante dans de nombreuses constitutions françaises.

Le premier document ayant valeur constitutionnelle et garantissant les droits et libertés fondamentales, fut la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen (*ci-après dénommée «la Déclaration»*), adoptée le 26 août 1789. La Déclaration jeta les bases du constitutionnalisme français et influença le développement constitutionnel de nombreux pays. Par son essence ainsi que l'intention de l'Assemblée constituante à l'origine de sa rédaction, la Déclaration constitua alors aussi bien un manifeste qu'un contrat public.

Cette déclaration constitue un petit document, quant à son volume (*17 articles au total*), qui énonce l'ensemble de droits et libertés fondamentaux les plus importantes. Les auteurs de la Déclaration remplirent alors plusieurs objectifs, qui furent mis en œuvre

avec succès. Tout d'abord, ce fut la proclamation de vérités simples, évidentes et indiscutables. Deuxièmement, la Déclaration fut la base de la future Constitution. Troisièmement, le texte de la Déclaration fut ouvert à la lecture de tous, et tous les Français purent se familiariser avec les droits qui y sont expressément énoncés. Enfin, les auteurs créèrent un document qui, à bien des égards, fut très en avance sur son temps, puisque les droits, énoncés dans la Déclaration, portent un caractère universel¹. Cette Déclaration précéda la première Constitution française de 1791.

Malgré une période de temps extrêmement courte quant aux débats portant sur la nouvelle Déclaration (*du 20 au 26 août 1789*), et l'affrontement de différentes conceptions, ses auteurs purent construire un concept d'une cohérence suffisante pour l'affirmation et la reconnaissance des droits et des libertés². Il convient de noter que la Déclaration concerna non seulement les droits de l'Homme mais aussi les droits du Citoyen ; c'est à dire, comme Léon Duguit l'a noté, les droits de l'individu, étant donné qu'y furent proclamés « *non seulement les droits appartenant à l'Homme en théorie, mais aussi les droits vraiment reconnus et garantis par la société* »³.

Le garant du respect des droits de l'Homme et du Citoyen en vertu de la Constitution de 1791, fut le pouvoir législatif qui « *ne peut faire de lois, entravant la mise en œuvre des droits naturels et civils...* »⁴.

Le droit constitutionnel moderne de la France note, quant à lui, que la portée juridique de la Déclaration dépend d'au moins deux facteurs. Tout d'abord, de la présence textuelle des droits et des libertés dans la Constitution. Deuxièmement, « *de leur nature propre et de la forme de leur énoncé* »⁵.

Mais cette Déclaration fut également confirmée par le fait qu'elle fait toujours partie du « Bloc de Constitutionnalité » de la Vème République.

Actuellement, l'unité constitutionnelle est constituée de normes sur les bases desquelles le Conseil constitutionnel contrôle la constitutionnalité des lois et des traités, et se compose de 6 éléments:

- la Constitution de 1958,
- la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789,
- le Préambule de la Constitution de 1946,

1 Voir les détails : Morange J. La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Paris, 1988.

2 Les auteurs de la Déclaration furent influencés, principalement, par la théorie du droit naturel, les points de vues de John Locke, C.-L. Montesquieu, J.-J. Rousseau, les physiocrates français, ainsi que l'expérience de la construction de la nation américaine.

3 Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства. М., 2014. С. 312.

4 Constitution de 1791//<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1791.5082.html>

5 Chantebout B. Droit constitutionnel. Paris, 2013. . 39–40.

- Charte de l'environnement de 2004, qui concernent le Préambule de la Constitution de 1958.
- Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République
- Les principes qui ont valeur constitutionnelle déclarés par le Conseil constitutionnel⁶.

Il convient de noter que la question de la validité de la Déclaration de 1789 resta un point discuté pendant une longue période en France. Le facteur déterminant fut la décision du Conseil constitutionnel du 27 décembre 1973. Le Conseil constitutionnel considéra que les dispositions de la loi de finances pour 1974 s'opposaient au principe d'égalité des citoyens devant la loi, car elle établissait une discrimination envers certaines catégories de personnes. Ainsi, le Conseil constitutionnel fit référence au texte de la Déclaration pour la première fois dans sa jurisprudence. Ainsi, le Conseil constitutionnel formula l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la Vème République et reconnut la validité de la Déclaration. Comme M. Morabito le nota, la Déclaration « *acquiert un caractère sacré et l'importance d'un catéchisme politique, qui ne peut être changée* »⁷.

En 1793, pendant la dictature jacobine, une deuxième Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen (*ci-après dénommée « la Déclaration de 1793 »*) fut adoptée dans l'histoire de la France. La Déclaration de 1793 proclama le bonheur général en tant que but de la société, et la garantie faite « *à l'homme la jouissance de ses droits naturels et imprescriptibles* » en tant qu'objectif de gouvernement. Ces droits comprirent « *l'égalité, la liberté, la sécurité et la propriété* »⁸. En comparaison avec la Déclaration de 1789, il y eut un changement : en lieu et place de la « *résistance à l'oppression* », la liste des droits naturels et imprescriptibles incluait maintenant « *l'égalité* ».

Une innovation significative fut l'inclusion d'un bloc de droits sociaux dans la Déclaration de 1793. Il s'agissait textuellement de la charité publique envers les pauvres, les chômeurs et les personnes handicapées, de l'éducation nationale, ainsi que d'une disposition stipulant comme suit, que « *Nulle contribution ne peut être établie pour l'utilité générale.* »⁹

Pour la première fois dans l'histoire constitutionnelle de la France, le droit de « *résistance à l'oppression* » fut stipulé avec une conception plus radicale que dans la Déclaration d'indépendance des États-Unis. La Déclaration de 1793 indiqua que « *quand le gouvernement porte atteinte aux droits du peuple, le soulèvement est le droit et le devoir sacré d'urgence pour le peuple et pour chacune de ses parties* »¹⁰.

6 <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique/I.-Conception-des-textes/1.3.-Hierarchie-des-normes/1.3.1.-Differentes-normes>

7 Morabito M. Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours. Paris, 2012. . 57.

8 Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1793, article 1er.

9 Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1793, article 20.

10 Constitution du 24 juin 1793 // <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-24-juin-1793.5084>.

Deux ans plus tard, suivant les traditions constitutionnelles, la Convention Thermidorienne élabora et adopta non seulement une Constitution, mais aussi la « *Déclaration des droits et devoirs de l'Homme et du Citoyen* » du 5 fructidor an III (*ci-après dénommée « la Déclaration de l'an III »*).

Les droits de l'homme comprirent alors « *la liberté, l'égalité, la sûreté et la propriété* ». Ainsi, le législateur de l'an III répéta la liste énoncée dans la Déclaration de 1793. Cependant, ces droits ne furent pas définis en tant que « *naturels et inaliénables* », mais comme « *les droits de l'homme dans la société* ». À cet égard, il convient de noter l'interprétation faite de l'égalité, qui « *consiste dans le fait que la loi est égale pour tous, dans les cas où elle protège, comme dans les cas où elle punit. L'égalité n'autorise aucune distinction fondée sur la naissance, aucun pouvoir héréditaire* ». Ainsi, il ne s'agit pas d'une « *égalité naturelle* », mais d'une « *égalité civile* ». Selon F.-A. Boissy d'Anglas, l'un des auteurs de la Constitution de l'an III, : « *l'égalité civile – c'est tout ce qu'un homme raisonnable peut prétendre. L'égalité absolue est une chimère ; pour qu'elle existe, il est nécessaire qu'il y ait une pleine égalité dans les capacités mentales, la vertu, les forces physiques, l'éducation et les chances de toutes les personnes* »¹¹.

Le droit de résister à l'oppression et le droit du peuple à la révolte ne furent pas mentionnés. Cela fut conditionné par l'approche textuelle faite par les auteurs de la Déclaration de l'an III : « *Nous en (du texte de la Déclaration) avons soigneusement enlevé toutes ces axiomes anarchistes, recueillies par la tyrannie, qui voulaient tout tourner pour asservir tous ; ces maximes dégoûtantes, cette violation de tous les principes et le renversement de tous les droits qui permettent à chaque individu criminel d'effectuer des attaques contre la société dans son ensemble, donnent à la minorité agitée et rebelle un privilège à violer les décisions pacifiques et justes de la majorité du peuple, qui seul doit être souverain* »¹². En conséquence, « *l'égalité de tous les citoyens* » établit la base principale de la souveraineté du Peuple dans la Déclaration de l'an III.

Pour la première fois, une section distincte de la Déclaration fut consacrée aux devoirs de l'Homme et du Citoyen, qui y furent formulés en deux phrases : « *Ne faites pas à autrui ce que vous ne voulez pas qu'on vous fasse. Faites constamment aux autres le bien que vous voulez recevoir d'eux* ».¹³

Après l'arrivée au pouvoir de Napoléon Bonaparte, la Constitution de l'an VIII fut adoptée. Pour la première fois dans l'histoire constitutionnelle de la France, la Constitution de l'an VIII ne fut pas précédée par une Déclaration des droits et libertés. Seul le

html

11 Citation: Бовыкин Д. Ю. Революция окончена? Итоги термидора. М., 2005. С. 125.

12 Документы истории Великой французской революции. Т. I. М. 1990. С. 299.

13 Constitution du 5 Fructidor An III // <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-5-fructidor-an-iii.5086.html>.

chapitre VII, intitulé « *Dispositions Générales* » mentionne l'inviolabilité du domicile (art. 76), le droit de recours individuel (art. 83), ainsi que des garanties contre les arrestations arbitraires (art. 77–82). Il convient de noter que la Loi fondamentale de l'an VIII, en général, contient très peu des énoncés déclaratifs à caractère fondamental. L'exception fut le premier article, qui déclara : « *La République française est unie et indivisible* »¹⁴.

Le Sénatus-consulte organique du 16 thermidor an X, ainsi que le Sénatus-consulte organique du 28 floréal an XII, n'énoncèrent ultérieurement pas de droits et de libertés. Cependant, à partir de 1804, l'empereur agit en tant que garant de leur respect. Conformément à l'art. 53 du Sénatus-consulte organique du 28 floréal an XII, l'empereur jura de « *respecter et faire respecter les lois relatives au Concordat et la liberté de religion ; respecter et se conformer à l'égalité des droits, des libertés politiques et civiles...* »¹⁵. La création de deux comités du Sénat, qui furent responsables de « *la préservation de la liberté individuelle* » et de la liberté de la presse furent également prévue.

