

ADAM MICKIEWICZ UNIVERSITY
LAW REVIEW

**ADAM MICKIEWICZ UNIVERSITY
LAW REVIEW**

PRZEGLĄD PRAWNICZY UNIwersYTETU IM. ADAMA MICKIEWICZA

LA REVUE JURIDIQUE DE L'UNIVERSITÉ ADAM MICKIEWICZ

6
—
2016



POZNAŃ 2016

Editorial Board

Paweł Kwiatkowski – editor in chief
Sławomir Marciniak – executive editor
Remigiusz Chęciński – managing editor
Tadeusz Gadkowski
Leopold Moskwa
Jerzy W. Ochmański
Szymon Paciorkowski
Maciej Pajak
Jan Radziuk
Piotr Szulc

Proofreader Editors

Stephen Dersley
Michał Staniszewski

Scientific Board

Roman Budzinowski
Wojciech Dajczak
Ulrich Häde
Zbigniew Janku
Elżbieta Jantoni-Drozdowska
Zdzisław Kędzia
Marian Kępiński
Krzysztof Knoppek
Hubert Kołdecki
Krzysztof Krasowski
Jerzy Małecki
Anna Mikulska
Tomasz Nieborak
Zdzisław Niedbała
Adam Olejniczak
Francisco Javier Andrés Santos
Marek Smolak
Tomasz Sokołowski
Daniil Tuzov
Jacek Wiewiorowski
Paweł Wiliński
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: Adriana Staniszevska
Printed by: Totem, ul. Jacevska 89, 88-100 Inowroclaw

Contents

PAWEŁ KWIATKOWSKI Adam Mickiewicz University Law Review development perspectives	9
MACIEJ KOSZOWSKI Legal analogy as an alternative to the deductive model of legal reasoning	13
ALEXANDER N. VYLEGZHANIN, URSZULA MOSKWA Transboundary pipelines and the Arctic: legal issues	27
ANDRZEJ GADKOWSKI The doctrine of implied powers of international organizations in the case law of international tribunals	45
PAWEŁ KWIATKOWSKI Public international law with regard to the social consequences of the development of genetics	61
JACEK NAPIERAŁA A few remarks on the interpretation of European company law	77
JAN OLSZANOWSKI, WOJCIECH PIĄTEK The validity of the principle of mutual trust between the EU Member States in mutual assistance for the recovery of public claims	91
BARTOSZ KOŁACZKOWSKI The new notion and classification of assemblies in Polish law	103
DANIEL ERYK LACH Equality vs. differentiation: on solidarity and justice in social law	117
IWONA SEPIOŁO-JANKOWSKA Corporate criminal liability in English law	135

TAINÁ CORRÊA BARBOSA RAMOS	
Capital punishment: a theoretical and cooperative analysis.....	145
SOFIYA V. KULITSKA	
Wrongfulness of a court's decisions, acts and/or omissions as a condition of tortious obligations in Ukraine	157
PAWEŁ BORECKI	
The secular state in the context of the contemporary European constitutionalism	173
REMIGIUSZ CHĘCIŃSKI, TOMASZ MARZEC	
Ground servitude of transmission as a constitutional problem	193
SYLWIA STRYJKOWSKA	
The protection of cultural heritage in the International Criminal Courts	211
MARTYNA OSTRZYCKA	
The assessment of a legislator's actions under the provisions of the Criminal Procedure Code concerning compensation for unjustifiable use of coercive measures, with particular emphasis on seizure of property	229
KATARZYNA PRELIŃSKA	
Entrepreneur as an aggrieved party in criminal procedure	247
DIANA ILKÓW	
A microplan of spatial development – analysis of chosen aspects	261
MATEUSZ KARCIARZ	
Selected issues of access to public information in local government	279
RAFAŁ MAREK	
The end of the legal existence of a capital company and the expiration of its debts	293
MARCIN CZERWIŃSKI	
Participation of a consortium in the procedure for the award of public contract with the examples of Poland, United Kingdom and France	307
MARTA KARPIŃSKA	
The analysis of the civil liability of an insurance broker on the minimum insurance guaranteed sum against liability and the contractual limitation of insurance undertaking liability	339
MATEUSZ WIKTOR GOLAK	
Jurisdiction regarding a civil claim for damages for the claim security in Regulation (EU) No 1215/2012	347

Spis treści

PAWEŁ KWIATKOWSKI Perspektywy rozwoju Przeglądu Prawniczego Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza	11
MACIEJ KOSZOWSKI Legal analogy as an alternative to the deductive model of legal reasoning	13
ALEXANDER N. VYLEGZHANIN, URSZULA MOSKWA Transboundary pipelines and the Arctic: legal issues	27
ANDRZEJ GADKOWSKI The doctrine of implied powers of international organizations in the case law of international tribunals	45
PAWEŁ KWIATKOWSKI Public international law with regard to the social consequences of the development of genetics	61
JACEK NAPIERAŁA A few remarks on the interpretation of European company law	77
JAN OLSZANOWSKI, WOJCIECH PIĄTEK The validity of the principle of mutual trust between the EU Member States in mutual assistance for the recovery of public claims	91
BARTOSZ KOŁACZKOWSKI The new notion and classification of assemblies in Polish law	103
DANIEL ERYK LACH Equality vs. differentiation: on solidarity and justice in social law	117
IWONA SEPIOŁO-JANKOWSKA Corporate criminal liability in English law	135

TAINÁ CORRÊA BARBOSA RAMOS	
Capital punishment: a theoretical and cooperative analysis.....	145
SOFIYA V. KULITSKA	
Wrongfulness of a court's decisions, acts and/or omissions as a condition of tortious obligations in Ukraine	157
PAWEŁ BORECKI	
Państwo laickie w świetle dorobku współczesnego konstytucjonalizmu europejskiego	173
REMIGIUSZ CHĘCIŃSKI, TOMASZ MARZEC	
Służebność gruntowa o treści służebności przesyłu jako problem konstytucyjny ..	193
SYLWIA STRYJKOWSKA	
Problematyka ochrony dziedzictwa kulturowego w działalności międzynarodowych trybunałów karnych	211
MARTYNA OSTRZYCKA	
Ocena działań ustawodawcy na gruncie przepisów Kodeksu postępowania karnego dotyczących odszkodowania za niesłuszne stosowanie środków przymusu, ze szczególnym uwzględnieniem zabezpieczenia majątkowego	229
KATARZYNA PRELIŃSKA	
Wykonywanie uprawnień przedsiębiorcy jako pokrzywdzonego w procesie karnym	247
DIANA ILKÓW	
Mikroplan zagospodarowania przestrzennego – analiza wybranych zagadnień ...	261
MATEUSZ KARCIARZ	
Wybrane zagadnienia z zakresu dostępu do informacji publicznej w samorządzie terytorialnym	279
RAFAŁ MAREK	
Ustanie bytu prawnego spółki kapitałowej a wygaśnięcie jej długów	293
MARCIN CZERWIŃSKI	
Udział konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na przykładzie Polski, Wielkiej Brytanii i Francji	307
MARTA KARPIŃSKA	
Analiza zmian obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej brokera w zakresie dotyczącym minimalnej sumy gwarancyjnej oraz umownego ograniczenia odpowiedzialności zakładów ubezpieczeń	339
MATEUSZ WIKTOR GOLAK	
Jurysdykcja w sprawach roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej wykonaniem zabezpieczenia w rozporządzeniu (UE) nr 1215/2012	347

PAWEŁ KWIATKOWSKI

Adam Mickiewicz University Law Review development perspectives

“Adam Mickiewicz University Law Review” publishes scientific treatises which explore the current research issues in the field of legal sciences. The articles presented in the sixth volume of the journal are written by professors and young scholars affiliated with the best Polish universities as well as foreign ones – the University of Geneva, the Moscow State Institute of International Relations, the Federal University of Rio de Janeiro and the Taras Shevchenko National University of Kyiv. This year the journal has the privilege of publishing articles written by professors from the Poznań Faculty of Law and Administration – Jacek Napierała, Daniel Eryk Lach, Bartosz Kołaczkowski and Wojciech Piątek.

Editing this volume of the “Law Review” involved work on developing the standards of the international publishing market, through using the university platform Pressto and scientific repositories. Currently the editorial board of the journal is focused on taking measures to meet the requirements of scientific journals, and is thus applying to undergo evaluation within the SCOPUS system. Working towards this objective has entailed that the Journal has achieved a high level of internationalisation. 42% of the authors whose articles appear in the Journal are of foreign affiliation, and 72% of the articles are written in congress languages – edited by professionals with relevant linguistic expertise. In 2016, measures taken by the editorial board in the process of internationalisation resulted in the high grade of 78.62 points awarded by the Index Copernicus experts.

Work on the achievement of these objectives is indebted to the collaboration of Adam Mickiewicz University’s academic community. This collaboration greatly facilitated the technical implementation of strategies which have been essential for the development of the journal since its first edition – it enabled the regulatory requirements for scientific journals defined by the state institutions to be fulfilled, with the result that in 2015 the Journal was included in the ranked scholarly journals, and it provided a basis and procedure for the critical evaluation of submitted papers.

PAWEŁ KWIATKOWSKI

Perspektywy rozwoju Przeglądu Prawniczego Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza

Tegoroczne wydanie „Przeglądu Prawniczego Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza” prezentuje artykuły podejmujące aktualną problematykę badawczą z zakresu nauk prawnych. Autorami prac opublikowanych w szóstym numerze czasopisma są profesorowie oraz młodzi naukowcy afiliowani przy najlepszych polskich uczelniach oraz Uniwersytecie w Genewie, Moskiewskim Państwowym Instytucie Stosunków Międzynarodowych, Federalnym Uniwersytecie Rio de Janeiro oraz Uniwersytecie Tarasa Szewczenki w Kijowie. W tym roku zaproszenie do grona autorów czasopisma przyjęli również profesorowie poznańskiego Wydziału Prawa i Administracji – Jacek Napierała, Daniel Eryk Lach, Bartosz Kołaczkowski oraz Wojciech Piątek.

Redagowaniu nowego wydania „Przeglądu Prawniczego” towarzyszyła praca nad podniesieniem standardów dotyczących funkcjonowania czasopisma na międzynarodowym rynku wydawniczym, dzięki wykorzystaniu uniwersyteckiej platformy Pressto oraz repozytoriów naukowych. Obecnie redakcja koncentruje się na spełnieniu wymogów stawianych czasopismom naukowym, ubiegającym się o poddanie ocenie w ramach systemu SCOPUS. Pracy nad realizacją tego celu towarzyszy osiągnięcie wysokiego poziomu umiędzynarodowienia. Współczynnik autorów artykułów o zagranicznej afiliacji wynosi 42%, a prac w językach kongresowych – redagowanych przez specjalistów posługujących się danym językiem jako ojczystym – 72%. Podjęte w tym zakresie działania zaowocowały wysoką oceną punktową na poziomie 78,62 przyznaną w 2016 r. przez zespół ekspercki Index Copernicus.

Osiągnięcie tych celów zawdzięczamy współpracy poznańskiego środowiska akademickiego. Współpraca ta, umożliwiając techniczne wdrożenie przyjętych strategii, odgrywa znaczącą rolę w rozwoju czasopisma. Z jednej strony pozwala na racjonalne przygotowanie się do spełnienia wymogów stawianych wydawnictwom naukowym przez państwowe instytucje regulujące ich status – co zaowocowało wpisaniem w 2015 r. na listę czasopism punktowanych, z drugiej natomiast zapewnia trwałymi podstawy mechanizmu selekcji opartego na krytycznej weryfikacji publikowanych prac.

MACIEJ KOSZOWSKI

Legal analogy as an alternative to the deductive mode of legal reasoning¹

Introduction

Deduction from legal rules is undoubtedly one of the most familiar methods of legal reasoning. It is – especially in civil law countries – commonplace that statutory rules are to be applied deductively, by use of legal syllogism. Legal deduction is supposed to lead to objectively correct outcomes, as long as its premises are valid/true. At first sight, the deductive line of inference in law seems to be extremely easy in application. One may be under the impression that everyone, not only judges and lawyers, can – without any special training and preparation – reason in this manner.