Après la restauration de la dynastie des Bourbons en 1814, la Charte octroyée par Louis XVIII fut adoptée. Le premier article de la Charte, consacré au droit public français, confirma les principes d'égalité civile, d'intégrité de la personne, de liberté de la presse, de liberté d'opinion et de religion, qui furent fixés dans les années de la révolution. La Charte proclama l'inviolabilité des droits de propriété : « *Tous les types de propriété sont inviolables, n'excluant pas la propriété dite nationale : la loi ne fait aucune distinction entre elles* »¹⁶. Cette disposition constitutionnelle fut extrêmement importante, car elle affecta les intérêts financiers de la majorité écrasante des Français.

Selon A. D. Gradovsky, le législateur russe bien connu : « *La Charte octroyée par Louis XVIII, représenta une tentative... de réconciliation des principes révolutionnaires avec les établissements historiques dans le pays. Le constitutionnalisme, qui fut en 1791 le fruit de la révolution, était maintenant sanctifié par la Charte, délivrée par le Roi, libre de ses droits. En outre, elle octroya à la Nation de tels droits et une participation à la gestion, qui pourraient presque être conciliés avec les principes de la monarchie* »¹⁷.

Pendant sa deuxième gouvernance des « *100 jours* », Napoléon approuva le texte de la nouvelle Constitution, connu comme « *l'Acte additionnel à la Constitution de l'Empire* » (ci-après dénommé « *l'Acte additionnel* »). Napoléon insista personnellement pour que le

14 Constitution du 22 Frimaire An VIII // <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-22-frimaire-an-viii.5087.html>

15 Constitution de l'An XII – Empire – 28 floréal An XII // <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-l-an-xii-empire-28-floreale-an-xii.5090.html>

16 Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 // <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/charte-constitutionnelle-du-4-juin-1814.5102.html>.

17 Градовский А.Д. Собрание сочинений. Т. 4. СПб., 1900. С. 547.

texte de l'Acte additionnel contienne des références à la Constitution de l'an VIII et au Sénatus-consulte organique du 16 thermidor an X, ainsi qu'au Sénatus-consulte organique du 28 floréal de l'an XII. Ainsi, toutes les normes constitutionnelles, depuis 1799, qui ne furent pas modifiées par l'Acte additionnel, furent de nouveau en vigueur. Cela concerna pleinement les droits et libertés de l'homme et du citoyen.

Toutefois, les articles spéciaux (*section 6 de l'Acte additionnel*) garantirent l'égalité de tous les Français devant la loi, l'intégrité personnelle, la liberté de religion, l'inviolabilité de la propriété, la liberté de la presse et le droit de pétition. Ainsi, l'Acte additionnel accorda plus d'attention aux droits de l'homme que tous les actes constitutionnels antérieurs adoptés sous Napoléon. Les articles sur les droits humains de la Charte de 1830, qui fut une version révisée de la Charte 1814, ne furent pas changés.

Après la proclamation de la Seconde République, la Constitution de 1848 fut adoptée. La Loi fondamentale de 1848 ne dit rien à propos des droits naturels et contient un grand nombre des dispositions déclaratives. Malgré le fait qu'un chapitre particulier dans la Constitution fut consacré aux droits des citoyens, leur respect ne fut pas garanti, en substance : « *L'Assemblée nationale confie la protection de la Constitution et des droits, accordés par elle, au dévouement et au patriotisme de tous les Français* »¹⁸ (*art. 110 de la Constitution de 1848*).

Le 10 décembre 1848, les élections présidentielles de la Deuxième République eurent lieu. Louis Napoléon Bonaparte (*le neveu de Napoléon I*) remporta les élections. En 1852, une nouvelle Constitution fut adoptée. Le premier article contient la formule en blanc suivante : « *Les principes fondamentaux, déclarés en 1789, servant en tant que la base du droit public français, sont reconnus et confirmés* ». Devant un manque évident de clarté, cet article soulève une question : fait-il référence aux principes révolutionnaires ou à ceux énoncés dans la Déclaration de de 1789 ? Les droits et libertés ne furent pas attribués textuellement, toutefois, en vertu de l'article 26, le Sénat eut le droit de s'opposer à la promulgation des lois, qui contredisent ou affectent la religion, la morale, la liberté religieuse, la liberté individuelle, l'égalité devant la loi, l'inviolabilité de la propriété et le principe de l'inamovibilité des juges.

Le 21 mai 1870, au crépuscule du Second Empire, le Sénatus-consulte organique, fixant la Constitution de l'Empire, contenant le libellé similaire à la Constitution de 1852, fut adoptée : « *Les principes fondamentaux, déclarés en 1789, servant en tant que base du droit public français, sont reconnus et confirmés.* » (art. 1)¹⁹. Cependant, ce Sénatus-consulte orga-

18 Constitution de 1848, IIe République // <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1848-ii-e-republique.5106.html>.

19 Sénatus-consulte du 21 mai 1870, fixant la Constitution de l'Empire // <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1852-second-empire.5107.html>.

nique resta en vigueur moins de quatre mois. En septembre 1870, la III^{ème} République française fut proclamée. L'adoption de la Constitution républicaine prit cinq ans.

La Constitution de 1875 se composa de trois lois de nature constitutionnelle : la loi du 24 février 1875, sur l'organisation du Sénat ; la loi du 25 février 1875, sur l'organisation des pouvoirs publics ; et la loi du 16 juillet 1875, sur les rapports entre les pouvoirs publics. Les lois constitutionnelles de 1875 ne proclamèrent pas de principes d'ordre constitutionnel, ou de droits et de libertés traditionnels, de même qu'elles ne dirent rien à propos de la bannière, de l'hymne, ou des jours fériés. Les énoncés déclaratifs à caractère fondamental furent en général absents de la nouvelle Constitution. La base de la Constitution ne comporta pas du système particulier : les articles des lois constitutionnelles y furent énoncés partiellement de manière non systématique. Il n'y eut pas d'ordre préétabli de présentation des normes constitutionnelles : « *une règle fut formulée lorsqu'on pensa à ce sujet, et des ajouts ou des conséquences, résultant de cette règle, furent inscrits plus tard, quand ils vinrent à l'esprit* »²⁰. En conséquence, la Constitution de la III^{ème} République ne posséda aucune mention des droits énoncés par la Déclaration de 1789.

Pour les législateurs de 1875, le problème le plus important fut la reconnaissance d'une certaine forme de gouvernement. Dans ces conditions, la loi constitutionnelle ne comprit que ce qui fut absolument nécessaire au fonctionnement de l'administration publique. Cependant, cela ne signifia pas que l'Assemblée nationale rejeta les dispositions fondamentales de la Déclaration de 1789. À l'assemblée du Parlement du 1^{er} février 1875, le député Henri Wallon fit la déclaration suivante : « *Nous (l'Assemblée nationale) avons établi un certain nombre de dispositions constitutionnelles, sans une pensée à la formulation de déclarations philosophiques. Nos principes sont connus. Ce sont les principes de 1789* »²¹. Selon L. Duguinota, « *si le législateur adoptait une loi qui contrevient à l'un des principes, énoncés dans la Déclaration des droits de 1789, cette loi serait inconstitutionnelle. Nous croyons même que la Déclaration des droits de 1789 est toujours nécessaire non seulement pour le législateur ordinaire, mais aussi pour le législateur-fondateur, et que l'Assemblée nationale, formée conformément à l'article 8 de la Loi du 25 Février 1875, ne pouvait légalement émettre une loi contraire à la Déclaration de 1789* »²².

Cependant, plus tard, fin du XIX^{ème} début du XX^{èmesiècle}, les législateurs français adoptèrent une série de lois, contenant des dispositions sur les droits et libertés (*telles que la Loi sur la liberté de réunion de 1881, la Loi sur la liberté de la presse de 1881, la Loi sur la liberté syndicale de 1901, etc...*). Ces lois et un certain nombre d'autres lois sont de nos jours reconnues par le Conseil constitutionnel de la V^{ème} République en tant que constitutionnelles. Ainsi, sur la base de la reconnaissance constitutionnelle des droits

20 Бартелеми Ж. Государственное право Франции. М.Л., 1936. С. 45.

21 Эсмен А. Общие основания конституционного права. СПб., 1898. С. 323.

22 Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства. С. 314.

et libertés en France à la fin du XVIIIème et XIXème siècles, les tendances suivantes peuvent être identifiées :

Tout d'abord, l'absence presque complète de mécanismes constitutionnels pour assurer le respect des droits et des libertés.

Deuxièmement, une tendance qui peut être tracée, depuis la Constitution de l'an VIII : la réduction en déclaration des droits et des libertés (*à l'exception de la Constitution de 1848*).

Troisièmement, la reconnaissance constitutionnelle des droits et libertés, depuis 1789 devint un principe constitutionnel en France. Tel que formulé dans l'art. 16 de la Déclaration et selon les principes énoncés notamment par Montesquieu : « *Une société où une garantie des droits n'est pas fournie et il n'y a pas de séparation des pouvoirs, n'a point de Constitution* »²³.

Ainsi, le législateur français a souligné la nécessité d'une mise en œuvre effective des principes et des libertés qui y sont énoncés, ainsi que des garanties de leur réalisation dans la Constitution. Cette disposition est essentielle à la formation du constitutionnalisme français. C'est exactement selon cette interprétation que le constitutionnalisme après la révolution française est devenu une forme de légitimation des pouvoirs, à la fois républicain et monarchique.

SUMMARY

Constitutional recognition of rights and freedoms in France in the late nineteenth century

The article deals with the ideological and theoretical foundations of the French constitutionalism of the Third Republic. The author notes that the Constitution of the Third Republic was a result of the continuous struggle between the supporters of the republican form of government and monarchists in the National Assembly. A compromise, reached by legislators in 1875, led to the uniting of different approaches to the organization of French governmental power in the Constitution. The views of Duke V. de Broglie, E. Laboulaye and L.-A. Prévost-Paradol were reflected in the Constitutional Law of the Third Republic. As a consequence, there was an acceptance of the institutions and authorities of public law specific to a dual monarchy. However, those public and legal institutions turned out to be indifferent to the form of government, that, in its turn, determined the longevity of the main constitutional and legal institutions, established in the last quarter of the nineteenth century.

KEYWORDS: constitutionalism, the Constitution of the Third Republic, form of government, political and legal views

²³ Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen du 26 août 1789 // <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1791.5082.html>

MARCIN BYCZYK

Die aktuellen Strafrechtsreformversuche in Polen. Eine Analyse

Fragestellung

Seit dem Jahr 2012¹ arbeitete in Polen die im Jahr 2009 einberufene, so-genannte Kommission für die Kodifizierung des Strafrechts beim Justizministerium², zuerst unter der Leitung vom Prof. A. Zoll und seit dem 01.12.2013 geführt vom Prof. P. Hofmański an einer tiefgreifenden Reform des polnischen Strafrechts. Diese Reformversuche, die die Form mehrerer Entwürfe angenommen haben³, zielten darauf ab, verschiedene Institutionen des Allgemeinen Teils des polnischen SGB neu zu gestalten. Wegen der starken und wiederholten Kritik zahlreicher polnischer Strafrechtswissenschaftler ist der endgültige Entwurf, der dem Polnischen Sejm am 15.05.2014 überreicht wurde, im Grundsatz darauf beschränkt worden, die strafrechtlichen Sanktionen zu reformieren

1 Der genaue Verlauf der Arbeiten an den Reformversuchen ist leider unklar, da die Kommission seit zwei Jahren keine Berichte oder Reporte (!) von ihrer Tätigkeit veröffentlicht (der letzte Bericht ist als *Biuletyn Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego* 2011, Nr 3 erschienen). Daher zumindest als sicher kann festgestellt werden, dass der Präsident dieser Kommission, Prof. A. Zoll in seinem Aufsatz *Prace nad nowelizacją przepisów części ogólnej Kodeksu karnego*, "Państwo i Prawo" 2012, z.11, S. 3, selber zum Ausdruck gebracht hat, dass die Kommission für die Kodifizierung des Strafrechts "(...) in diesem Jahr mit den intensiven Arbeiten über die Novellierung des Strafrechts anfang".

2 Es ist bemerkenswert, dass der Name dieser Kommission irreführend ist, als das polnische Strafrecht weitgehend kodifiziert ist, was durch einen Blick auf das polnische Strafgesetzbuch vom 1997 (Gesetz vom 6. Juni 1997 – Strafgesetzbuch [Gesetzblatt Nr. 88 Pos. 553 mit Änderungen, im Folgenden als "SGB" abgekürzt) leicht zu erkennen ist.

3 Vgl. die Entwürfe vom 6. März 2013, vom 13. Dezember 2013 oder vom 28. März 2014 - aufrufbar auf der Seite des polnischen Justizministeriums (<http://bip.ms.gov.pl/pl/projekty-aktow-prawnych/prawo-karne/> - aber leider nur auf Polnisch).

zu versuchen⁴, was durch die schwierige Situation des polnischen Gefängnisystems erforderlich sei⁵.

In diesem Aufsatz wird dieser Entwurf samt seiner Begründung ins Auge gefasst. Es wird dabei versucht, folgende Fragen zu beantworten: 1) welche Ideen und kriminalpolitische Auffassungen über den Zweck der Strafe sowie über die Kriminalpolitik der jetzigen Strafrechtsreform zur Seite stehen, 2) ob die Reform der SGB-Institutionen dem angestrebten Zweck der Verminderung der Gefangenzahl gerecht werden kann. Darüber hinaus (3) wird das Problem nachgegangen, ob der Reformversuch hinreichend vielseitig und wissenschaftlich begründet ist, wodurch es möglich sein sollte, eine noch wichtigere Frage zu beantworten (4), und zwar ob der Reformversuch als ein Schritt in die gute Richtung angesehen werden kann oder ob er lediglich eine weitere Erscheinung des strafrechtlichen Populismus, der sich in Polen in den letzten Jahr so häufig zum Wort gemeldet hat⁶, darstellt.

4 Der endgültige Entwurf verzichtete unter anderem darauf, die objektive Zurechnung zu kodifizieren zu versuchen oder eine neue Definition der Fahrlässigkeit einzuführen, die als schlichtes Nicht-mit-dem-Vorsatz-Handeln in den ersten Entwürfen vom Jahr 2013 gefordert wurde. Beide Ansichten stießen auf heftige Kritik in der polnischen Wissenschaft, (vgl. u.a.: J. Giezek, T. Kaczmarek, *Przeciwko ustawowej regulacji kryteriów obiektywnego przypisania skutku*, "Państwo i Prawo" 2013, Nr 5, S. 79–92, Ł. Pohl, *W sprawie proponowanych zmian w części ogólnej kodeksu karnego (zagadnienia wybrane)*, "Państwo i Prawo" 2013, Nr 8, S. 105–112, oder J. Lachowski, *Ocena projektowanych zmian art. 9 k.k.*, "Państwo i Prawo" 2014, Nr 1, S. 84–96), sowie an die Zurückhaltung der ausgewählten Vertreter der deutschen Wissenschaft während der internationalen Tagung in Wrocław am 29. und 30. Mai 2014 zum Thema der objektiven und subjektiven Zurechnung.

5 Im Jahr 2012 warteten in Polen laut der in der Begründung des Entwurfs vom 15.05.2014 gesammelten Dateien (im weiteren "Begründung" genannt, vgl. S. 131) 67 358 Verurteilten auf den Platz im Gefängnis, was mit der Gesamtkapazität des polnischen Gefängnisystems bei der Einhaltung vom europäischen Standard des 4 m² für jeden Gefangenen von ca. 60 000 Personen die breite der jetzigen Krise klar darstellt.

6 Der "strafrechtliche Populismus" wie es in der polnischen Wissenschaft genannt wird (vgl. z. B. Z. Sienkiewicz, R. Kokot (Hg.) *Populizm penalny i jego przejawy w Polsce: materiały z Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr Prawa Karnego Szklarska Poręba, 24–27 września 2008*, Kolonia Limited, Wrocław 2009) nahm in Polen die Gestalt mehrerer Reformversuche und sowie tatsächlicher Reformen, die gemäß der Gleichung: mehr und härtere Strafen – mehr Innere Sicherheit (vgl. dazu z. B. W. Heinz, *Mehr und härtere Strafen – mehr Innere Sicherheit! Stimmt diese Gleichung? Strafrechtspolitik und Sanktionierungspraxis in Deutschland im Lichte kriminologischer Forschung*, Vortrag gehalten am 31. März 2007, Kansai Universität, Osaka, erhältlich unter http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/Heinz_Mehr_und_haertere_Strafen_he306.pdf, aufgerufen am 15.11.2014) mehrmals gesetzliche Strafen verschärft haben, wozu ein krasses Beispiel die Reformversuche der rechtsradikalen Justizminister: L. Kaczyński (in den Jahren 2000–2001) und Z. Ziobro (2005–2007) bildeten. Dabei häufig wurden die Institutionen vom sehr repressiven kommunistischen Strafgesetzbuch vom Jahr 1969, die durch die neue demokratische Kodifikation des Strafrechts vom 1997 abgeschafft wurden (wie die außerordentliche Verschärfung der Strafe beim "Rowdyvergehen", vgl. art. 57a § 1 SGB) wieder eingeführt (!). Dies wurde auch mehrmals (zum Recht) kritisiert, u. a. als ein Ausdruck "eines höchst tadelnswerten Glaubens an die Allmacht der Strafe" (A. J. Szwarc, *Die Repressivität des polnischen*

Der Verfasser dieses Aufsatzes hegt die Hoffnung, dass er vielleicht auch bei den ausländischen Strafrechtswissenschaftlern Aufmerksamkeit erwecken wird, und dadurch sie zum Ideenaustausch anregen wird, was ähnlichen Reformversuchen anderer Strafgesetzbücher nur zugutekommen kann.

Der Hintergrund des Entwurfs und der Umfang der beabsichtigten Änderungen

Als Hintergrund der gerade in Polen durchgeführten Reform muss zunächst die jetzige Lage der Strafrechtspolitik dargestellt werden. Dies wird folgendermaßen getan, dass zunächst die Diagnose, die in der Begründung des Entwurfs angeführt worden ist, dargestellt wird, und später wird sie im Lichte der anderen, unabhängigen Forschungsergebnisse zusammengefasst.

Als der wichtigste Anlass zur geplanten Reform erscheint nach der Begründung des Entwurfs die Feststellung, dass Polen, obgleich eins der niedrigsten Niveaus der Kriminalität in Europa besitze⁷, eine der höchsten Gefangenenanzahl pro 100 000 Einwohner in der Europäischen Union habe⁸, was zu den selbstverständlichen Problemen mit der Überfüllung der Gefängnissen führe⁹. Diese Situation sei dadurch zu erklären, dass die Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt als ein fundamentales Instrument der Strafrechtspolitik gebraucht und gleichzeitig missbraucht wird¹⁰. Sie werde auch dann handgehabt, wo es keine positive kriminalpolitische Prognose für den Täter vorliegt, was dazu führe, dass in Polen die höchste Zahl der Bevölkerung in der Europäischen Union unter

Strafrechts in: Das vierte deutsch-japanisch-polnische Strafrechtskolloquium der Stipendiaten der Alexander von Humboldt-Stiftung, J. C. Joerden, A. J. Szwarc, K. Yamanaka (Hg.), Wydawnictwo Poznańskie, Poznań 2011, S. 95).

7 Laut den in der Begründung des Entwurfes zitierten Dateien für das Jahr 2012 (vgl. Begründung, S. 124) betrage die Zahl der Verbrechen in Polen 2 993,0 per 100 000 Einwohner, was deutlich unter dem Niveau der Kriminalität in Spanien (5 110,0) Deutschland (7603,0) oder Großbritannien und Wales (9 156,0) liege.

8 Die laut der Begründung des Entwurfes im August 2013 beim Wert 217 pro 100 000 Einwohner lag, was auch die Quoten in den anderen europäischen Ländern deutlich überschreitet (vgl. Deutschland - 79, Spanien - 147, England und Wales - 148, vgl. S. 112 der Begründung).