In this paper, I will try first to reveal some weak points of this attitude to legal deduction and, secondly, to put forward an alternative to the deductive mode of legal reasoning, namely legal analogy.

The mechanism of deduction

In logic, deduction – in contrast to analogy and non-complete induction (i.e. one which is not based upon a full set of data) – is a method that guarantees the truthfulness of the conclusion, provided the premises are also true. The very scheme of inference leads to the infallibility of the outcomes that are hereby reached. This scheme can be presented as follows: all A is B (the major premise), C is A (the minor premise) and C is B (the conclusion); i.e. like in Aristotle's example: All men are mortal, Socrates is a man, therefore Socrates is mortal too.

In the legal domain, deduction takes a slightly different form. The major premise is constituted by a legal norm (or rule). The case at hand (also called pending, instant, *sub*

¹ This article is connected to the research project the author carried out in the United Kingdom as a guest researcher at Aberystwyth University as part of the Polish governmental programme: "Mobilność Plus."

judice or under argument) forms the minor premise. The conclusion, in turn, becomes the legal consequences for this case. Accordingly, if a norm that forms major premises is valid (binding, in effect), and the case at hand is true (its facts are proven or posited as such), the legal outcome the deductive leads to is correct as well. In this sense, the deductive mode of legal reasoning can be deemed to be of an infallible or unchallengeable nature, and the whole construction, as such, is called a legal syllogism, as opposed to an 'ordinary' ('logical') syllogism.²

However, the above thesis as to the infallible nature of legal deduction is, while undoubtedly enchanting, nothing more than a utopian idea – a quintessential example of legalistic illusion. Indeed, deduction can be infallible, but only in virtual and closed systems, like those of numbers, signs or symbols, or other entities that are defined in advance and possess fixed and unequivocal meaning (e.g. in the world of mathematics, formal logic, IT sciences). It is, however, utterly impotent when it leaves the theoretical realm and has to deal with reality, with all its diversity, flux and immeasurability. Hence deduction is in a miserable position when it comes to linking the normative sphere (the realm of oughtness) to the ontological sphere (the realm of being). The transition from one of these spheres to the other is by no means automatic, being in essence a very complex and intricate process.

2 With regard to deduction in legal applications cf. A. Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht 2009, pp. 14–15; S.J. Burton, *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, 3rd edition, Austin 2007, pp. 43–58; D.N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford 2005, pp. 32–48, pp. 49–77; idem, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, pp. 19–72; R.J. Aldisert, *Logic for Lawyers: A Guide to Clear Legal Thinking*, 3rd edition, Notre Dame 1997, pp. 53–88; M.P. Golding, *Legal Reasoning*, Peterborough 2001, pp. 39–42; B. Brożek, *Rationality and Discourse: Towards a Normative Model of Applying Law*, Warszawa 2007, pp. 39–59; J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht 1992, pp. 30–35, 229–232; S. Brewer, *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, "Harvard Law Review" 1995–1996, no. 109, pp. 930–931 and footnote 13; R. Cross, *Precedent in English Law*, Oxford 1968, pp. 176–181; R. Cross, J.W. Harris, *Precedent in English Law*, 4th edition, Oxford 1991, pp. 187–192; S. Hanson, *Legal Method & Reasoning*, 2nd ed., London 2003, pp. 215–217; K. Opałek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawu*, Warszawa 1969, pp. 308–315. On the notion of a legal norm (rule) cf. A. Ross, *Directives and Norms*, London 1968, pp. 78–138; F. Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford 1991, pp. 1–37; G.C. Christie, *Law, Norms & Authority*, London 1982, pp. 2–27. On deduction (syllogism) in general cf. J.S. Mill, *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive: Being a Connected View of the Principles of Evidence and the Methods of Scientific Investigation*, 8th edition, New York 1882, pp. 126–157; Th. Fowler, *The Elements of Deductive Logic*, 10th edition, Oxford 1895, pp. 85–109. For human rule-based reasoning in psychology cf. S.A. Sloman, *Two Systems of Reasoning*, [in] *Heuristics and Biases. The Psychology of Intuitive Judgment*, eds. Th. Gilovich, D.W. Griffin, D. Kahneman, Cambridge 2002, pp. 381–383; L.J. Rips, *The Psychology of Proof: Deductive Reasoning in Human Thinking*, Cambridge 1994.

Legal deduction misconception

Apart from the requirement that the rule that serves as a major premise has to be infallible in the sense that whenever the antecedent occurs the legal consequence prescribed by this rule cannot be non-entailed, the precondition of the success of legal deduction is that the symbols, objects, persons which are mentioned in the major premise have to be exactly the same as the symbols, objects and persons present in the minor premises. In the example with Socrates, we have, therefore, to be certain that Socrates is one of the men which the major premise refers to. If there is even a grain of doubt in this respect, the whole infallibility of the deduction is rendered invalid. In mathematics and formal logic, objects are determined and precise. We know that 2, 3, 4, 5... are numbers, we know that 2 plus 2 is 4, and that it could not be otherwise. Similarly in board games, like chess, we have no doubt which piece is which or how it can move.

In legal deduction, however, we encounter a serious problem at the very outset. Firstly, both the major and minor premises are not given beforehand. And they need to be constructed in a way which is far from objective or even intersubjective. In order to obtain the major premise, a legal norm or rule, one has to derive it from a judicial precedent or canonical text (i.e. a text of statutes, regulations, constitutions, ordinances etc). The process of such derivation is, however, not standardized and free of subjective choices; different norms (rules), of an uneven degree of generality and complexity, can be constructed upon the same provision of a given legal act.

Even more serious difficulties occur when we turn to the minor premise of legal deduction. This premise is not given in any form; it have to be constructed almost completely from scratch.

What we are dealing with are actually the raw facts of the case at hand. To obtain the minor premise, we must process thus these facts and put them into a linguistic description so as to form a specific expression which may be subsequently used as a minor premise for the sake of legal deduction. Yet since we may describe any factual situation in an infinite number of ways, we do not describe those facts neutrally, but rather in the terms of the major premise (a norm/rule constituting this premise), or, looking from a slightly different angle, we ascertain here whether the situation generally stated in the major premise (the norm/rule it is consisted of) also occurs in the case at hand.

It is noteworthy that the effect of such ascertainment/description leads directly to the application or non-application of a rule (norm) that forms the major premise to the case at hand, entailing as a corollary that we ascribe to this case the legal consequence which this rule (norm) prescribes. Hence, one may say that, after having made the aforementioned description/ascertainment, there is no reasoning at all in legal deduction. The subsumption of the rule forming the major premise to the described factual situation that constitutes the minor premise is a mere illustration which has no bearing on the

outcome of legal deduction. Everything which was crucial and decisive for this outcome had already been done, i.e. while the minor premises had been being constructed, the phenomenon present in the case at hand had been being classified as one encompassed by the rule specified in the major premises.³

Before, however, making such a classification, the major premise of a legal deduction is, as Burton metaphorically put it, ‘dangling in the air.’⁴ There is a gap between the facts of the case and the rule (norm) that, as Weinreb says, has to be bridged.⁵ In turn, after a classification has been made, no further mental operation is needed. So Cross may confidently elucidate that “the crucial decision is made before the reasoning can be cast into syllogistic form. Not only is the syllogism constructed after the facts have been found, but it is also constructed after any legal problems concerning the scope of the rule have been solved.”⁶

The internal normative element

The above charge is, however, only a part of the bigger picture. Legal deduction is in fact far more complicated than logicians may suppose. The building of the major premise, as well as that of the minor premise (the classification involved in the latter), does not happen in vain. The reasoner constructs both premises with a special aim that is well known for this reasoner in advance. This special aim, the known purpose, is not to ascertain what could be linguistically or logically extracted from the canonical text. Nor is it to state how the persons, objects or items present in the case at hand can be best described from the point of language – be it ordinary or sophisticated (especially technical) or official. That purpose/aim is to determine what is to be prescribed, ordered, allowed or prohibited by the law in the case at hand: what are to be the duties and obligations of the litigants, which of them is to win and which is to lose the case. This awareness accompanies the reasoner throughout the process from which both premises emerge.⁷

I venture to say that this – let us call it ‘normative’ – element is intrinsic to legal deduction and cannot be separated and put aside, despite all the efforts made to that end. Dur-

3 Cf. S.J. Burton, *op. cit.*, p. 43; yet cf. S. Brewer, *op. cit.*, pp. 980–983, 994–998, 1000–1003.

4 S.J. Burton, *op. cit.*, p. 57.

5 L.L. Weinreb, *Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument*, Cambridge 2005, p. 90.

6 R. Cross, *op. cit.*, p. 178 (R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, p. 189); R. Cross, *op. cit.*, pp. 178–179 (R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, pp. 189–190).

7 The goal-oriented nature of legal deduction (classification involved therein) seems to be also discerned by M.P. Golding. He asserts that the question of classification which judges deal with is not of the form: “Is *X* a *Y*?” but rather of the form: “Is *X* a *Y* for certain legal purposes?” or – which he prefers even more – of the form: “Should *X* be treated as a *Y* for certain legal purposes?”. Cf. M.P. Golding, *op. cit.*, p. 106.

ing the whole process of the building of major and minor premises, one is fully aware what it is all about and what the consequences of one's choices involved therein will be. In effect, consciously or subconsciously, this indissoluble awareness influences – at least to some extent – the emergence of each of the premises.

Furthermore, legal culture, especially in civil law countries, becomes an unexpectedly here, offering a wide array of means by which one may interpret the canonical text while deriving a rule (norm) before it will form a major premise. The choice of the deductive reasoner is rich: ranging from different literal, teleological and systemic principles of interpretation without any definite order of priority between them; not to mention such legal concepts as that of the 'rational legislator' or different interpretative presumptions (e.g. of ordinary language or conformity with EU law). To have a major premise in a desirable shape, it thus suffices to pick – from among the available options – the one which best conforms to one's 'normative' preference.

In turn, while creating the minor premise (making classification), in addition to the features of language such as vagueness, ambiguity,⁸ indeterminacy⁹ and context dependence that provide considerable leeway for personal evaluation, one may also take advantage of the latitude that stems from the rules of evidence, including the assessment of

8 On ambiguity and vagueness of terms present in language cf. for instance, F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge 2009, pp. 18–23; F. Schauer, *Playing...*, *op. cit.*, pp. 31–37, S.J. Burton, *op. cit.*, p. 52; S. Brewer, *op. cit.*, pp. 993–994; B. Brożek, *op. cit.*, pp. 25–28.

9 The indeterminacy of terms present in language is their intrinsic feature, to remedy which dictionary definitions are of no aid. These definitions are by their very nature imperfect. Not only do they often amount to proffering chains of words which at some point overlap, but such chains can also severely distort the real meaning. To check this, one may look up the meaning of some ordinary word with which meaning one is well acquainted; next turn to the definitions of the words that are used to define this word, and then proceed to the entries that elucidate the words used in the latter definitions. It is quite probable that what will have thus been received will be the same words that are present in the definition of the first word or something which – transposing into this definition – is in variance with the 'intuitive' meaning of that first word. The dictionary definitions, terms and phrases included therein, give only an approximate meaning of the words being defined, and when you go deeper and deeper, the original meaning is so deformed that the defective nature of the lexical definitions is clearly visible. Defining one word by resorting to another which is – at this or some further step – defined by the first word in a row is also unreliable. We know the meaning of particular words mainly from the use of these words in a number of contexts, not from their dictionary definitions. This problem of the indeterminacy innate in language also applies to legal definitions, i.e. definitions which are included in statutes in order to explain the words and phrases used therein. Cf. S.J. Burton, *op. cit.*, pp. 54–55. As to the observation that it is impossible to find two words in a language that have an 'exactly' identical meaning (are real synonyms) and the problems one encounters while building lexical definitions cf. Tomasz Gizbert-Studnicki, *Wieloznaczność leksykalna w interpretacji prawniczej*, Kraków 1978, pp. 31–32 and 34–37 respectively.

the credibility of witness testimony or the presence of more than one probable course of events.¹⁰

As already stated, this normative element of legal deduction presents itself as indispensable and inescapable. If one tries to separate and abandon it, for instance, in favour of the purely linguistic meaning of a canonical text, the legal outcomes would become haphazard and often patently absurd, or unjust to an extent that no-one of sound mind could accept them.

To sum up, the passage from the specific to the general, from the 'is' to the 'ought,' is not only not automatic, but it is to a large extent dependent on the particular person who makes it. The ways this person can follow are individual choices, rather than choices determined purely by logic/mathematics. The deductive scheme of inference serves here, in turn, only as a schematic illustration of what has previously been done. It neither shows the real sequence of reasoning, nor justifies the outcome reached.

One more reason for the logical fallacy of legal deduction

Legal deduction also encounters one additional obstacle from the requirements of logic. As Cross and Harris noted, in syllogism the test of the validity of the conclusion consists in the principle that the denial of the conclusion entails the denial of one or other of the premises.¹¹ If we treat this requirement strictly, such a test would mean that in legal syllogism the denial of the conclusion must entail the denial of the truthfulness of the facts of the case at hand, or the denial of the validity of the legal rule (norm) that constitutes the major premise. If, therefore, there were a rule at the entrance to a bus banning dogs, and if a bus driver nonetheless permitted a guide dog to enter, the whole rule would thus be automatically made invalid (legally void). Such an attitude does not, however, fit the common understanding of how legal rules operate, i.e. lawyers as well as the addressees of law know that despite allowing a guide dog to go on a bus, the rule banning entry to dogs can still be in force in relation to the vast array of dogs that are not guide dogs.

Corollaries: the alternative seen in legal analogy

If legal deduction is either a fallacy from the logical point of view, or a mere illustration of another kind of mental operation that occurred previously, what is, therefore, the real

¹⁰ Incidentally, in legal deduction, the derivation of a rule (norm) that forms the major premise and the determining of the facts that constitute the minor premise seem to be done simultaneously. On the lack of difference from the standpoint of pure logic between the interpretation of the wording of a legal rule (ascertaining of this rule meaning) and the classification of a given phenomenon under such a rule cf. D.N. MacCormick, *Legal...*, *op. cit.*, pp. 93–97.

¹¹ R. Cross, *op. cit.*, pp. 177–178; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, pp. 188–189.

mode of legal reasoning by which the law is applied in concrete cases? Having to answer such a question, it may be wise to rest on the assertion that this mode depends on the internal human ability to take into account a number of divergent factors that are regarded by the reasoner as relevant in law, viz.: the intention of the legislator, historical events that preceded the given legislation and the mischief which this legislation springs from, the past judicial decisions rendered in similar cases, values and goals that are generally protected and pursued in a given legal system, common sense and the sense of justice, socially accepted attitudes, and the socially desired outcome for the case at hand, etc.¹² If one perceives legal deduction as an all-embracing collective name for considering such diverse factors, not as something grounded in logic, that stance may be considered reasonable.¹³ However, one other legal method presents itself as more adequate and promising here, namely: legal analogy. All the more so if we comprehend such analogy as being complex, multidimensional, dependent on a broad socio-political context, and hard-wired into the human mode of non-standardized thinking.

Thus understood, analogy works through the judgement of the similarity between the cases being compared, where judgment is a result of the resemblance between the all or selected facts of these cases, influenced by the factors mentioned in the paragraph above. The first outcomes reached by such an analogy – which are delivered almost automatically by intuition or hunch – can then be tested by reference to these factors, among which special prominence should be given to the rationale of the ‘legal cases’ that have been used as the points for comparison with the case at hand. These ‘legal cases’ may be here of a different origin: precedential ones, typical instances that a particular statutory provision applies to, cases – hypothetical or real – the legal consequences of which are known and difficult to challenge for a member of a given legal culture. In this way, legal analogy may lead to the application in concrete cases of already existing judicial prec-

12 Also the attributes of the reasoner themselves cannot be ignored here. They influence the result of the application of law to a similar – if not even a greater – extent. In consequence, the beliefs, preferences of values and desired goals together with all of the data and information stored in the long-term and short-term memory of a judge would have some impact on the legal outcome he/she arrives at in a pending case.

13 The necessity of taking into account different factors of the aforementioned kind is probably also a reason why legal rules are said to be never completely indicative in relation to the situation in which they apply. On such assertions cf. G.C. Christie, *op. cit.*, pp. 7–8. From the psychological point of view, taking into account such a mixture of incommensurable factors is possible within the so-called intuitive (experiential, associative) reasoning that is here opposed to the rational, deliberative, rule-based kind. On this psychological division cf. S. Epstein, *Integration of the Cognitive and the Psychodynamic Unconscious*, “American Psychologist” 1994, vol. 49, pp. 709–724; M. Gladwell, *Blink. The Power of Thinking without Thinking*, London 2006; *Handbook of Intuition Research*, ed. M. Sinclair, Cheltenham 2011; *Heuristics and Biases...*, *op. cit.*; *Intuition in Judgment and Decision Making*, ed. H. Plessner, C. Betsch, T. Betsch, New York 2008.

edents, and of statutory, precedential, constitutional or even customary rules, as well as the law in general.

An analogical mode of applying the law thus comprehended may also be a remedy for curtailing judicial discretion and making legal decisions seem less arbitrary. At least, as it appears, the giving of priority to the above-mentioned factors is more trustworthy and ordered when it is done in relation to the concrete facts of the cases being compared than it would be if it were made *in abstracto*. If a rationale can explain a specific legal consequence ascribed to one case, why should it not be used in order to ascribe the same or a similar legal consequence to another case if such ascribing is identically or similarly justified in light of this rationale?

The application of general rules via analogy in the place of legal deduction has also attracted the attention of a number of scholars, gaining their acceptance and often open admiration. Thus Weinreb states: “[w]ithout the intervention of analogical arguments, legal rules and the rule of law itself would be only theoretical constructs.”¹⁴ Arthur Kaufmann is recognized as the proponent of the idea that “by its nature every application of law, every Rechtsfindung, consists not in a conclusion of formal-logical type identifiable as simple subsumption, but in a process of analogical type,”¹⁵ which concept was later on endorsed by Jacques Lenoble.¹⁶ According to Herbert Lionel Adolphus Hart, in turn, if a case does not belong to plain cases (i.e. those “constantly recurring in similar contexts to which general expressions are clearly applicable” / “where there is general agreement in judgments as to the applicability of the classifying terms”), all that one called upon to answer can do is to consider “whether the present case resembles the plain case ‘sufficiently’ in ‘relevant’ respects.”¹⁷ In a similar vein, Bańkowski and MacCormick assert that: “Where the problem is whether or not to qualify a problematic phenomenon as instantiating some statutory term or another, analogy to less problematic instances covered by prior decisions is relevant.”¹⁸ And Burton explains that: “...analogical reasoning may be used to help interpret and apply an enacted rule. The analysis begins with the enacted text. It may help to find base points in the context that can be used to reason analogically in a problem case.”¹⁹

14 L.L. Weinreb, *op. cit.*, p. 13.

15 Cf. G. Zaccaria, *Analogy as Legal Reasoning – The Hermeneutic Foundation of the Analogical Procedure*, [in] *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, ed. P. Nerhot, Dordrecht 1991, pp. 42, 45–49.

16 J. Lenoble, *The Function of Analogy in Law: Return to Kant and Wittgenstein*, [in] *Legal Knowledge...*, *op. cit.*, p. 118.

17 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford 1994, pp. 126–127.

18 Z. Bańkowski, D.N. MacCormick, *Statutory Interpretation in the United Kingdom*, [in] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, eds. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, p. 369.

19 S.J. Burton, *op. cit.*, p. 77.

Levi also points out that:

It is only folklore which holds that a statute if clearly written can be completely unambiguous and applied as intended to a specific case. Fortunately or otherwise, ambiguity is inevitable in both statute and constitution as well as with case law. Hence reasoning by example operates with all three.²⁰

Murray and DeSanctis advise that:

Often the legal rules used in the rule-based reasoning syllogism require explanation and illumination to demonstrate for the reader why your prediction of the outcome is legally sound and likely to occur. Analogical reasoning is used within the rule-based reasoning syllogism to further the overall discussion by showing how the rule itself or elements of the rule are supposed to work by discussing and analogizing to or from certain actual circumstances (cases) where the rule was applied to produce a certain outcome.²¹

And Eileen Braman contends that:

In statutory construction, for instance, when the “plain language” of a disputed provision is ambiguous, judges often look to previous application of the law, seeking to draw connections and/or distinctions between past and pending scenarios. Using analogy in this way helps judges make reasoned decisions about whether or not a particular rule should apply to circumstances giving rise to litigation.²²

20 E.H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago 1949, p. 6.

21 M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *Legal Research and Writing*, New York 2005, p. 10.

22 E. Braman, *Law Politics & Perception. How Policy References Influence Legal Reasoning*, Charlottesville 2009, p. 84; C.R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York 1996, pp. 79–90; C.R. Sunstein, *Commentary on Analogical Reasoning*, “Harvard Law Review” 1992–1993, no. 106, footnote 147, S. Brewer, *op. cit.*, pp. 990–1003; L.L. Weinreb, *op. cit.*, pp. 88–94, E.H. Levi, *op. cit.*, pp. 6–8, 28–32; D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, *op. cit.*, pp. 212–213; J. Nowacki, *Analogia legis*, Warszawa 1966, pp. 49–51, 62–67; H.L.A. Hart, *op. cit.*, p. 127; M.P. Golding, *op. cit.*, pp. 104–107; S.J. Burton, *op. cit.*, pp. 65–74. Moreover, Brewer discerns an analogical form of reasoning even in effecting the so-called: ‘reflective equilibrium’ between general norms and the particular applications of these norms (cf. S. Brewer, *op. cit.*, pp. 927–928, 938–939). Also Sunstein, who has tried to grasp the commonalities between reflective equilibrium and analogy, despite describing analogy as less ambitious, for it does not require anything like horizontal and vertical consistency, eventually concludes that: “analogical reasoning might therefore be understood as a sharply truncated form of the search for reflective equilibrium...” (cf. C.R. Sunstein, *op. cit.*, pp. 752–754, 777–778, 781–783). Such an approach is all the more noteworthy since “reflective equilibrium” is commonly not considered as something

Furthermore, legal analogy is also supposed to be able do that which legal deduction cannot, that is, to enable us to pass from the world of ‘is’ to the world of ‘ought.’ Thus Broekman turns our attention first to the fact that the presumption fundamental for legal thought is that which assumes the basic analogy between ‘non-legal reality’ and ‘legal reality,’ and next argues that analogical reasoning is the preferred way by which one may connect these two spheres.²³ The passage of this kind is – whether it is within legal deduction or analogy – all the more necessary since the factors I referred to in the opening paragraph of this section are frequently of a very general character. The reasoner in law, in the main, deals with general intention, general history, general plain meaning, general moral principles, and so on. And these generalities ought to be somehow processed in order to yield a result (legal consequence) for the case at hand.²⁴

Obviously the outcomes of legal analogy – as outcomes of legal deduction – are not logical, objective or true. Legal analogy does not, however, purport to be able to do that which legal deduction allegedly can do. It is by definition far less ambitious and modest. Instead, it seems to be better suited to making the law and its application more bearable and less haphazard than it would be without using it. At the same time, legal analogy provides the law and its application with the flexibility and reasonableness that they need anyway.²⁵ In addition, legal analogy appears to correlate with the reality far better than legal deduction does, due to the credo which runs: *similar cases should be treated alike*. The leading thought of legal deduction seems to be, in turn, that: “identical cases ought to be treated identically.”²⁶ As we know, in real life identical cases rarely – if ever – occur.²⁷

Incidentally, it is even believed that the names present in language (common terms, attributive and abstract terms, singular and collective terms) owe their existence to comparison, being made in order to capture some resemblance or difference between objects

that involves an analogical pattern of inference (cf. for instance: L. Alexander, E. Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge 2008, pp. 32–39, 64–88).