9 S. 131 der Begründung.

10 Im Jahr 2013 betrug in Polen laut der Begründung (vgl. S. 105 und ff.) die Zahl der auf Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt Verurteilten ausgerechnet 219 716 (von der Gesamtzahl der 397 822 Verurteilten, d.h. 55,2%), wodurch diese Art der strafrechtlichen Reaktion zum wichtigsten Instrument der gerichtlichen Strafrechtspolitik wird. Im Vergleich dazu wurde die Freiheitsstrafe auf 39 961 Verurteilten verhängt (10%), Freiheitsbeschränkungsstrafe auf 51 097 Personen (12,8%) und die Geldstrafe wurde in den 86 270 (21,7%) Fällen auferlegt. Der restliche Teil war die Verfahrensaussetzung aus Opportunitätsgründen (30 411 Verurteilten, Anteil von 6,7%).

StrafAussetzung zur Bewährung sei¹¹. Als Ergebnis davon sei es, dass im Jahr 2012 im Falle von 54 226 Personen die Bewährung widerrufen wurde, was zur Vollstreckung der Freiheitsstrafe führte¹².

Es sei anzumerken, dass diese in der Begründung des Entwurfs angestellte Analyse weitgehend mit den Ergebnissen der polnischen Forschung übereinstimmt, die in den letzten Jahren mehrmals den dramatischen Zustand der polnischen Gefängnissen betont hat, was in der Tat eine Folge der fehlerhaften Strafrechtspolitik ist¹³.

Folgerichtig zielt der Entwurf in erster Linie darauf ab, die Struktur der verhängten Strafen so zu ändern, dass künftig die Geldstrafe in 60% der Fällen verhängt wird, 20% der Urteile die Freiheitsbeschränkungsstrafe ausmachen wird, und den restlichen Teil die Freiheitsstrafe, überwiegend zur Bewährung ausgesetzt¹⁴. Als Ergebnis soll sie mehr die der westeuropäischen Länder ähneln.

Diese in der Begründung des Entwurfs beinhaltete Analyse enthüllt etliche wichtige Sichtweisen: erstens, dass die polnische Strafrechtspolitik mit dem europäischen Maßstab gemessen wird, zweitens, dass die Kommission grundsätzlich davon Abstand nimmt, die Strafverschärfung zu fordern, aber eher vom Zustand der Gefängnissen ausgeht, und letztens, was zum Teil auch mit dem zweiten zusammenhängt, dass sie nicht als ein direktes Hinhören auf die bisherigen, wissenschaftlich untermauerten Forderungen der Forschung im Bereich der Strafrechtspolitik erscheint. Diese Bemerkung führt

11 Im Ende des Jahres 2009 auf jede 100 000 Einwohnern standen in Polen 1056,0 Personen unter Bewahrungsaufsicht (d.h. mehr als 1% der Bevölkerung) was die entsprechende Zahl des zweiten in dieser Klassifikation in der Europäischen Union Spaniens um die Hälfte überschreitet (wo es 509,0 pro 100 000 Einwohner solcher Verurteilten gab).

12 Vgl. S. 130 der Begründung.

13 Vgl. T. Szymanowski, *Przestępczość i polityka karna w Polsce w świetle faktów, i opinii społeczeństwa w okresie transformacji*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2012, vgl. auch B. Stańdo-Kawecka, K. Krajewski, *Landbericht: Polen in: Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis*, F. Dünkel (Hg.), Godesberg Verlag, Mönchengladbach 2010, S. 718–731. Es muss allerdings unterstrichen werden, dass ein Teil der polnischen Strafrechtswissenschaftler während der wiederholten Tagungen, die sich gegen den strafrechtlichen Populismus der rechts-extremen Parteien richteten, die Wichtigkeit der häufigen Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung verteidigt hatte, deren Stelle man als eine bedeutende Errungenschaft der neuen Kodifikation angesehen hatte (vgl. z. B. T. Kaczmarek, *Kryminalnopolityczne założenia nowego kodeksu karnego* in: *Nowa kodyfikacja prawa karnego. Band III*, L. Bogunia (Hg.) Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1998, S. 20, und daher sogar immer wieder lobte (vgl. z. B. T. Kaczmarek, *Omówienie i podsumowanie dyskusji o represyjności polskiego prawa karnego* in: *Represyjność polskiego prawa karnego*, A. J. Szwarc (Hg.), Wydawnictwo Poznańskie, Poznań 2008, S. 85).

14 Vgl. S. 142 der Begründung. Es kann nicht übersehen werden, dass diese Deklaration zumindest ein Enthymem beinhaltet, und zwar, dass sich die Struktur der Kriminalität nicht wesentlich ändern wird. Wenn plötzlich die Mehrheit der Straftaten schwere Gewaltkriminalität würde, würde man auch nach der Einführung dieses Entwurfs nicht solche Quoten erreichen können.

dazu, dass die Frage aufgeworfen wird, in welchem Ausmaß der Entwurf nur eine *ad hoc* Reform darstellt. Die Beantwortung dieser Frage hat eine hervorragende Bedeutung, um feststellen zu können, ob dieser Reformversuch eine kohärente Einstellung zur Strafrechtspolitik zu verwirklichen versucht, oder nur eine lückenhafte Übernahme bestimmter Richtungen der westeuropäischen Strafrechtspolitik darstellt, wo bekanntlich die Geldstrafe die *“Hauptstrafe der Gegenwart”* ist¹⁵.

Die Begründung des Entwurfs und seine kriminalpolitischen Ziele

Dem Wortlaut der Begründung des Entwurfes ist es nicht zu entnehmen, welcher kriminalpolitischen Strömung die Kommission angehört, obgleich es dafür bestimmte indirekte Hinweise doch existieren¹⁶.

Aus diesem Grund muss es eher mittelbar entnommen werden, und zwar durch die Analyse der geplanten Änderungen im polnischen SGB¹⁷. Wegen des Zwecks dieses Aufsatzes werden nur die wichtigsten von denen geschildert¹⁸.

Als solche grundlegende Änderung muss die Neugestaltung von der Freiheitsbeschränkungsstrafe, deren Dauer vom einen Jahr auf zwei Jahre erhöht sein sollte und dabei neue

15 W. Heinz, *Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionspraxis in Deutschland 1882 – 2012*, *Konstanzer Inventar Sanktionsforschung* 2014, S. 53. Es ist zwar anzumerken, dass eine *ad hoc* Reform schließt an sich nicht aus, dass eine kohärente Einstellung zur Strafrechtspolitik Zustände gebracht wird, macht es aber durchaus schwierig.

16 Ein exzellentes Beispiel ist die folgende Formulierung, dass: *“der Verfasser des Entwurfs beurteilt negativ die Praxis der Abwertung des Preises, den es beim begangenen Verbrechen zu zahlen gilt, was mit der Verhängung der Strafen im niedrigen Bereich der strafrechtlichen Sanktion verbunden ist, und dazu am häufigsten der Freiheitsstrafe mit Bewährung ausgesetzt”* (vgl. S. 8 der Begründung). Wenn man davon ausgeht, dass der Preis, der der Verurteilte für den begangenen Verbrechen zu zahlen habe, zu niedrig sei, obgleich die Forschung in Polen mehrmals beweist, dass es in diesem Land eins der meist repressiven Strafsystems in Europa besteht, muss es doch klar sein, dass es sich hier wiederum die Überzeugung zum Wort meldet, dass die Strafen verschärft sein sollten. Es ist noch zu merken, dass diese Formulierung mit den anderen Behauptungen der Kommission für die Kodifizierung des Strafrechts im Widerspruch steht, und insbesondere mit der Feststellung, dass der Widerruf der Freiheitsstrafen zur Bewährung ausgesetzt zu häufig erfolgt.

17 Es ist dabei darauf hinzuweisen, dass fast die sämtlichen, im Nachfolgenden geschilderten Änderungen, nach der Annahme des Entwurfs durch das polnische Parlament, im jetzigen Wortlaut des polnischen SGB ihren Niederschlag gefunden haben.

18 Es muss darauf hingewiesen werden, dass die geplante Reform der Sanktionen des polnischen SGB leider keiner regelrechten, grenzüberschreitenden Diskussion unterworfen wurde. Es ist keine internationale Tagung zu diesem Zweck einberufen worden, und kein Gutachten eines ausländischen Experten wurde veröffentlicht. Dies führt zu einer paradoxen Situation, wo in Polen die Lösungen der westeuropäischen Ländern nachgeahmt werden, wobei die dortigen Experten gar nicht befragt werden, ob dies im Lichte der aktuellen ausländischen Forschung berechtigt ist, und ob die Rezeption dem nachgeahmten Vorbild überhaupt treu ist.

Pflichten auf den Verurteilten auferlegt werden können¹⁹, angesehen werden. Auch von Bedeutung ist die nach dem Entwurf geplante Änderung des Artikels 37 SGB, die dazu führt, dass die Höchstgrenze der Freiheitsstrafe vom 15 auf 20 Jahre erhöht wird²⁰, sowie die Einführung des Artikels 37a, der die ursprüngliche Regelung vom Artikel 58 § 3 SGB übernimmt²¹. Auch die Schöpfung einer neuen Strafnorm im geplanten Artikel 37b, der die so genannte „gemischte Strafe“ einfügt, muss als eine fundamentale Änderung bezeichnet werden²². Abgesehen von den zahlreichen Änderungen im Bereich der Strafmittel, zwei Neugestaltungen müssen noch hervorgehoben werden, und zwar: die der materiell-rechtlichen Voraussetzung für die Aussetzung zur Bewährung der verhängten Freiheitsstrafe, deren maximale Höhe von 2 Jahren auf ein Jahr verkürzt sein sollte²³ und die Regeln der Bildung der Gesamtstrafe, wo auf die Voraussetzung der Begehung der Straftat vor dem ersten Urteil verzichtet wird²⁴.