23 J.M. Broekman, *Analogy in the Law*, [in] *Legal Knowledge...*, *op. cit.*, pp. 217–218, 220, 243. Weinreb envisages connecting these two spheres in a fairly interesting way. Namely, the application of law – according to him – appears to consist of the adjustment of the facts of an instant case and a general legal rule in order to close each together with the aim of obtaining the rule that “squarely” or “uniquely” applies to the facts of this case. Even, however, after the construction of such a well-fitted rule, there is still a gap between this rule and the facts of the pending case that no further statement of the rule-like manner or the specification of the facts can close completely. Cf. L.L. Weinreb, *op. cit.*, pp. 82–83, 86–94.

24 S. Burton, *op. cit.*, pp. 55–57.

25 M.P. Golding, *op. cit.*, pp. 48, 107–111.

26 For this aphorism as a counterpart of the maxim: *like cases ought to be treated alike* in the context of the deductive pattern of legal reasoning cf. B.S. Jackson, *Analogy in Legal Science: Some Comparative Observations*, [in] *Legal Knowledge...*, *op. cit.*, pp. 149–150.

27 The other issue is, however, that the very pattern these cases involve is often repeated; as for the problem of universalizability in law cf. for instance: D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, *op. cit.*, pp. 146–152.

or groups of objects.²⁸ Yet another thing are the attempts made in order to demonstrate that both of the types of reasoning mentioned in this paper, deduction and analogy, are dependent on the same kind of comparative reasoning.²⁹

Conclusions

To sum up, legal deduction turns out to be a fallacious mode of legal reasoning, insofar as it is supposed to be thoroughly logical and mechanical. Deduction is a method of great significance and service in mathematics, IT and other virtual worlds. However, it is unsuitable for the legal domain because of the links of the latter with real life and this life's flux and variety. As a method of applying the law, it may only serve as a boilerplate one may use to disguise the real kind of reasoning which is dependent upon many divergent factors. A more accurate way of capturing how lawyers think seems to be legal analogy. It consists in comparing instances for which we know the legal outcomes with instances whose legal consequences we are trying to ascertain. An analogical form of reasoning – due to the judgement of similarity which may be based on different variables – seems to be more suitable for an incommensurable and complex legal environment. Recently, its use as a universal legal method has also received considerable attention on the part of legal theorists and philosophers, especially those looking on from the vantage point of the common law legal system.

Literature

- Aldisert R.J., *Logic for Lawyers: A Guide to Clear Legal Thinking*, 3rd edition, Notre Dame 1997.
- Alexander L., Sherwin E., *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge 2008.
- Bańkowski Z., MacCormick D.N., *Statutory Interpretation in the United Kingdom*, [in] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, eds. D.N. MacCormick and R.S. Summers, Aldershot 1991.
- Biegański W., *Wnioskowanie z analogii*, Lwów 1909.
- Braman E., *Law Politics & Perception. How Policy References Influence Legal Reasoning*, Charlottesville 2009.
- Brewer S., *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, "Harvard Law Review" 1995-1996, no. 109.
- Broekman J.M., *Analogy in the Law*, [in] *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, ed. P. Nerhot, Dordrecht 1991.

²⁸ Th. Fowler, *op. cit.*, pp. 13, 16–17.

²⁹ As for Spencer's conception of how to base deduction, analogy and induction upon the comparison of two proportions cf. W. Biegański, *Wnioskowanie z analogii*, Lwów 1909, pp. 38–41.

- Brożek B., *Rationality and Discourse: Towards a Normative Model of Applying Law*, Warszawa 2007.
- Burton S.J., *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, 3rd edition, Austin 2007.
- Christie G.C., *Law, Norms & Authority*, London 1982.
- Cross R., Harris J.W., *Precedent in English Law*, 4th edition, Oxford 1991.
- Cross R., *Precedent in English Law*, 2nd edition, Oxford 1968.
- Epstein S., *Integration of the Cognitive and the Psychodynamic Unconscious*, "American Psychologist" 1994, vol. 49.
- Fowler T., *The Elements of Deductive Logic*, 10th edition, Oxford 1895.
- Gizbert-Studnicki T., *Wieloznaczność leksykalna w interpretacji prawniczej*, Kraków 1978.
- Gladwell M., *Blink. The Power of Thinking without Thinking*, London 2006.
- Golding M.P., *Legal Reasoning*, Peterborough 2001.
- Handbook of Intuition Research*, eds. M. Sinclair and E. Elgar, Cheltenham 2011.
- Hanson S., *Legal Method & Reasoning*, 2nd edition, London 2003.
- Hart H.L.A., *The Concept of Law*, 2nd edition, Oxford 1994.
- Heuristics and Biases. The Psychology of Intuitive Judgment*, eds. T. Gilovich, D.W. Griffin and D. Kahneman, Cambridge 2002.
- Intuition in Judgment and Decision Making*, eds. H. Plessner, C. Betsch and T. Betsch, New York 2008.
- Jackson B.S., *Analogy in Legal Science: Some Comparative Observations*, [in] *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, ed. P. Nerhot, Dordrecht 1991.
- Lenoble J., *The Function of Analogy in Law: Return to Kant and Wittgenstein*, [in] *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, ed. P. Nerhot, Dordrecht 1991.
- Levi E.H., *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago 1949.
- MacCormick D.N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978.
- MacCormick D.N., *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford 2005.
- Mill J.S., *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive: Being a Connected View of the Principles of Evidence and the Methods of Scientific Investigation*, 8th edition, New York 1882.
- Murray M.D., DeSanctis C.H., *Legal Research and Writing*, New York 2005.
- Nowacki J., *Analógia legis*, Warszawa 1966.
- Opalek K., Wróblewski J., *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969.
- Peczenik A., *On Law and Reason*, Dordrecht 2009.
- Rips L.J., *The Psychology of Proof: Deductive Reasoning in Human Thinking*, Cambridge, Mass. 1994.
- Ross A., *Directives and Norms*, London 1968.

- Schauer F., *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford 1991.
- Schauer F., *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge, Mass. 2009.
- Sloman S.A., *Two Systems of Reasoning*, [in] *Heuristics and Biases. The Psychology of Intuitive Judgment*, eds. T. Gilovich, D.W. Griffin and D. Kahneman, Cambridge 2002.
- Sunstein C.R., *Commentary on Analogical Reasoning*, "Harvard Law Review" 1992-1993, no. 106.
- Sunstein C.R., *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York 1996.
- Weinreb L.L., *Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument*, Cambridge 2005.
- Wróblewski J., *The Judicial Application of Law*, Dordrecht 1992.
- Zaccaria G., *Analogy as Legal Reasoning – The Hermeneutic Foundation of the Analogical Procedure*, [in] *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, ed. P. Nerhot, Dordrecht 1991.

SUMMARY

Legal analogy as an alternative to the deductive model of legal reasoning

This article demonstrates the inadequacy of legal deduction as a method that guarantees the certainty and predictability of law and its outcomes in concrete instances. *Inter alia*, the Author brings our attention to the far smaller role that the deductive pattern of inference plays in legal thought than one may suppose, since it is rather only a schematic illustration of the decisions that were previously made by recourse to the mental operations of a non-logical nature. In return, he proffers legal analogy as an alternative, by which he understands a mode of thinking which helps the reasoner to take into account a mass of different factors that are traditionally deemed to be relevant for legal thought and decision-making.

Keywords: law, formalism, positivism, analogy, deduction, applying, fallacy, erroneous, scheme, thinking, reason by, inference

MACIEJ KOSZOWSKI, Jan Długosz University in Częstochowa, Faculty of Philology and History, Republic of Poland, e-mail: negotium@op.pl.

ALEXANDER N. VYLEGZHANIN, URSZULA MOSKWA

Transboundary pipelines and the Arctic: legal issues

According to estimations from the US, about 13% of the world's undiscovered resources of oil (90 billion barrels), and 30% of the undiscovered resources of natural gas (1,669 trillion cubic feet of natural gas, and 44 billion barrels of natural gas liquids), are situated in a region lying to the north of the Arctic Circle. Over 87% of the Arctic's oil and natural gas resources (approximately the equivalent of 360 billion barrels of oil) are located in seven Arctic basin provinces: the Amerasia Basin, Arctic Alaska Basin, East Barents Basin, East Greenland Basin, West Greenland East Canada Basin, East Greenland Rift Basin, West Siberian Basin and Yenisey-Khatang Basin.¹ Some of the Arctic States have only recently attempted to formulate an arctic policy on these resources, due to the environmental risks, technical difficulties and financial costs entailed in developing the Arctic oil and natural gas deposits.

Despite the development of international energy transportation by sea vessels, including the maritime transport of liquefied natural gas, transboundary or cross-border pipelines are considered the most reliable way to transport large volumes of gas internationally, although large investments and adequate international agreements are much needed.² Therefore, the role of cross-border pipelines in contemporary international relations is increasing³ and they are considered in this paper as the "future" for oil and gas transportation from the Arctic.

1 US Geological Survey, *Circum-Arctic Resource Appraisal: Estimates of Undiscovered Oil and Gas North of the Arctic Circle*, fact sheet, 2008, <http://pubs.usgs.gov/fs/2008/3049/fs2008-3049.pdf> [access: 30.06.2016]; United States Energy Information Administration, *Arctic Oil and Natural Gas Resources*, December 2012, www.eia.doe.gov [access: 30.06.2016].

2 *Pipelines in the United States and Europe and their Legal and Regulatory Aspects*, OECD Study, Paris 1969, p. 3.

3 L. Simonet, *Pipelines in Geopolitics and in International Relations*, "Oil, Gas and Energy Law Intelligence (OGEL)" 2006, no. 4, <http://www.gasandoil.com/ogel> [access: 30.06.2016].

General legal description of cross-border pipelines

Exploring the international legal regime of pipelines, J. Soubeyrand, professor of Bordeaux University, draws attention to the fact that if the pipeline is laid exclusively within the territory of one state, it is simply an object of national legal regulation.⁴ Whereas pipelines laid in the territory of two or more states, as well as on the seabed, are the object of international law.⁵

It has to be emphasized that, from a legal point of view, the term “pipeline” should not be understood as only the pipe laid on the ground used for oil and gas transportation.⁶ As defined, for example, in the Irish Gas Act of 1976, the term “pipeline” also “includes any apparatus, equipment or other thing which is ancillary to such a pipeline.”⁷ Cross-border pipelines have their beginnings on the territory of one state, pass through this territory (land or sea – the bed of the internal waters and of territorial sea) and/or through the continental shelf of another state, as well as, in some cases, through the bed of the high seas. Management of transboundary pipelines – at the stage of their construction and their operational stage – is based on the applicable rules of both international and national law.

Taking into account the actual parameters (including technical ones) of pipelines which cross borders, there are two basic models for the management of such pipelines: a) the “legally unified pipeline” model – when relevant States define a single, coherent legal regime of the pipeline along its entire route; b) the “legally connected pipeline” model (also called the “interconnector pipeline” model) – when the national legislation of each of the States determines the legal regime of “its” section of the pipeline (including protection of the environment, labor relations, taxation, etc.).⁸ The names of pipelines may vary. “Inter-connecting pipeline,” under the Framework Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ire-

4 J. Soubeyrol, *La condition juridique des pipe-lines en droit international*, “Annuaire Français de Droit International” 1958, vol. 4, pp. 157–161.

5 *Международно-правовые основы недропользования* [*International legal basics of using subsoil*], ред. А.Н. Вылегжанин, Москва 2007, pp. 208–2011; А.В. Николаев, *Правовой режим подводных трубопроводов (некоторые аспекты международного и российского права)* [*The legal regime of submarine pipelines (some aspects of international and Russian law)*], “Московский журнал международного права. Специальный выпуск” Май 2006, p. 125.

6 As noted in the multi-volume commentary on the UN Convention on the Law of the Sea 1982, the term “pipelines” refers primarily to those carrying hydrocarbons (both oil and gas), but is not limited to those uses – *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary*, ed. M.H. Nordquist, vol. III, Dordrecht 1995, p. 82.

7 Irish Gas Act, 1976, <http://www.irishstatutebook.ie>; *Международно-правовые... , op. cit.*, p. 211.

8 *Ibidem*.

land and the Government of Norway relating to the laying, operation and jurisdiction of inter-connecting submarine pipelines, 1998, serves as a good example of the first model. According to this intergovernmental agreement, an “inter-connecting pipeline” is a “submarine pipeline on the continental shelf, crossing the dividing line between the parts of the continental shelf which appertains to the United Kingdom and that part which appertains to the Kingdom of Norway and linking infrastructure on one side under the jurisdiction of one of the Governments to infrastructure on the other side under the jurisdiction of the other Government” (Article 3).⁹ The pipeline’s route “shall be subject to the consent of both Governments” (Article 4). The governments of both parties ensure the appointment of a single “operator for the laying and operation of the pipeline,” what is more, any change of the operator “shall be subject to the approval of the two Governments” (Article 5).

Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of the People’s Republic of China on cooperation in natural gas supplies from Russia to China via the ‘eastern route,’ 2014, serves as an example of the other model for the management of transboundary pipelines. Under the Agreement, gas from Russia is transported to China by different parts of a gas pipeline under the sovereignty of the relevant State-Party to the Agreement. The Agreement establishes a regime of “cross-border section of the pipeline,” which “starts from the gas distribution station located within the territory of the Russian Federation, and ends with the Haihe distribution station located within the territory of the People’s Republic of China.” This cross-border section of the pipeline has a peculiar legal regime: the Agreement provides for a special regime for the underwater section (across the Amur River). “Designing and construction of the gas pipeline within the territory of the Russian Federation up till the underwater section is carried out by an authorized organization of the Russian side” and within the Chinese territory (also – up till the underwater section) – by an authorized organization of the Chinese party. “Designing and construction of a gas pipeline across the Amur River” (that is, within the “underwater section”) is carried out, however, by “co-authorized organizations” of the two Parties (Article 4). As to the authorized organizations, the agreement identifies them *in concreto*: from the Russian side – Gazprom; from the Chinese side – China National Petroleum Corporation (Article 3).

Arctic pipelines: basic relevant facts

The term “Arctic pipelines” can be defined as relating to pipelines laid to the north of the Arctic Circle (66° 33’N). Transportation of Arctic gas or oil resources will most prob-

⁹ *Ibidem*, pp. 436–445.

ably be done by using such pipelines (including the cross-border ones).¹⁰ Transboundary pipelines in the Arctic, as well as in other areas of the world, do not have a single international legal regime. The legal regime of each pipeline can be described as monotypic.

The Canadian American Gas Oil Pipeline (so-called Canol) was an oil pipeline constructed during the Second World War. It was the first of the cross-border pipelines constructed in the Arctic. Oil was transported from Norman-Wells (in the Northwest Territories of Canada) to Alaska. The construction began in 1942 and was completed in April 1944. The main pipeline was in use for less than fourteen months.¹¹

The international contract on the construction of “the first underground pipeline” in the same area, was signed by the United States and Canada in June 1953 (Contract no. 20 Haines-Fairbanks pipeline).¹² The international agreement authorized operation of the Haines-Fairbanks Pipeline for 20 years. The government of Canada arranged “for the remission of duties and Federal taxes, on construction equipment, materials and supplies imported into or purchased in Canada, when consigned to the project and used in its construction.”¹³ Canada required that certain conditions were met in constructing and operating the pipeline. The Canadian government was primarily interested in protecting its lands from environmental degradation and ensuring that Canadian labor and supplies were used in the construction, operation and maintenance of the pipeline in its country.¹⁴ The Haines-Fairbanks route traversed two countries – from port Haines (in the south-east of the Alaska state) to the terminal in Fort Wainwright in Fairbanks. The pipeline operated from 1956 to 1973, serving as a military facility. Its construction and service experience became useful during the construction of Trans-Alaska oil pipeline.¹⁵

During the 1960s, the first pipelines to the north of the Arctic Circle were laid in the USSR. The constructions of the Igrim – Serov gas pipeline and the Shaim – Tyumen oil pipeline were completed in Western Siberia in 1965. At this time, the Igrim – Serov pipeline, through which the first Tyumen gas reached the Northern Ural, was unique and very complex. The economic and technological significance of the experimental Messoyakha – Norilsk gas pipeline is also to be noted. In February 1966, the Messoyakha gas field was explored by geologists; in March 1968, the Minister of the Gas Industry

10 И.В. Бунник, *Международно-правовые особенности эксплуатации трубопроводов в Арктике* [International legal features of pipeline operation in the Arctic], “Московский журнал международного права. Специальный выпуск» Май 2006, p. 177.

11 P.S. Barry, *The Canol Project*, “Arctic” 1992, vol. 45, no. 4, pp. 401–403.

12 For more details cf. K. Hollinger, *The Haines-Fairbanks Pipeline*, ed. G.R. Lesondak, Fort Collins 2003, p. 8.

13 Note no. 227, Embassy of the United States of America, Ottawa, April 19, 1962 to Embassy of The Honorable, The Secretary of State for External Affairs, Ottawa.

14 K. Hollinger, *op. cit.*, pp. 8–9.

15 Л. Павлов, *Полезные уроки* [Useful lessons], “Трубопроводный транспорт нефти” 2011, no. 10, pp. 62–63.

of the USSR signed an order for the construction of a new pipeline (and for the creation of the Zapolyaryegaz office); and in December 1969 a new gas route was put into service.¹⁶

The main gas and oil pipelines from central and northern districts of the Tyumen region, as well as from the district of Pechora, to the industrial centers in the European part of the country, as well as to the countries of Eastern and Western Europe, were constructed in the 1970s. These were pipelines of large diameter, with a length of several thousand kilometers.

Currently, in Russia a number of pipelines have their beginning to the north of the Arctic Circle. For example, the SRTO – Torzhok gas pipeline is primarily targeted at supplying more gas to consumers in Northwestern Russia and securing gas exports via the Yamal – Europe gas pipeline.¹⁷ In 2013, the Vankor – Khalmerpayutinskoye field pipeline started transporting gas to the Unified Gas Supply System. In 2014, the construction of an oil pipeline from the Messoyakha fields (the northernmost of the known Russian onshore oil fields) started. The most northern pipeline in the Russian Federation is the Zapolyarie – NPS purple oil pipeline. It should be noted that one of the longest gas pipelines in the world (4451 km) – Urengoy – Pomyary – Uzhgorod (the so-called “Brotherhood” Pipeline), also has its beginning north of the Arctic Circle. It was constructed in 1984 and it transported natural gas from the USSR (from Russia, via the Ukrainian Soviet Republic) to Eastern and Western European countries.

The Trans-Alaska oil pipeline is the largest pipeline in the USA, crossing the Arctic Circle. The pipeline was built between 1974 and 1977, after the 1973 oil crisis. In 1973, after many years of disputes and discussions, the United States Congress approved the construction of this pipeline.¹⁸ The Trans-Alaska Pipeline Authorization Act of 1973 removed all legal barriers from the construction of the pipeline, provided financial incentives, and granted a right-of-way for its construction.¹⁹ It was suggested in the Act that “a supplemental pipeline to connect the North Slope with a trans-Canada pipeline” could be constructed. In spite of this, according to the Act, the pipeline cannot be considered as a transboundary one, since it “does not traverse a foreign country” (Sec. 202d). The alternative route across Canada was much deliberated, but the concept was eventu-

16 С.А. Стрючков, *Новая эпоха в энергетике* [*New Epoch in Energy Development*], “Заполярный Вестник” 2013, http://norilsk-zv.ru/articles/novaya_epoha_v_energetike.html [access: 30.06.2016].

17 Gazprom’s official website: <http://www.gazprom.ru/about/production/projects/pipelines/srto-torzhok/> [access: 30.06.2016].

18 The Trans-Alaska Pipeline Authorization Act of 1973, title 43, section 1651st of the United States Code, 43 U.S.C. of § 1651.

19 For more details cf. R.A. Fineberg, *Lessons from the Trans-Alaska Pipeline System*, TAPS Lessons (PERC), Pacific Environment, 2002, http://pacificenvironment.org/downloads/Oilgas_2002_%20TAPS_lessons_Fineberg.pdf [access: 30.06.2016].

ally rejected because of “the possibility of indefinite delays or even the project’s ultimate impossibility.” Sec. 301 of the Act asserts, however, that:

The President of the United States is authorized to enter into negotiations with the Government of Canada to determine: (a) the willingness of the Government of Canada to permit the construction of pipelines, (b) the need for intergovernmental understandings, agreements, or treaties, (c) the terms and conditions under which pipelines or other transportation systems could be constructed...

In general, the Act provides for the use of state-of-the-art technology, to protect and preserve the environment while still paying heed to economic practicalities during the construction, operation, and maintenance of the pipeline.

The Northstar oil pipeline (in use since 2002) is considered the first successful subsea Pipeline in the Arctic.

In 2015, the construction of the Polarled gas pipeline began and, for the first time in the history of Norway, a Norwegian pipeline is to cross the Arctic Circle. The pipeline will link the Aasta-Hansteen field in the Norwegian Sea with the west coast of Norway. This will open a new gas route from the Norwegian Sea to Europe.

Pipelines in the Arctic region can be laid on different seabed areas of the Arctic Ocean: a) being “under the sovereignty” (the seabed of “internal waters” and “territorial sea”) of a particular Arctic State; b) or under the “jurisdiction” (“continental shelf”) of such a State. By “such a State” here, we mean one of the five Arctic Coastal States, the shores of which are washed by the Arctic Seas and which have legal claims to areas of the continental shelf in the Arctic Ocean: Denmark, Norway, Russia, the USA, and Canada. Regardless of when exactly the delimitation of the continental shelf areas in the high northern latitudes between the Arctic Coastal States will be completed,²⁰ management of pipelines in these areas requires the application of the national laws of each of the Arctic Coastal States involved, and of the relevant rules of international law – first of all, specific agreements on the management of transboundary fields and pipelines.

In 2010, the Russian Federation and the Kingdom of Norway signed the Treaty concerning Maritime Delimitation and Cooperation in the Barents Sea and the Arctic Ocean. The Parties have reached a solution which is based on modern principles of international law relating to both marine living resources and oil and gas deposits – the delimitation of marine spaces and management of shared natural resources. The Agree-

²⁰ А.Н. Вылегжанин, С.А. Гуреев, Г.Г. Иванов, *Международное морское право [International Law of the Sea]*, Москва 2003, pp. 224–226; *Арктический регион: Проблемы международного сотрудничества. Хрестоматия в 3 томах [Arctic Region: Problems of International Cooperation. Chrestomathy in 3 volumes]*, т. 3, *Применимые правовые источники*, ред. И.С. Иванова, Москва 2013, p. 32.

ment defines a single maritime boundary that divides the States-Parties' continental shelves and specifies exclusive economic zones in the Barents Sea and the Arctic Ocean; according to the Agreement, the States-Parties have taken on the obligation to continue their cooperation in the sphere of fisheries. The Agreement contains special provisions on the coordinated exploitation of transboundary hydrocarbon resources, which defines its own model for the management of transboundary oil and gas reserves in the Arctic, as provided in Annex II (titled "Transboundary Hydrocarbon Deposits").²¹

It should be recalled that in 2009, the Arctic Council adopted the Arctic Offshore Oil and Gas Guidelines. Ministers of the Arctic States initially adopted this document during the Fourth Ministerial Conference on the Protection of the Arctic Environment in June 1997. The document focuses mainly on the problems of environmental protection in the Arctic region, as well as on the principles of the marine oil and gas activities of the Arctic States, inter alia, during the stage of development, exploration, production, and withdrawal from service. In accordance with Clause 1.3, the Arctic maritime oil and gas activities must be based on the following principles: 1. The Principle of the Precautionary Approach reflected in Principle 15 of the Rio Declaration on Environment and Development of 1992; 2. The Polluter Pays Principle reflected in Principle 6 of the Rio Declaration; 3. Continuous Improvement – all parties should continually strive to improve health, environment and safety by identifying the processes, activities and products that need improvement, and implement necessary improvement measures; 4. Sustainable Development.