Es sei auch anzumerken, dass als den Hauptgrund des jetzigen „*Krankheitszustandes*“ der Strafpolitik in Polen die Begründung des zum Parlament verschickten Entwurfs den Grundsatz der Strafzumessung bei Geldstrafen erwähnt, der vor dem Reform im art. 58 § 2 und § 2a des polnischen SGB verankert war²⁵. Die aktuelle Gerichtspraxis, so der Entwurf, wo keine hinreichenden Informationen über das Leben des Täters, und insbesondere über sein Einkommen eingeholt werden und die These über die Armut

19 Und zwar: „2) die Pflicht, sich an dem festen Aufenthaltsort oder an einem zugewiesenen Ort aufzubalten, mit dem Einsatz des Systems der elektronischen Aufsicht 3) die Pflichten, die im Artikel 72 § 1 pkt 4–7a erwähnt sind.“ In der letzten Alternative geht es um einige Pflichten, die bei der Strafaussetzung zur Bewährung auf den Verurteilten auferlegt werden können, wie z.B. die Pflicht, einer Erwerbstätigkeit, einer Ausbildung oder einer Vorbereitung zum Beruf nachzugehen.

20 Die Änderung des SGB wurde letztendlich nicht umgesetzt.

21 Laut der geplanten Vorschrift: „Wenn das Gesetz eine Freiheitsstrafe nicht höher als 8 Jahre vorsieht, statt dieser Strafe kann die Geldstrafe oder Freiheitsbeschränkungsstrafe verhängt werden.“

22 Laut dieser Vorschrift: „Im Falle eines Vergehens, das mit der Freiheitsstrafe bedroht ist, ungeachtet der unteren gesetzlichen Strafgrenze, das Gericht kann gleichzeitig die Freiheitstrafe von höchstens 3 Monaten verhängen, und wenn die obere Grenze zumindest 10 Jahre beträgt – 6 Monate, sowie die Freiheitsbeschränkungsstrafe bis zu 2 Jahren. In der ersten Linie wird dann die Freiheitsbeschränkungsstrafe vollzogen, es sei denn, dass das Gesetz es anders vorschreibt.“

23 Vgl. Art. 69 § 1 SGB. In dieser Hinsicht entspricht es jetzt dem deutschen § 56 StGB (BGI. I s. 3322).

24 Laut dieser Vorschrift: „Wenn der Täter zwei oder mehrere Straftaten begangen hat und für sie gleichartige oder andere gesamtstrafenfähige Strafen verhängt wurden, erkennt das Gericht auf eine Gesamtstrafe.“

25 Laut dieser Vorschrift: „§ 2. Geldstrafe wird nicht verhängt, wenn die Einkünfte des Täters, seine Vermögensverhältnisse oder Verdienstmöglichkeiten die Überzeugung begründen, dass der Täter die Geldstrafe nicht zahlt und diese im Wege der Vollstreckung nicht beigetrieben werden kann.“
§ 2a. Eine Freiheitsbeschränkungsstrafe in Verbindung mit der in Art. 35 § 1 genannten Pflicht wird nicht verhängt, wenn der Gesundheitszustand des Angeklagten oder seine Eigenschaften und persönlichen Verhältnisse die Überzeugung begründen, dass der Angeklagte diese Pflicht nicht erfüllen wird.“

polnischer Gesellschaft ohne jegliches Nachdenken wiederholt werde, dazu führe, dass es nicht möglich sei, von dieser Strafe in einem entsprechenden Ausmaß Nutzung zu machen²⁶. Aus diesem Grund soll diese Vorschrift teilweise gestrichen werden²⁷ und teilweise einen anderen Wortlaut erhalten²⁸.

Diese Schlussfolgerung darf aber nach dem bisherigen Stand der polnischen Forschung als fraglich gelten. Insbesondere muss es betont werden, dass eine solche Vorschrift nicht im vorher geltenden kommunistischen SGB vom Jahr 1969 anwesend war, was die Rechtsprechung nicht daran gehindert hat, ebenso die Mehrheit der Strafen als Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt zu verhängen. Noch wichtiger ist die bedeutsame Erkenntnis von Prof. M. Melezini, dass die Strafrechtspolitik der polnischen Gerichte im Laufe des XX Jahrhunderts sich nicht durch die gesetzlichen, sondern in erster Linie durch die außergesetzlichen Faktoren²⁹ änderte. Dabei kann nicht übersehen werden, dass sogar solche Autoren, die sich stark dafür einsetzen, die Missstände in der polnischen Strafrechtspolitik zu bekämpfen, auf die Probleme verweisen, die eher mit der Rechtsanwendung als mit der Auslegung des SGB selbst zusammenhängen³⁰. Diese Feststellungen lassen es bezweifeln, ob jegliche Strafrechtsreform in Polen einen vergleichbaren Durchbruch erzeugen kann, wie es die 1. StRG vom Jahr 1969 in Deutschland getan hat³¹, solange sie nicht mit den zusätzlichen Mitteln, wie die Schulungen von Richtern und die Änderung des Aufbaus des rechtswissenschaftlichen Studiums verbunden wird³².

26 Vgl. Begründung, S. 141.

27 Art. 58 § 2, 3, 4 SGB.

28 Ein anderer Wortlaut betrifft den geplanten Art. 58 § 1: *„Wenn das Gesetz die Auswahl der Strafen vorsieht, und das Verbrechen mit einer Freiheitsstrafe von weniger als 5 Jahren bedroht ist, das Gericht wird die Freiheitsstrafe nur dann verhängen, wenn eine andere Strafe oder Strafmittel die Strafzwecke nicht erfüllen kann.“* Dazu soll ein neuer § 2a. eingeführt werden: *„Die Freiheitsbeschränkungsstrafe in der Form einer Pflicht, die im Artikel 34 § 1a Abs. 1 erwähnt ist, wird nicht verhängt, wenn der Gesundheitszustand des Beschuldigten oder seine persönlichen Merkmale die Annahme begründen, dass der Beschuldigte diese Pflicht nicht erfüllen wird.“*

29 M. Melezini, *Punitiveność wymiaru sprawiedliwości karnej w Polsce XX wieku*, Temida2 Verlag, Białystok 2003, S. 406, 486.

30 So ist in diesem Kontext die Ansicht von J. Jakubowska-Hara (vgl. *eadem*, *Rola kary grzywny w polityce kryminalnej*, in: *Reformy prawa karnego. W stronę spójności i skuteczności*, J. Utrat-Milecki (Hg.), Oficyna Naukowa, Warszawa 2013, S. 109–110) zu nennen, die zwar die Schwierigkeiten mit der Anwendung vom Art. 58 § 2 SGB in Erwägung zieht, die sie als eine *„idealistische Vorschrift“* bezeichnet, daraufhin aber feststellt, dass sie eher mit dem Mangel an der Untersuchung der finanziellen Lage des Beschuldigten zusammenhänge.

31 Zur Besprechung der Folgen vgl. W. Heinz, *Das strafrechtliche...*, S. 53.

32 Es ginge in der ersten Linie darum, einen größeren Wert im Laufe der juristischen Bildung an die Kriminalpolitik und Soziologie zu legen, was in der neuesten Forschung zum Teil auch postuliert wird (vgl. A. Nawój-Śleszyński, *Przeludnienie więzień w Polsce*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2013, S. 499). Es ist anzumerken, dass laut den Untersuchungen von M. Melezini, *op.cit.*, S. 406, 486, schon in den 70er Jahren des XX Jahrhunderts die Frei-

Schon auf den ersten Blick kann man also erkennen, dass das Bild, das sich von den aufgezählten Änderungen rekonstruieren lässt, eher ein kompliziertes ist. Was allerdings auffällt, ist die Tatsache, dass den vielen wissenschaftlichen Forderungen der polnischen Wissenschaft im Bereich der strafrechtlichen Sanktionen keine Rechnung getragen wird; vielmehr sind Sie in der Begründung des Entwurfs gar nicht angesprochen worden³³. Sie gibt zwar an einem Ort eine klare Darstellung der „*kriminallpolitischen Strategie*“, diese betrifft aber lediglich die nach der Reform zu erwartenden Sanktionen für die bestimmten Typen der Verbrechen und Vergehen³⁴. Es muss auch bemerkt werden, dass einige dieser geplanten Änderungen sogar explizit den Ergebnissen der bisherigen Forschung widersprechen³⁵.

Die Auslegung und Teleologie des Entwurfs

Eine andere Frage ist die Auslegung der im Entwurf formulierten Vorschriften - mit der Aufgabe, klare Normen von ihnen entnehmen zu können. Eine derartige Analyse muss deswegen getan werden, weil es weitgehend bekannt ist, dass der Gesetzgeber in jedem Land nicht selten solche Vorschriften einführt, die bei der Auslegung beträchtliche Schwierigkeiten bereiten, was in manchen Fällen sogar gegen das rechtsstaatliche Prinzip verstoßen kann.

heitsstrafe auf Bewährung das wichtigste Instrument der Strafrechtlichen Ahndung in Polen war (z. B. im Jahr 1972 38,8% der Strafen gehörten ausgerechnet dieser Kategorie) und die Ausweitung dieser Tendenz in den 90er Jahren des XX Jahrhunderts erfolgte, als immer noch das alte kommunistische SGB von 1969 galt (im letzten Jahr seiner Geltung hat diese Kategorie der Strafen das Niveau von 55,2% bereits erreicht, was dem in der Begründung besprochenen Niveau vom Jahr 2012 genau entspricht).

33 Was ein zusätzliches Argument dafür ist, dass es sich bei dieser, wie es die Kommission in den eigenen Wörtern beschrieb „*größten Änderung des polnischen SGB seit seiner Entstehung*“ um eine *ad hoc* Reform handelt, wo die strafrechtliche Literatur entweder den Mitgliedern der Kommission nicht gekannt ist oder wird sie weitgehend ignoriert, was dem autoritären Stil eines nichtdemokratischen Regimes gleich wäre. Es ist dabei besonders für die ausländischen Leser wichtig zu betonen, dass es unter den Mitgliedern der Kommission keinen der anerkannten polnischen Spezialisten für die Strafpolitik und Strafvollstreckungsrecht gab.

34 Vgl. S. 5 der Begründung. Es ist dabei nicht zu übersehen, dass sich hinter dem Begriff der Kriminalpolitik viel mehr steckt, als nur die zu erwartenden Sanktionen bei der richterlichen Strafzumessung.

35 Dies betrifft in der ersten Linie auf die so-genannte „*gemischte Strafe*“, deren eine kurze Freiheitsstrafe zu Grunde liegt, die laut der Forschung keine positive Wirkung erzielt, die man mit ihr zu verbinden pflegte (vgl. W. Heinz, *Mehr und härtere...*, S. 8 und die dort zitierte Literatur). Die kurzen Freiheitsstrafen wurden auch in der polnischen Literatur mehrmals kritisiert worden, eingehend dazu: T. Koziol, *Warunkowe umorzanie postępowania karnego*, Wolters Kulwer, Warszawa 2009, S. 17–18 und sind in vielen Rechtsordnungen, wie insbesondere in der Schweiz, als eine Ausnahme betrachtet.

In diesem Entwurf sind leider ebenfalls solche Vorschriften zu finden, was z. B. für den geplanten Artikel 93c Punkt 4) SGB gilt³⁶. Diese Regelung sollte einen Teil des komplett neu geregelten Kapitels über die Sicherungsmaßnahmen bilden, die im heutigen polnischen Strafrecht nach dem ursprünglichen, zunächst in der Schweiz im Vorentwurf vom Jahre 1893 entwickelten Beispiel³⁷ der Umsetzung der Zweispürigkeit des Strafrechts dienen³⁸. Der Entwurf scheint den Zweck zu verfolgen, den Anwendungsspielraum dieser Maßnahmen, deren praktische Bedeutung zur Zeit begrenzt ist³⁹, wesentlich zu erweitern. Dies sollte dadurch geschehen, dass eine neue, weit gefasste Voraussetzung eingeführt wird⁴⁰. Die Formulierung dieser Voraussetzung an sich führt zu den verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot der Strafnormen: was ist eine Persönlichkeitsstörung solchen Charakters oder Intensität, dass sie der erneuten Begehung Strafdelikten mit Gewalt oder Drohung seiner Anwendung begünstigt?

Dabei kann nicht übersehen werden, dass die Möglichkeit, eine Person, die nicht Unzurechnungsfähig ist, auf eine unbestimmte Zeit einer Sicherungsmaßnahme zu unterwerfen, die auch bis zu den 3 Jahren nach der Verbüßung der früheren Maßnahmen wieder angeordnet werden kann, geht bei weitem darüber hinaus, was im heutigen Strafrecht zulässig ist⁴¹. Die Ähnlichkeiten solcher Lösungen mit dem Konzept dessen, was noch vor einiger Jahren - mehr oder weniger zurecht - als "Feindstrafrechts" bezeichnet wurde, sind leicht zu erkennen⁴². Ferner, die Überzeugung, dass bestimmte Personen,

36 Laut dieser Vorschrift: "Die Sicherungsmittel können hinsichtlich des Täters angeordnet werden: 4) Im Falle der Verurteilung auf die Freiheitsstrafe ohne Aussetzung zur Bewahrung für ein Verbrechen, das in den Kapiteln XIX, XXIII, XXV oder XXVI bestimmt ist, begangen im Zusammenhang mit der Persönlichkeitsstörung solchen Charakters oder Intensität ist, dass sie der erneuten Begehung von Strafdelikten mit Gewalt oder Drohung seiner Anwendung begünstigt."

37 Zur Geschichte der Entwicklung vgl. H. Seuffert, *Zweispürige Verbrechensbekämpfung*, "Rechtsgeschichte" 2009, Nr 14, S. 88–90.

38 Gemäß dem ursprünglichen art. 93 des SGB können die Sicherungsmaßnahmen nur im Falle von "psychischen Erkrankung, Störungen der sexuellen Präferenzen, einer geistigen Behinderung oder der Abhängigkeit vom Alkohol oder einem anderen Rauschmittel" verhängt werden.

39 Im Jahr 2010 wurden in Polen 450 Personen zu den 457 Sicherheitsmaßnahmen verurteilt (vgl. T. Szymanowski, *Przestępczość...*, S. 170).

40 Vgl. Fußnote 34.

41 In der ursprünglichen Rechtslage war die unbegrenzte Zeit der Anwendung der Sicherungsmaßnahmen nur bei der Unterbringung in einer psychiatrischen Anstalt zulässig. Nach der im Entwurf vorgesehenen Regelung und durch das polnische Sejm angenommenen Wortlaut des Art. 93d § 1 wurde jetzt die unbegrenzte Zeit zum Grundsatz für die Anwendung aller Sicherungsmaßnahmen werden.

42 Es ist angebracht hier zu wiederholen, dass die Idee eines Feindes in der Form vom "Individuum, das sich durch ein Verhalten vermutlich dauerhaft vom Recht abgewandt habe, und insoweit die kognitive Mindestsicherheit nicht garantiert" und deswegen als "Unperson" betrachtet wird (vgl. z. B. M. A. Zöllner, *Terrorismusstrafrecht: ein Handbuch*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2009, S. 274), zwar zu Recht in der Literatur kritisiert wurde, kann dennoch nicht übersehen werden,

und zwar Gewalttäter überwacht oder einer Therapie unterworfen sein müssen, führt zwingend zur Annahme von Charakterschuld als der Grundlage für die Anwendung strafrechtlicher Sanktionen, was mit der heutigen Vorstellung vom Strafrecht in einer rechtsstaatlichen Gesellschaft nicht in Einklang gebracht werden kann. Darüber hinaus, es zeigt deutlich, dass der Gesetzgeber zugibt, dass das jetzige Model des Strafvollzuges nicht ausreichend ist, um die Verurteilten zu resozialisieren, daher sie zwingend weiterer, zusätzlichen Maßnahmen nach der Verbüßung der angeordneten Strafe benötigen. Dies ist aber nicht der richtige Weg, um die Resozialisierungskomponente im Strafrecht zu stärken.

Andere Probleme ergeben sich nicht aus der Auslegung der Normen selbst, sondern aus der Frage nach dem Sinn und Zweck (Teleologie) der geplanten Neuregelung. So ist es in der ersten Linie kaum zu verstehen, welche Bedeutung die Einfügung des § 4 in den Artikel 33 SGB haben sollte⁴³. Wenn die Geldstrafe als die einzige Strafe gewählt wird und die ausgewählten Pflichten, die das Gericht während der Bewährungszeit auferlegen kann, jetzt als eine zusätzliche Belastung auf den Beschuldigten verhängt werden, taucht natürlich die Frage auf, welche Konsequenzen die Nichterfüllung solcher Pflichten nach sich ziehen wird. Gemäß dem Entwurf vom 15.05.2014 sollte sie eine neue Ordnungswidrigkeit nach Art. 66a des polnischen Ordnungswidrigkeitsgesetzes bilden⁴⁴. Solche Lösung, die einerseits als vernünftig erscheint - zumindest solange solches Verhalten unter keiner kriminellen Strafe stellt - andererseits aber ist die Formulierung dieser Vorschrift schon sprachlich nicht gelungen, da sie auf die "Pflichten" Bezug nimmt, was dazu führen kann, dass der Verurteilte, dem nur eine solche Pflicht auferlegt wurde, zu keiner Verantwortung gezogen werden könnte⁴⁵. Solcher Schlussfolgerung kann man nicht durch die teleologische Auslegung vorbeugen, da, wie es bekannt ist, ist sie im Bereich des Strafrechts zulasten des Beschuldigten nicht zulässig. In der letzten Version des Entwurfs vom 22.08.2014, d.h. schon nach der Arbeiten der ersten Parla-

dass der polnische Gesetzgeber in dieser Hinsicht tatsächlich einer seinen Merkmale verwirklicht hat, das heißt die Bekämpfungsgesetzgebung statt der Strafrechtsgesetzgebung.

43 Laut der geplanten Vorschrift: "§ 4. Im Falle der Verurteilung auf die Geldstrafe als die eigenständige Strafe darf das Gericht auf den Verurteilten für die Zeit des einen Jahres nach der Rechtskräftigkeit des Urteils die eine oder andere Pflichten, die im Artikel 72 § 1 pkt 2 5–6b und 7a bestimmt sind, auferlegen."

44 Vgl. "Art. 66a. Wer sich nicht den Pflichten unterwirft, die in den Artikeln 72 § 1 pkt 2, 5–6b i 7a SGB bestimmt sind, die auf ihn im Urteil auf die selbständige Geldstrafe dazu verhängt worden sind, kann mit Arrest, Freiheitsbeschränkungsstrafe oder Geldstrafe bestraft werden".

45 Dieser Unterschied erscheint umso mehr erheblich, wenn man diese Regelung mit der des Artikels 244 des polnischen SGB, wo die Überschreitung eines vom Gericht angeordneten Verbots, das vereinzelt erwähnt werden ist, unter kriminellen Strafe steht.

mentskommission im polnischen Sejm, wurde diese Vorschrift gestrichen, so dass es dann völlig unklar war, was diese Verstöße zur Folge haben mögen⁴⁶.

Die oben skizzierten Zweifel können aber nichts daran ändern, dass der Entwurf zahlreiche positive Regelungen beinhaltet. Zu denen gehören, unter anderem, die Abschaffung der Möglichkeit, die Geldstrafe zur Bewährung auszusetzen⁴⁷ oder die Einführung der genaueren Kriterien der Strafzumessung bei der Bildung der Gesamtstrafe⁴⁸ sowie vor allem der lobenswerte Versuch des gesamten Entwurfs, die Geldstrafe zum wichtigsten Element der Kriminalpolitik zu erheben.

Versäumnisse der beabsichtigten Reform

Wie oben schon angedeutet, hat jedoch der Entwurf und seine Begründung es unterlassen, auf die unzähligen in der Literatur gemachten Vorschläge der Änderungen des polnischen SGB entsprechenden Rücksicht zu nehmen. In diesem Teil des Aufsatzes werden Erwägungen angestellt, die die Versäumnisse des Entwurfs bloßlegen.