In April 2015, the government of the Kingdom of Denmark, the Government of Iceland, the Government of Canada, the Government of the Kingdom of Norway, the Government of the Russian Federation, the Government of the United States, the Government of the Kingdom of Sweden, and the Government of Finland adopted the Framework Plan for Cooperation on Prevention of Oil Pollution from Petroleum and Maritime Activities in the Marine Areas of the Arctic. The plan, consisting of four Chapters, is aimed at strengthening cooperation between the participants in the prevention of oil pollution at sea and the protection of the Arctic environment in general.

Applicable International law

"Freedom of transit" in international law

Article 23 of the Covenant of the League of Nations declared the general purpose "to secure and maintain freedom of communications and of transit." Subsequent multilateral

21 А.Н. Вылегжанин, *Правовая модель управления трансграничными минеральными ресурсами в западной части Арктической зоны Российской Федерации* [*Legal Model of Management of Transboundary Marine Mineral Resources in Western Part of the Arctic zone of the Russian Federation*], "Арктика: экология и экономика" 2011, no. 2, p. 4.

international treaties did not provide for any “hard” obligations of a State to grant the right of transit through its territory to a foreign state; most of such agreements provided for rather the general possibility of such a transit (sometimes in vague terms). Contractual provisions which definitely encourage such a transit are contained in the Barcelona Convention of 1921 and the Statute on Freedom of Transit, as well as in the General Agreement on Tariffs and Trade (Annex 1A to the Agreement Establishing the World Trade Organization, 1994). These multilateral contractual regulations do not imply the recognition by the States-Parties of an unconditional right of transit through the territory of a foreign State. So it was generally understood that laying a pipeline requires special (most often – bilateral) agreement between the States concerned. Nevertheless, the provisions of the multilateral international treaties cited above are in practice taken into account by the States concerned while specifying the legal regime of a particular cross-border pipeline, including its components, such as safety, transit procedures, commercial rates, taxes, protection of the environment, and others. In this respect, Article V of the GATT 1994, which confirms the freedom of transit, plays an important role. Although Russia is not party to the Energy Charter Treaty, it is necessary to mention that Article 7 (“Transit”) provides, *inter alia* that: “each Contracting Party shall take necessary measures to facilitate the transit of energy materials and products consistent with the principle of freedom of transit”. And further:

[...] contracting Parties shall encourage relevant entities to co-operate in: (a) modernizing energy transport facilities necessary to the transit of energy materials and products; (b) the development and operation of energy transport facilities serving the areas of more than one contracting party; (c) measures to mitigate the effects of interruptions in the supply of energy materials and products; (d) facilitating the interconnection of energy transport facilities.

Provisions of international law of the sea

The main international treaty which regulates, on a global level, the relations between States concerning laying pipelines on the seabed, as well as the ones concerning the exploitation of those pipelines, is currently the United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 (hereinafter – the 1982 Convention).

Pipelines on the seabed of internal waters and territorial sea

According to the 1982 Convention, the sovereignty of a coastal State extends to its internal waters and territorial sea, including their bed (Article 2). By virtue of this sovereignty, if a pipeline crosses areas of the sea-bed of internal waters, or the territorial seas, of both State A and State B, each of them has the right to determine the procedure and

conditions for laying the pipeline section “within its territory.” However, in practice, to control the whole cross-border pipeline of this kind, the relevant neighboring States reach an agreement. When it comes to laying such a pipeline by the entity of a third State, or by a consortium of individuals from the third States (i.e., by those States that are not sovereigns in respect of these seabed territories), the relevant agreement on the cross-border pipeline involves all those concerned States. However, even in this case, the will of the territorial sovereigns – States A and B – is crucial. The coastal State may adopt, in conformity with the provisions of the Convention and other rules of international law, laws and regulations relating to innocent passage through the territorial sea, including *inter alia* in respect of “the protection of cables and pipelines” (Article 21 § 1).

Pipelines on the continental shelf

The seabed and subsoil of the submarine areas that extend beyond State’s territorial sea, constituting the natural prolongation of its land territory, is “the continental shelf” of a coastal State. In accordance with general International Law, the sovereign rights “of the coastal State in respect of the area of continental shelf that constitutes a natural prolongation of its land territory into and under the sea exist ipso facto and ab initio.”²² The sovereign rights of the coastal State over its continental shelf, for the purpose of exploring the seabed and exploiting its natural resources (and also protecting marine environment), coexist, however, with the right of other States to lay cables and pipelines on the continental shelf (Article 79 of the 1982 Convention). Taking into consideration the above-mentioned, a correct interpretation of this article is crucial. It provides that: 1) all States “are entitled to lay submarine cables and pipelines on the continental shelf, in accordance with the provisions of this article” – § 1.2). “When laying submarine cables or pipelines, States shall have due regard to cables or pipelines already in position. In particular, possibilities of repairing existing cables or pipelines shall not be prejudiced” – § 5. Therefore, the above-mentioned reflects (in this special sphere) a general principle of law – *quieta non movere*. Under Article 79 § 2, the coastal State may not impede the right of another State to lay or maintain cables or pipelines on the continental shelf. The right of the coastal State “to take reasonable measures for the exploration of the continental shelf, the exploitation of its natural resources and the prevention, reduction and control of pollution from pipelines,” however, is implied as “a priority right.” Article 4 of the Convention on the Continental Shelf, 1958, reiterates that provision, adding the obligation to prevent pollution from pipelines. Neither this Article, nor Article 79 of the 1982 Convention give an *expressis verbis* answer to the question of whether the prior-

²² It is *the most fundamental of all the rules relating to the continental shelf* – ICJ Reports, 1969, p. 22. For details cf. for example: А.Н. Вылегжанин, *Решения Международного Суда ООН по спорам о разграничении морских пространств* [*Judgments of the International Court of Justice relating to marine delimitation disputes*], Москва 2004, pp. 49–55.

ity right of a coastal State designated above is still applicable in a situation when such a State does not take “reasonable measures” to explore and exploit the natural resources of its continental shelf, at the stage of laying a pipeline; and then, when the cross-border pipeline has already been laid, such a coastal State decides to take such measures. While answering this question, it should be considered, firstly, that according to the UN International Law Commission’s commentary on the draft-articles on the law of the sea (1956), the rules relating to the protection of underwater telegraph and telephone cables can be extended to underwater pipelines.²³ Secondly, in this case, the consented will of the coastal State and of the other relevant States–Parties to the agreement on a cross-border pipeline will be regarded as *lex specialis*. In the context of such a special international agreement, the demand of the coastal State to dismantle a cross-border pipeline, since the State has unexpectedly decided to explore the resources of its continental shelf, cannot be considered as legitimate (based on the *lex generalis* – provisions on its sovereign rights to the resources of the continental shelf). The International Court of Justice, or another relevant tribunal, will most likely recognize this requirement as illegitimate, referring to the basic principle of international law – *pacta sunt servanda*, and to its cumulative effect with general principles of law: *lex specialis derogat generali; primus in tempore potior est in jure*. The situation seems more complicated, however, if there is no agreement on cross-border pipeline between the coastal State and other relevant States, or if such an agreement was concluded in general terms, without any details relating to the issue. Even in this case, the consent of a coastal State is usually presumed; in any case the consent of the relevant coastal State, in accordance with Article 79 § 3 of the 1982 Convention, is a key factor. Formally, the consent of the coastal state is required only for “the delineation of the course for the laying of such pipelines on the continental shelf” (Article 79 § 3). This requirement is consistent with § 2 of the same article, cited above, which allows the coastal State to prevent crossing by a pipeline through reserves of oil and gas, or habitats of the sedentary species, thereby preventing competition between different actors of economic activities in the shelf-area affected, at the stage when a pipeline has not yet been laid yet. In the context of § 2 of the same article, this requirement allows the coastal State to prevent the deterioration of the environment caused by the laying of a pipeline in a particular area of the shelf (for example, when information is available about the long-term seismic activity in such an area). The same requirement allows the coastal State to create the infrastructure for the best possible reduction of eventual pollution from a pipeline (taking into account, for example, the location of specialized service to combat oil spills and gas leaks). The coastal State also has jurisdiction over the pipelines, which are laid or used “in connection with the exploration of its

23 *Международно-правовые...*, *op. cit.*, pp. 212–213.

continental shelf or exploitation of its resources or the operations of artificial islands, installations and structures under its jurisdiction” (Article 79 § 4). This provision serves as reaffirmation of the sovereign rights which a coastal State exercises over its continental shelf for the purpose of exploring it and exploiting its natural resources; it does not raise additional questions, but requires careful interpretation. Under the 1982 Convention, every activity concerning natural resources on the continental shelf of the coastal State (including the activity of laying a pipeline to transport hydrocarbons from a field which is located within the subsoil of the shelf) is permissible only with “the express consent of such a State” (Article 77 § 1).

In accordance with Article 78, “the rights of the coastal State over the continental shelf do not affect the legal status of the superjacent waters” (Article 78 § 1). The provision is basically a reproduction of Article 3 of the Convention on the Continental Shelf 1958. The term “superjacent waters” is defined in the United Nations document as “the waters lying immediately above the seabed or deep ocean floor up to the surface.”²⁴ The same concept appears in the Convention named “water column,” although in a different context (Article 287).

Under Article 78 § 2, the exercise of the rights of a coastal State over the continental shelf “must not infringe or result in any unjustifiable interference with navigation and other rights and freedoms of other States as provided for in this Convention.” The categorical nature of this conventional obligation of the coastal State, expressed by the word “must not,” has to be emphasized. That is, in this context, activities relating “to exploration of natural resources of the coastal State on its shelf are subject to the principle of freedom of navigation in the surface waters,” regardless of whether they are the waters of the high seas or of the exclusive economic zone. The obligation of a coastal State not to infringe the conventional rights of other States, were stated in the same categorical manner. Those rights include “the right of other States to lay pipelines on the continental shelf” and a coastal State is not permitted to create unjustified interference with the realization of this right.

It is indicated in the literature of the subject that the pipelines connecting “offshore fields to the coast,”²⁵ are as a rule subject to international agreements, for example, to interna-

24 UN Office for Ocean Affairs and the Law of the Sea, *Baselines: An Examination of the Relevant Provisions of the UN Convention on the Law of the Sea*, Appendix I (*Glossary of Technical Terms*), UN Publication Sales no. E88. vol. 5, 1989, p. 47.

25 И.В. Гудков, *Трансграничные трубопроводы: некоторые аспекты правового регулирования* [*Transboundary pipelines, some aspects of legal regulation*], “Нефть, газ и право. Журнал правовой коммерческой информации в области недропользования и энергетики” 2008, no. 6, p. 30.

tional agreements on concrete pipelines laid in the North Sea.²⁶ There are also agreements²⁷ (bilateral and multilateral), which establish certain general principles and obligations with respect to cross-border pipelines.²⁸ The analysis of those international agreements leads to the conclusion that each individual cross-border pipeline laid on the continental shelf has a unique legal regime, which depends on a number of specific circumstances.²⁹

Pipelines on the bed of the high seas (outside the continental shelf)

According to § 1 of Article 87 of the 1982 Convention, the high seas “are open to all States,” and the freedom of the high seas comprises, inter alia, the “freedom to lay submarine cables and pipelines.” The Convention on the High Seas, 1958, provides that the freedom of the high seas comprises, inter alia, the “freedom to lay submarine cables and pipelines” (Article 2 § 3). The 1982 Convention, however, reflects a legal innovation: the freedom to lay pipelines on the bed of the high seas is exercised “subject to Part VI” of this Convention (Article 87 § 1). Reference to Part VI – to provisions on the continental shelf – in the provisions on the high seas (as well as other cross-references in the Convention) reflect “the interrelated nature of the various maritime zones” from the point of view of international law.³⁰ Article 87 § 2 obliges States to exercise the freedom of the high seas, “with due regard for the interests of other States in their exercise of the freedom of the high seas.” This, as noted, is a kind of “test of reasonableness” in the exercise of the freedom of the high seas by all States.³¹ Article 112 confirms that “all States are

26 For example: Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Kingdom of the Netherlands relating to the Transmission of Natural Gas through a Pipeline between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Kingdom of the Netherlands signed on 21.03.2005 (BBL pipeline); Convention between the government of Belgium and the government of the United Kingdom of Great-Britain and Northern Ireland on the transport of gas by pipeline between Belgium and the United Kingdom signed on 10.12.1997 (Interconnector pipeline); Agreement between the Government of the Federal Republic of Germany and the Kingdom of Norway concerning the transport of gas by pipeline from the Norwegian continental shelf and other areas to the Federal Republic of Germany signed on 20.04.1993.