In der ersten Linie muss betont werden, dass die Höhe der Tagessätze bei der Geldstrafe nicht erhöht worden ist, was insoweit problematisch ist, als der kontinuierliche Inflationsprozess ihre Schwere im Laufe der letzten 16 Jahren nach dem Inkrafttreten des SGB wesentlich abgeschwächt hat⁴⁹. Das zweite wichtige Versäumnis, das allerdings in der polnischen Literatur kaum angesprochen wurde, ist das Problem, wie sollte man richtigerweise die Politik der Verhängung der Geldstrafen gestalten. Auf diese Frage ist keine einfache Lösung vorhanden, und in der neueren Forschung wurde mehrmals darauf hingewiesen, dass die Gerichte dazu tendieren, niedrige Zahlen der Tagessätze aufzuerlegen - mit dem Ergebnis, dass diese Strafe keine wirkliche Alternative zu den Strafen für

46 Diese in dem Entwurf geplante Änderung des Artikels 33 SGB wurde jedoch letztendlich nicht umgesetzt.

47 Was in ursprünglicher Fassung des polnischen SGB ausdrücklich durch den art. 69 § 1 erlaubt war (Laut dieser Vorschrift: "§ 1. Das Gericht kann die Vollstreckung der verhängten Freiheitsstrafe von nicht mehr als 2 Jahren, einer Freiheitsbeschränkungsstrafe oder einer Geldstrafe, die als alleinige Strafe verhängt wurde, bedingt aussetzen, wenn dies ausreichend ist, um die Strafzwecke gegenüber dem Täter zu erreichen, insbesondere um einen Rückfall zu verhindern."), was in der polnischen Wissenschaft mehrmals auf die heftige Kritik stieß.

48 Laut der geplanten Vorschrift: "Art. 85a. Bei der Verhängung der Gesamtstrafe nimmt das Gericht vor allem auf die preventive und erzieherische Zwecke, die er hinsichtlich des Verurteilenden zu erreichen hat, sowie auf die Bedürfnisse hinsichtlich der Gestaltung vom Rechtsbewusstsein der Gesellschaft, Rücksicht."

49 Die Höhe des Tagessatzes zwischen 10 bis 2000 PLN wurde in Polen seit der Einführung des SGB nicht geändert. Dieses Problem (die Inflation in Polen in den letzten 15 Jahren belief sich insgesamt auf 67,7%) ist in der Literatur bemerkt worden (vgl. zuletzt. P. Dudek, *Inflacja pieniądza a prawo karne*, "Państwo i Prawo" 2014, Nr 10, S. 68–84), hat dem Entwurfsschöpfer aber nicht zu denken gegeben.

die mittelschwere Kriminalitätsbekämpfung bildet⁵⁰, und insbesondere zur Freiheitsstrafe. Fehlende Auseinandersetzung mit diesem Problem im Entwurf und seiner Begründung erscheint umso mehr überraschend als, wie es oben schon angedeutet worden ist, geht der Entwurf davon aus, dass eine vergleichbare Tendenz, d.h. die Freiheitsstrafe im niedrigen Bereich der möglichen strafrechtlichen Sanktion zu verhängen, negativ zu bewerten sei.

Ein noch wichtigeres Versäumnis ist darin zu erblicken, dass der Entwurf gar keine nennenswerte Änderung im Hinblick auf die bedingte Entlassung einzuführen versucht. Dies wurde in der Literatur mehrmals postuliert⁵¹, nicht nur : wegen der unklaren Formulierung des ursprünglichen art. 77 § 1 des polnischen SGB⁵², die solche Voraussetzungen beinhaltet, die an die Umstände der Begehung der Straftat anknüpfen⁵³, sondern auch deswegen, weil das angestrebte Ziel der Verminderung der Zahl von den Gefangenen einfacher erreicht werden könnte, wann man eben diese Institution reformieren würde⁵⁴. Eine Analyse, sei es nur oberflächliche, des Instituts von der bedingten Entlassung ist aber in der Begründung nicht zu finden, wobei berücksichtigt werden muss, dass von diesem Institut während des Strafvollzuges in Polen immer seltener Gebrauch gemacht wird, wodurch die Repressivität des polnischen Strafrecht noch zusätzlich zunimmt⁵⁵. Es ist umso mehr bedauerlich, als manche Autoren der ursprünglichen Regelung sogar den Widerspruch mit den internati-

50 Diese Erkenntnis ist gültig auch für die deutsche Forschung, wo unterstrichen wurde, dass "94,0% aller Geldstrafen blieben 2005 folglich im unteren Viertel des Strafrahmens" d.h. bis zu den 90 Tagessätzen (vgl. W. Heinz, *Das strafrechtliche...*, S. 54) verhängt werden.

51 Zuletzt und schon während der Diskussion über die jetzige Reform des Strafrechts durch J. Utrat-Milecki, *Doktrynalne i normatywne źródła kryzysu więziennictwa*, S. 83 i ff.

52 Ibid.

53 Laut dem aktuellen art. 77 § 1 SGB: "Einen zur Freiheitsstrafe Verurteilten kann das Gericht von der Vollstreckung des Rests der Strafe nur dann bedingt entlassen, wenn seine Einstellung, seine persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, die Umstände der Straftatbegehung und das Verhalten des Täters nach Begehung der Straftat und während des Vollzugs die Annahme rechtfertigen, dass der Verurteilte nach seiner Entlassung die Rechtsordnung beachten wird und insbesondere nicht erneut eine Straftat begeht." Solche Formulierung wurde in der Literatur mehrmals kritisiert, vgl. z. B. T. Szymanowski, *Propozycje wprowadzenia korekt i zmian do obowiązującego prawa karnego*, "Palestra" 2012, Nr 11/12, S. 35.

54 In diesem Zusammenhang wurde das Postulat geäußert, dass eine quasi-obligatorische bedingte Entlassung nach dem Deutschen Vorbild eingeführt werden sollte, die lediglich solche Täter nicht treffen würde, hinsichtlich deren keine positive kriminelle Prognose vorliegt (vgl. J. Utrat-Milecki, *op.cit.*, S. 85).

55 So wurden im Jahr 1997 19 201 Gefangenen bedingt entlassen (von der Gesamtzahl der 30 305, d.h. was 63,49% aller Fälle ausmacht) und im Jahr 2012 nur 20 204 von den 57 269 (d.h. 35,30%, vgl. dazu T. Szymanowski, J. Migdał, *Prawo karne wykonawcze i polityka penitencjarna*, Wolters Kluwer Polska, Kraków 2014, S. 399). Eine vergleichbare Tendenz ist in vielen anderen Ländern zu verzeichnen, vgl. z. B. M. Ida, *Probleme der Ausweitung und Verschärfung des Strafrechts aus japanischer Sicht* in: *Das vierte deutsch-japanisch-polnische Strafrechtskolloquium der Stipendiaten der Alexander von Humboldt-Stiftung*, J. C. Joerden, A. J. Szwarc, K. Yamanaka (Hg.), Wydawnictwo Poznańskie, Poznań 2011, S. 78.

onalen Standards vorgeworfen haben⁵⁶. Das in der Forschung geltend gemachte Postulat, die Mindestzeit, nach der die bedingte Entlassung möglich ist, im Falle der Freiheitsstrafe von 25 Jahren auf 10, und im Falle der lebenslanger Strafe auf 15 Jahren zu erniedrigen, hat die Kommission in der Begründung überhaupt nicht angesprochen.

Das dritte auffallende und schwerwiegende Versäumnis des Entwurfs ist darin zu sehen, dass zahlreiche Anforderungen an die Entkriminalisierung bestimmter Straftaten oder Umgestaltung deren Sanktionen seitens der Wissenschaft vollkommen ignoriert worden sind. Dies trifft in der ersten Linie auf solche Straftaten wie Eingriff in ein gerichtliches Verbot (art. 244) oder Entziehung von Unterhaltszahlungen (art. 209)⁵⁷ zu. Die Tatsache, dass dies unterlassen worden ist, und dass es keine nennenswerten Änderungen im Besonderen Teil des SGB eingeführt worden sind, wird auch die etwaigen Auswirkungen dieser Reform auf das Gefängnissystem weitgehend verzögern. Es kann keinen Zweifel bestehen, dass wenn schon die Geldstrafen als das wichtigste Instrument benutzt werden, dann wird erstmal nur der Zugang neuerer Verurteilten zu den Gefängnissen gehemmt. Dabei die Zahl deren, die jetzt auf die Vollstreckung der Freiheitsstrafe im Gefängnis abwarten, wird für die Krise des polnischen Gefängnissystems noch für einige Jahre sorgen, was die unmittelbare Effektivität dieser Reform unter Frage stellt.

An dieser Stelle können nicht alle anderen Versäumnisse des Entwurfs dargelegt werden, die unter anderem die Beibehaltung der Strafmittel, die dauerhaft angeordnet werden können⁵⁸, sowie bestimmter Institutionen, die im Hohepunkt des strafrechtlichen Populismus in Polen eingeführt worden sind, wie es mit dem Rowdyvergehen der Fall ist, umfassen. Es ist bemerkenswert, dass der Entwurf mit den persönlichen Ansichten ihren Mitgliedern, und insbesondere von Prof. A. Zoll, nicht übereinstimmt⁵⁹ und wegen erschwerten Zugangs zur Kommissionsprotokollen ist es nicht zu ergründen, welche Erwägungen dem Entwurf die endgültige Gestalt verliehen.

56 Vgl. J. Utrat-Milecki, *op.cit.*..., S. 83.

57 Dies wurde in der polnischen Forschung mehrmals verlangt, nicht zuletzt aufgrund der hohen Zahl der Gefangenen, die wegen der Verurteilung für diese Straftaten im Gefängnis inhaftiert sind, vgl. z.B. T. Szymanowski, J. Migdał, *op.cit.*, S. 209 die den weiterhin unveränderten Art. 209 SGB richtig als „*einer der Absurditäten der Kriminalpolitik*“ bezeichnen.

58 Wie z. B. art. 41a § 3: „*Verpflichtung, sich von bestimmten Kreisen oder Orten fernzubalten, das Verbot, zu bestimmten Personen Kontakt aufzunehmen oder das Verbot, einen bestimmten Aufenthaltsort ohne Erlaubnis des Gerichts zu verlassen*“.

59 Prof. A. Zoll noch in seinem Bericht von den Arbeiten der Kommission für Strafrecht aus dem Januar 2012 - *Rozważania w zakresie zmian w srodkach prawnokarnej represji* in: *Pozbawienie wolności - funkcje i koszty. Księga Jubileuszowa Profesora Teodora Szymanowskiego*, A. Rzepliński, I. Rzeplińska, M. Niefaczna, P. Wiktorska (Hg.), Wolters Kulwer, Warszawa 2013, S. 214 - mehrere von diesen Ansichten unterstützt hat, was insbesondere für die Streichung vom SGB des Rowdyvergehens gilt.