27 For example: Framework Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Kingdom of Norway concerning Cross-Boundary Petroleum Co-operation signed on 4.04.2005; United States-Canada Transit Pipeline Agreement signed on 28.01.1977.

28 S. Vinogradov, *Challenges of Nord Stream: Streamlining International Legal Frameworks and Regimes for Submarine Pipelines*, “German Yearbook of International Law” 2009, vol. 52, pp. 241–292.

29 С. Виноградов, *Международно-правовой режим трансграничных трубопроводов [International legal regime of transboundary pipelines]*, “Московский журнал международного права. Специальный выпуск” Май 2006, p. 144.

30 United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary, ed. M.H. Nordquist, vol. III, 1995, p. 73.

31 *Ibidem*, p. 74.

entitled to lay submarine cables and pipelines on the bed of the high seas beyond the continental shelf submarine cables and pipelines” (§ 1). Thus, such a description of the legal regime of pipelines laid on the bed of the high seas, in combination with what was considered above (that is, about the articles on the status of the seabed of the internal waters and territorial sea, as well as Article 79 – on pipelines laid on the continental shelf) completes a comprehensive legal regime for laying and operating pipelines in any part of the seabed.

The 1982 Convention provides “only the right of the ‘States’ to lay pipelines” on the seabed and to keep pipelines in good condition. In practice, however, the specific “legal entities” (“companies,” including “transnational” ones, “consortia,” including “international” ones), with the participation of States’ capital or without it, exercise that right. It can be noted here that, according to many international treaties, an analogy with the two-level management of the transboundary hydrocarbon deposits can be drawn: the higher, inter-State level. First, State A, which exercises sovereign rights on part of the area of the continental shelf, plays a key role in giving consent as to the delineation of the course for the laying within this area of a cross-border pipeline; and State B, which has the right to another part of the continental shelf, plays a similar role within this part of the shelf; and States A and B might reach an agreement between themselves and might not; what is an obligation is that both these States – A and B – agree with interested States upon the delineation of the course for the laying of transboundary pipelines. A subordinate private law mechanism also exists here: where the companies of State A and/or the companies of State B (which are usually – but not always – involved in the transboundary pipelines project) reach international contracts with other investors of the pipelines project. Key contours of that second – private law level mechanism – are prescribed by the first level – of inter-State relations.³²

According to the 1982 Convention, the States-Parties adopt such laws and regulations that are necessary to provide that the breaking or injury of a submarine cables or pipelines laid beneath the high seas is considered a punishable offence (Article 113). In addition, Article 114 obliges States-Parties to adopt laws and regulations, “necessary to provide that, if persons subject to its jurisdiction who are the owners of a submarine cable or pipeline beneath the high seas, in laying or repairing that cable or pipeline, cause a break in or injury to another cable or pipeline, they shall bear the cost of the repairs” of the damaged object. The liability for breaking or damaging the “other” pipeline (or cable) is only limited to the cost of repair here. There is no obligation to replace the damaged pipeline, or to compensate the owner for all the financial losses due to such damage.³³ While interpreting Article 114, the Commentary to the 1982 Convention, quoted above, does not take into consideration this practical question: what are the legal

32 А.Н. Вылегжанин, *op. cit.*, p. 4 *et seq.*

33 United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, *op. cit.*, p. 273.

consequences if the other (foreign) pipeline or cable is damaged not by people, to whom the first pipeline (or cable) “belongs;” but by other persons (for example, a company hired by the owner of the first pipeline for its repairs)? It seems that in this case the laws and regulations of the States-Parties, which are mentioned in Article 114, should include designated responsibilities, i.e. the duties of those at fault (although the first pipeline did not “belong” to them) to bear the costs of repairing of the other (damaged) pipeline.

Management of cross-border pipelines requires taking into consideration the “competition” between different uses of the seabed and marine waters above it, including harvesting of living marine resources. According to Article 115 of the 1982 Convention, each State-Party “shall adopt the laws and regulations necessary to ensure that the owners of ships who can prove that they have sacrificed an anchor, a net or any other fishing gear, in order to avoid injuring a submarine cable or pipeline shall be indemnified by the owner of the cable or pipeline.” The rule quoted above is not novel in International Law. Such a rule is reflected in Article 29 of the Convention on the High Seas, 1958, with reference to the Convention for the Protection of Submarine Telegraph Cables, 1884. In this context, the Commentary on the 1982 Convention suggests a sort of practical model of such indemnifying, in cases provided in Article 115 – following the Commentary of the International Law Commission (1956) and the text of the Convention for the Protection of Submarine Cables (1884) – immediately after the accident (a loss of an anchor, a net or any other fishing gear “in avoiding injury to a submarine cable or pipeline”), in proof thereof, the captain of the vessel must prepare “a statement supported by the testimony of the men belonging to the crew;” within “twenty-four hours after arriving at the first port of temporary entry,” the captain must make this declaration “to the competent authorities; the latter shall give notice thereof to the consular authorities of the nation” to which the owner of the cable or the pipeline belongs.³⁴ It might be suggested that if such declarations of captains become numerous, some practical guidelines might be construed by the UN Secretariat as an interpretation of Article 115. An alternative approach – that each State might adopt its own guidelines and include them in its laws and regulations under Article 115 – might lead to different practices of the States.

Applicable rules of international environmental law

Environmental provisions of Part XII of the Convention undoubtedly apply to regulate relations between the States-Parties concerning laying and operating submarine pipelines. Among other conventional sources of international environmental law, one should list: the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, 1991; the Convention on Biological Diversity, 1992; the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, 1973 (with Protocol of 1978); the Convention

³⁴ *Ibidem*, pp. 277–278.

Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, 1972, etc. The norms of such international environmental agreements are, in general, considered as well-known,³⁵ and will not be discussed in this paper.

Conclusion

In the universal sources of modern international law, the regime of cross-border pipelines is set out only in general terms. It is true even regarding the 1982 UN Convention on the Law of the Sea, which provides the most developed regulations relating to laying such pipelines. National legal rules applicable to laying pipelines, however, in practice provide for additional requirements which go beyond conventional rules. Relevant national laws are often based on international environmental law, including multilateral environmental treaties. Existing regional treaties providing regulations on cross-border pipelines are most often also of a framework nature.

It has to be emphasized, however, that international practice is developing towards the creation and application of a specific legal regime for each individual cross-border pipeline (by those States whose territories the pipeline crosses, most often, on a bilateral basis). Taking into account the large scale of investments needed for the construction of cross-border pipelines – especially in the Arctic – and the slow rate of return on such investments, the relevant environmental risks of economic activity in the Arctic region, detailed bilateral agreements of the interested States seem to be the most appropriate legal basis for the management of laying and exploiting cross-border pipelines in this region. Still the world legal experience is taken into account by the Arctic States, though not automatically, as was demonstrated by the 2010 Norway-Russia Treaty on Delimitation and Cooperation in the Barents Sea and the Arctic Ocean. It is suggested that an additional Annex to this Treaty might be appropriate for establishing an intergovernmental mechanism for managing cross-border pipelines projects, as well as a private-law mechanism of cooperation between the companies-investors of such a project, including the procedure of designating the pipeline's operator and agreement on a preferential regime for such a pipeline project, concerning both the construction and operation of the pipeline.

The successful management of each of the cross-border pipelines in the Arctic will most probably be provided by the interaction at the international public law level (between the States concerned) and the private law level (between the relevant companies-investors). Not only will the legal regime of each arctic pipeline most probably be described as monotypic; the bargaining positions of the Arctic States concerned, as

35 Е.Е. Андреева, А.В. Кукушкина, *Международно-правовые основы охраны окружающей среды [International legal framework for the protection of the environment]*, [in] *Международное право. МГИМО МИД России*, ред. А.Н. Вылегжанина, Москва 2015.

well as the negotiation environment, will most probably be unique for each particular pipeline-project.

Literature

- Barry P.S., *The Canol Project*, "Arctic" 1992, vol. 45, no. 4.
- Hollinger K., *The Haines-Fairbanks Pipeline*, ed. G.R. Lesondak, Fort Collins 2003.
- Soubeyrol J., *La condition juridique des pipe-lines en droit international*, "Annuaire Français de Droit International" 1958.
- United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary*, ed. M.H. Nordquist, vol. III, 1995.
- Vinogradov S., *Challenges of Nord Stream: Streamlining International Legal Frameworks and Regimes for Submarine Pipelines*, "German Yearbook of International Law" 2009, vol. 52.
- Andreyeva Ye.Ye., Kukushkina A.V., *Mezhdunarodno-pravovyye osnovy okhrany okruzhayushchey sredy*, „Mezhdunarodnoye pravo” MGIMO MID Rossii, ed. A.N. Vylegzhanin, Moskva 2015.
- Arkticheskiy region: Problemy mezhdunarodnogo sotrudnichestva. Khrestomatiyav 3, t. 3, Primenimyye pravovyye istochniki, ed. I.S. Ivanov, Moskva 2013.
- Buniki.V., *Mezhdunarodno-pravovyye osobennosti ekspluatatsii truboprovodov v Arktike*, "Moskovskiy zhurnal mezhdunarodnogo prava" May 2006.
- Vinogradov S., *Mezhdunarodno-pravovoy rezhim transgranichnykh truboprovodov*, "Moskovskiy zhurnal mezhdunarodnogo prava" May 2006.
- Vylegzhanin. N., *Mezhdunarodno-pravovyye osnovy nedropol'zovaniya*, Moskva 2007.
- Vylegzhanin. N., *Pravovaya model' upravleniya transgranichnyimi mineral'nymi resursami v zapadnoy chasti Arkticheskoy zony Rossiyskoy federatsii*, "Arktika: ekologiya i ekonomika" 2011, no. 2.
- Vylegzhanina. N., *Resheniya Mezhdunarodnogo Suda OON posporam o razgranicheniimorskikh prostranst*, Moskva 2004.
- Vylegzhanin. N., Gureyev S. A., Ivanov G. G., *Mezhdunarodnoyemorskoye pravo*, Moskva 2003.
- Gudkovi.V., *Transgranichnyye truboprovody: nekotoryye aspekty pravovogo regulirovaniya*, "Nef't, gaz i pravo. Zhurnal pravovoy kommercheskoy informatsiiv oblasti nedropol'zovaniyai energetiki" 2008, no. 6.
- Nikolayeva.V., *Pravovoy rezhim podvodnykh truboprovodov nekotoryye aspekty mezhdunarodnogo i rossiyskogo prava*, "Moskovskiy zhurnal mezhdunarodnogoprava" May 2006.
- Pavlov L., *Poleznyye uroki*, "Truboprovodnyy transport nef'ti" 2011, no. 10.

http://norilsk-zv.ru/articles/novaya_epoha_v_energetike.html [access: 30.06.2016].
http://pacificenvironment.org/downloads/Oilgas_2002_%20TAPS_lessons_Fineberg.pdf
[access: 30.06.2016].
<http://www.gazprom.ru/about/production/projects/pipelines/srto-torzhek/> [access: 30.06.2016].
<http://www.gasandoil.com/ogel> [access: 30.06.2016].

SUMMARY

Transboundary pipelines and the Arctic: legal issues

In the universal sources of modern international law, the regime of cross-border pipelines is set out only in general terms. It is true even regarding the 1982 UN Convention on the Law of the Sea, which provides the most developed regulations relating to laying such pipelines. National legal rules applicable to laying pipelines, however, in practice provide for additional requirements which go beyond conventional rules. Relevant national laws are often based on international environmental law, including multilateral environmental treaties. Existing regional treaties providing regulations on cross-border pipelines are most often also of a framework nature.