Fazit

Am Ende dieser Ausführungen sei anzumerken, dass die Beurteilung des Entwurfs keinesfalls einfach ist. Es lässt sich aber nicht bezweifeln, dass mit der Annahme dieses oben besprochenen Entwurfs durch das polnische Sejm, neben den vielen positiven Änderungen auch einige ins polnische SGB eingeflossen sind, die schlechthin als rückwirkend bezeichnet sein müssen. Es ist ganz verwunderlich, dass im Hinblick auf eine so tiefgreifende Umgestaltung des polnischen Strafrechts und insbesondere der Strafrechtspolitik darüber in der polnischen Literatur nicht heftig diskutiert wurde⁶⁰. Eins ist dabei sicher: die unbestrittene, katastrophale Lage des polnischen Gefängnisystems, die eine *ad hoc* Regelung gerade rechtfertigt und sie dringend macht, solle nicht dazu opportunistisch ausgenutzt werden, daneben weitere, höchst fragwürdige Lösungen miteinzuführen. Das drastische Beispiel dafür ist die Erhöhung der Dauer der Freiheitsstrafe von 15 auf 20 Jahren, die in der Literatur praktisch niemals befürwortet wurde⁶¹ und während der geführten Diskussion auch kritisiert worden ist⁶², da bekannt ist, dass eine solche lange Isolation keine positiven Auswirkungen auf den Verurteilten haben kann. Glücklicherweise hat das polnische Sejm während der parlamentarischen Arbeiten davon Abstand genommen. Die Einführung einer solchen Regelung lässt sich auch nicht damit begründen, dass die Regeln der Bildung der Gesamtstrafe nach dem Entwurf weitgehend

60 Es muss betont werden, dass im Jahr 2014 in der wichtigsten polnischen Zeitschrift, „Państwo i Prawo“, die monatlich erscheint, im ganzen Jahr nur einen Aufsatz gedruckt worden ist, die die Problematik vom Reform des Strafrechts hinsichtlich der Strafrechtspolitik anspricht (vgl. T. Szymanowski, *Skazania na bezwzględne kary pozbawienia wolności jako następstwo nieefektywnej polityki karnej*, Nr 4, S. 79–92). Auch in den anderen Zeitschriften ist die Diskussion eher begrenzt: die Analyse der polnischen juristischen Bibliographie der polnischen Akademie der Wissenschaften (PAN) für die Jahre 2012–2014 zeigt, dass es nur 15 Beiträge veröffentlicht worden sind, die sich mit der fehlerhaften Strafrechtspolitik und deren Reform befassen, und davon nur fünf Aufsätze in der juristischen Zeitschriften (d. h. die Aufsätze von T. Szymanowski, *Reforma Prawa Karnego w Polsce*, „Palestra“ 2014, Nr 9, idem, *Skazania na bezwzględne kary pozbawienia wolności jako następstwo nieefektywnej polityki karnej*, „Państwo i Prawo“, 2014, Nr 4, idem, *Propozycje wprowadzenia korekt i zmian do obowiązującego prawa karnego*, „Palestra“ 2012, Nr 11/12, A. Zoll, *Prace nad nowelizacją przepisów części ogólnej Kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo“ 2012, Nr 11 und Z. Sienkiewicz, *Niektóre propozycje zmian regulacji kary, środków karnych i środków probacyjnych*, „Państwo i Prawo“ 2012, Nr 4. Es kann damit zusammenhängen, dass die Reform des Strafrechts eine politische Frage ist, wo auf die Ansichten der Wissenschaft nicht viel geachtet wird).

61 Die einzigen Stellungnahmen sind: ein Referat von Z. Sienkiewicz, das während der Konferenz in Popowo im Jahr 2011 gehalten wurde unter dem Titel: *Ocena obowiązujących rozwiązań w zakresie kar, środków karnych, środków probacyjnych oraz wymiaru kary łącznej*, erhältlich auf der Seite des polnischen Justizministeriums unter <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013/konferencje/rok-2011/> (letzter Aufruf: 16.12.2014) und deren oben zitierter Aufsatz vom Jahr 2012.

62 Vgl. T. Szymanowski, *Reforma...*, S. 108, wo der Autor völlig richtig prognostiziert, dass diese Änderungen zur Erhöhung der Repressivität beitragen werden.

geändert wurden⁶³. Folglich muss festgestellt werden, dass die geplante Änderung der Strafrechtspolitik teilweise fortschrittlich, zum Teil aber als ein den Ergebnissen der wissenschaftlichen Forschung widersprechender Versuch wahrgenommen werden muss. Der hier besprochene Entwurf zeigte eine partielle, wiewohl eingeschränkte, Kontinuität des strafrechtlichen Populismus in der jüngsten polnischen Gesetzgebung, was mit den aktuellen Tendenzen vieler europäischer sowie außereuropäischer Länder leider übereinstimmt⁶⁴.

SUMMARY

Reform of the criminal law in Poland

The author discusses the main ideas behind the proposed reform of the criminal law in light of the project conveyed to the Polish Sejm on the 15th of May 2014. The proposed changes, being the most significant ones since the recodification of the criminal law in 1997, are based on the correct presumption that the deficiencies in current Polish criminal policy lead to overly repressive criminal law. A detailed analysis of the project, however, shows that it is not free from failures, in terms of both the formulation of legal norms as well as the reforms to institutions of the criminal law with respect to the application of penalties. It also does not take into account the arguments formulated in recent years regarding the reform of the criminal law. This leads to the conclusion that

63 Dises Argument, das durch Prof. A. Zoll (vgl. idem, *Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego wobec problemów związanych z represją karnoprawną* in: *Reformy prawa karnego*, Utrat-Milecki (Hg.), Oficyna Naukowa, Warszawa 2013, S. 35) benutzt worden ist, um diese Erhöhung der Freiheitsstrafe zu rechtfertigen, kann aus diesem Grund nicht überzeugen, weil die Strafzumessung bei der Gesamtstrafe anderen Regeln unterliegt, die schon auf Grund der ursprünglichen Regelung des polnischen SGB ermöglichten es, eine schärfere Strafe über die oberen Grenze der normalen Sanktionen zu verhängen.

Auch ein anderes Argument, das während dieser Diskussion benutzt worden ist (Vgl. Z. Sienkiewicz, *Ocena obowiązuujących rozwiązań w zakresie kar, środków karnych, środków probacyjnych oraz wymiaru kary łącznej*, "Bluteten Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego" 2011, Nr 3, S. 118.), und zwar, dass das Gericht manchmal eine Strafe zwischen 15 und 25 Jahren zu verhängen möchte, da weder die erste noch die zweite als angemessen erscheint, ist nicht nur ein sehr akademisches, da bekanntlich die Zahl der Freiheitsstrafen über 10 Jahren sehr begrenzt ist (im Jahr 2010 waren es, einbezogen die lebenslange Freiheitsstrafe - 345 Fälle, vgl. T. Szymanowski, *Przestępczość...*, s. 123), aber gemäß diesem Argument könnte man ebenfalls die Abschaffung der lebenslangen Strafe postulieren, da es eine Strafe von 20 Jahren zu wenig und eine lebenslange Strafe zu viel sein könnte, und stattdessen die zeitlichen Freiheitsstrafen nach dem US-amerikanischen Vorbild einzuführen versuchen. Es zeigt auch davon, auf welchem Niveau die Debatte in Polen geführt wird.

64 J. Musil, *Tendenz zur Erhöhung von Repressivität im tschechischen Strafrecht* in: *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla. Band II*, P. Kardas, W. Wróbel, T. Sroka (Hg.), Wolters Kluwer, Warszawa 2012, S. 1465–1481, vgl. auch: M. Ida, *op.cit.*, S. 79.

the proposed changes, though rightly focused on improving the most fundamental tools of criminal policy, nonetheless have the character of an ad hoc reform, which even had some elements of penal populism, influencing in such a negative way the shape of the criminal law in recent years. Yet most of those controversial changes have been abandoned during the parliamentary works on this since 1.07.2015 binding law.

KEYWORDS: reform of the criminal law, criminal policy, penal populism, application of penalty

Author's list

Dr. Sergey Bochkarev
Herzen State Pedagogical University, Russian Federation
pkb-spb@yandex.ru

Dr. Marcin Byczyk
Adam Mickiewicz University Poznań, Republic of Poland
marcin.byczyk@amu.edu.pl

Dr. Aneta Tyc
University of Łódź, Republic of Poland
intercoll1@o2.pl

Katarzyna Arciszewska M.A.
Adam Mickiewicz University Poznań, Republic of Poland
k.arciszewska@op.pl

Hanna Banaś M.A.
Wrocław University, Republic of Poland
hanna.banas@yahoo.es

Karolina Bressa M.A.
Adam Mickiewicz University Poznań, Republic of Poland
karolinabressa@gmail.com

Krzysztof Chmielewski M.A.
Adam Mickiewicz University Poznań, Republic of Poland
krzysztof.chmielewski@amu.edu.pl

Marcin Czerwiński M.A.
Adam Mickiewicz University Poznań, Republic of Poland
marcin.czerwiński@amu.edu.pl

Grzegorz Głanowski M.A.
Jagiellonian University, Republic of Poland
g.glanowski@uj.edu.pl

Roni Mazliach M.A.
Adam Mickiewicz University Poznań, Republic of Poland
ro-mz@zahav.net.il

Martyna Ostrzycka M.A.
Adam Mickiewicz University Poznań, Republic of Poland
martyna.ostrzycka@amu.edu.pl

Szymon Paciorkowski M.A.
Adam Mickiewicz University Poznań, Republic of Poland
szymon.paciorkowski@amu.edu.pl

Joanna Siekiera M.A.
Victoria University of Wellington, Nowa Zelandia
joanna.siekiera@prawo.uni.wroc.pl

Oskar Skibiński M.A.
Adam Mickiewicz University Poznań, Republic of Poland
oskar.skibiński@amu.edu.pl

Irena Szymanowska M.A.
Adam Mickiewicz University Poznań, Republic of Poland
irena.szymanowska@gmail.com

Jakub Wojas M.A.
Jagiellonian University, Republic of Poland
wojas.jakub@wp.pl

Marta Zalewska-Głogowska M.A.
Saarland University, Federal Republic of Germany
martazalewskaglogowska@gmail.com

Maciej Pająk
Adam Mickiewicz University Poznań, Republic of Poland
maciej.k.pajak@gmail.com