Keywords: international law, Transboundary pipelines, Arctic

ALEXANDER N. VYLEGZHANIN, Moscow State Institute of International Relations, International Law School, 76, Prospect Vernadskogo Moscow, Russia, 119454, e-mail: sopspravo@mail.ru.

URSZULA MOSKWA, Moscow State Institute of International Relations, International Law School, 76, Prospect Vernadskogo Moscow, Russia, 119454, e-mail: moskwaurszula@gmail.com.

ANDRZEJ GADKOWSKI

The doctrine of implied powers of international organizations in the case law of international tribunals

Introduction

The concept of implied powers derives from constitutional law, especially that of the United States. It is generally believed to have been formulated by the Chief Justice of the Supreme Court – J. Marshall – in the *McCulloch v. The State of Maryland et al.* case. It was expressed as follows:

[...] we admit, as all must admit, that the powers of the Government are limited, and that its limits are not to be transcended. But we think the sound construction of the Constitution must allow to the national legislature that discretion, with respect to the means by which the powers it confers are to be carried into execution, which will enable that body to perform the high duties assigned to it, in the manner most beneficial to the people. Let the end be legitimate, let it be within the scope of the Constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the Constitution, are constitutional.¹

The same view was explicitly stated in the *State of Missouri v. Holland* case, in which the Court held that:

[...] when we are dealing with words that also are a constituent act, like the Constitution of the United States, we must realize that they have called into life a being the development of which could not have been foreseen completely by the most

¹ For the full text cf. H. Wheaton, *Reports of Cases Argued and Adjudged in the Supreme Court of the United States*, Boston 1918, p. 421; for a comment cf. K. Skubiszewski, *Implied Powers of International Organizations*, [in] *International Law at a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabatai Rosenne*, ed. Y. Dinstein, Dordrecht 1989, pp. 855–856.

gifted of its begetters [...] the case before must be considered in the light of our whole experience and not merely in that of what was said a hundred years ago.²

If the doctrine of implied powers exists in the law of international organizations today, it could not have been transposed unaltered. Clearly, there is not an obvious analogy between a federal state and an international organization. As noted by K. Skubiszewski, “there is room for some analogy with constitutional law because there exist certain structural similarities between national constitutions and the constitutions of international organizations.”³ In its current form, the doctrine of implied powers was developed through the literature of international law as well as through international practice, particularly the case law of international tribunals.

The literature usually emphasizes that the theory of implied powers serves as a rule of interpretation of the constituent instruments of international organizations. In practice, however, it may sometimes be found in the specific provisions of these instruments. Article 29 of the United Nations Charter provides a good example. In accordance with the provisions of this article and in relation to the provisions of Chapter VII of the UN Charter, the Security Council created the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. The implied powers of an international organization are, without a doubt, closely connected with the express powers of this organization and serve to supplement them. This is a view frequently presented in the literature and was perhaps most convincingly expressed by K. Skubiszewski in the following sentence:

[...] in international organizations the doctrine of implied powers means that the organization is deemed to have certain powers which are additional to those expressly stipulated in the constituent document. These additional powers are necessary or essential for the fulfilment of the tasks or purposes of the organization, or for the performance of its functions, or for the exercise of the powers explicitly granted.⁴

This connection between express and implied powers was strongly emphasized by Judge G.H. Hackworth in the 1949 *Reparation for injuries* case, in which he held that “powers not expressed cannot freely be implied. Implied powers flow from a grant of expressed powers, and are limited to those that are ‘necessary’ to the exercise of powers expressly granted. No necessity for the exercise of the powers here in question has been shown to exist.”⁵

2 *Missouri v. Holland*, United States Game Warden, 252 US 416 (1920), p. 433.

3 K. Skubiszewski, *op. cit.*, p. 855.

4 *Ibidem*, p. 856.

5 Dissenting Opinion by Judge G.H. Hackworth, *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion: ICJ Reports 1949, p. 198.

When defining the essence of the implied powers of international organizations, we must not forget that these powers can always be traced back to the constituent instruments of these organizations. Thus, we can say that implied powers are not contrary to the principle of attributed powers of international organizations and, in fact, supplement attributed powers. However, in contrast to the principle of speciality, which is of fundamental importance for the doctrine of attributed powers, the doctrine of implied powers should be considered rather in the context of the principle of effectiveness. We can therefore advance the thesis that the concept of implied powers of international organizations originated from the principle of effectiveness which, for the attainment of the statutory purposes of an organization and proper fulfilment of its functions, requires the use of implied powers as subsidiary to express powers.⁶ The principle of effectiveness attained a special status in the law of some international organizations, particularly the EU, where it is considered one of the fundamental principles of law – the so-called principle of *effet utile*.

Authors concerned with the implied powers of international organizations not only point to the connection between these powers and attributed powers, but also emphasize the differences between the implied powers and customary powers of international organizations. Indeed, we should remember that if implied powers ultimately derive from a constituent instrument and complement attributed powers, then *the basis for customary powers postdates the constitution*.⁷ This means that, in the course of the practice of an organization, its member States may agree to create new powers for it. These powers are not provided for in the constituent instrument and, as far as the purposes and functions of the organization are concerned, do not flow from its attributed powers. K. Skubiszewski stresses that one cannot, within certain limits, deny the possibility of creating a new power of an international organization by usage.⁸ In practice, some powers of international organizations are easier to justify as implied rather than customary. This relates primarily to the essence and nature of a custom in international law. Authors who discuss this issue usually give as an example the creation of peacekeeping forces by the UN General Assembly in 1956. The establishment of these forces was not universally accepted because some States (e.g., France or the Soviet Union as permanent members of the Security Council) expressly rejected that the General Assembly was in possession of the necessary powers. In this case, accepting the powers of the General Assembly as customary was not possible.⁹

6 For more on the principle of efficiency, cf. for example: H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge 1996, p. 168 *et seq.*

7 H.G. Schermers, N.M. Blokker, *International Institutional Law* (5th rev. edition), Leiden 2011, p. 181, § 232.

8 K. Skubiszewski, *op. cit.*, p. 857.

9 H.G. Schermers, N.M. Blokker, *op. cit.*, p. 182, § 233.

Since the implied powers of an international organization, in contrast to its express powers, are not expressly provided for in the constituent instrument of the organization, their exercise in practice raises serious questions. These questions concern, for example, the basis for the implication of powers and the limitation of the implication of such powers by international organizations. The answers to some of these questions can be found in the extensive case law of international courts. Indeed, the case law of international courts forms the theoretical basis for the doctrine of implied powers.

The doctrine of implied powers of international organizations in the case law of the Permanent Court of International Justice

According to a view frequently expressed in the literature, the initial legal and theoretical foundations of the implied powers of international organizations were laid by the International Court of Justice (ICJ) in the aforementioned 1949 *Reparation for injuries* advisory opinion. However, we must not forget that some aspects of implied powers had been highlighted earlier, by the Permanent Court of International Justice. A direct reference to one of these decisions was made by the ICJ in the 1949 *Reparation for injuries* advisory opinion or, more precisely, in a highly significant passage of this opinion which justifies the implied powers of the United Nations. The Court held that:

[...] under international law, the Organization must be deemed to have those powers which, though not expressly provided in the Charter, are conferred upon it by necessary implication, as being essential to the performance of its duties. This principle was applied by the Permanent Court of International Justice to the International Labour Organization in its Advisory Opinion No 13 of July 23rd 1926 [...] and must be applied to the United Nations.¹⁰

The ICJ based this statement on the following view of the PCIJ:

[...] it results from the consideration of the provisions of the Treaty that the High Contracting Parties clearly intended to give the International Labour Organization a very broad power of co-operating with them in respect of measures to be taken in order to assure humane conditions of labour and the protection of workers. It is not conceivable that they intended to prevent the Organization from drawing up and proposing measures essential to the accomplishment of that end.¹¹

¹⁰ G.H. Hackworth, *op. cit.*, pp. 182–183.

¹¹ *Competence of the ILO to Regulate Incidentally the Personal Work of the Employer*, PCIJ Publications 1926, Series B, no. 13, p. 18.

According to J. Makarczyk, this passage of the PCIJ opinion represents the first time a “functional interpretation of the organizations’ competence” was adopted – an interpretation that provides a significant justification of the concept of implied powers.¹² Some authors express reservations over the ICJ’s view, which invokes the 1926 PCIJ advisory opinion. According to them, in this advisory opinion, no powers were found to arise out of the *necessary implication* alone.¹³ Even if the 1926 PCIJ advisory opinion does not reflect the functional implication of international organizations’ competences in the same way as was later demonstrated by the ICJ and the Court of Justice of the European Union (CJEU), the Court’s interpretation doubtless referred to the need to enable the ILO to fulfil its statutory competences. The Court acknowledged that the ILO had very broad powers in respect of measures to be taken to guarantee labour conditions and the protection of workers.¹⁴

Such reservations, however, were not expressed in relation to another advisory opinion of the PCIJ, namely the 1927 *Danube* advisory opinion. Since the Court concluded that the Danube Commission could only work on the basis of “function bestowed upon it”, it seems that this construct stands in opposition to the concept of implied powers. Yet in that same opinion, the Court also emphasized that the Commission “has power to exercise its functions to their full extent.”¹⁵ Following V. Engström, this statement supports the thesis that the powers of an organization should be interpreted in such a way as to ensure “the fullest effect [of its acts – A.G.] also known as the principle of *effet utile*.”¹⁶ The principle of *effet utile* was even more explicitly formulated by the Court in another advisory opinion, namely the 1928 PCIJ *Greco-Turkish Agreement* advisory opinion. In this opinion, the Court held that the Greco-Turkish Mixed Commission, established under the agreement of 1 December 1926, may perform judicial functions and possesses the express power to “take the measures necessitated by the execution of the Convention and to decide all questions to which it

12 J. Makarczyk, *The International Court of Justice on the Implied Powers of International Organizations*, [in] *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, ed. J. Makarczyk, The Hague 1984, p. 506.

13 V. Engström, *Understanding Powers of International Organizations. A Study of the Doctrines of Attributed Powers, Implied Powers and Constitutionalism – with a Special Focus on the Human Rights Committee*, Turku 2009, p. 56; J. Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law* (2nd edition), Cambridge, 2009, p. 69.

14 R. Bernhardt, *Competences of ILO Concerning Personal Work of the Employer (Advisory Opinion)*, [in] *Encyclopedia of Public International Law. Decisions of International Courts and Tribunals and International Arbitrations*, vol. 2, Amsterdam 1981, p. 56.

15 *Jurisdiction of the European Commission of the Danube between Galatz and Braila*, PCIJ Publications 1927, Series B, no. 14, pp. 65–66.

16 V. Engström, *op. cit.*, p. 48.

may give rise.”¹⁷ The Court further referred to “the spirit of the Convention” and stated that: “any interpretation or measure capable of impeding the work of the Commission in this domain must be regarded as contrary to the spirit of the clauses providing for the creation of this body.”¹⁸ The Court’s position could be considered as the first time an international court recognized the implied powers of international organizations. Obviously, the Mixed Commission itself was not an international organization but a common Greco-Turkish mixed organ that was given the powers of an international judicial body. J. Makarczyk emphasizes in particular that for the first time the competence of States, such as deciding on the applicability of an arbitration procedure and nominating arbitrators, was replaced by the decision of an international judicial organ.¹⁹

The PCIJ advisory opinions presented above marked the beginning of the evolution of international case law as regards the concept of the implied powers of international organizations. In these opinions, the Court was concerned mainly with the attributed powers of international organizations. By emphasizing that international organizations exercise primarily the powers expressly provided for in their constituent instruments, the Court also indicated the possibility of interpreting these powers in the context of the statutory functions and purposes of these organizations. Even if we accept that the 1928 Greco-Turkish advisory opinion represented the first acknowledgement of the implied powers of international organizations, it was still only the beginning of the process leading to recognition of the special position of the doctrine of implied powers in international institutional law. Some authors even claim that the doctrine earned the status of a principle of international law.²⁰ Still, the doctrine of implied powers may be considered a rule for the interpretation of the statutes of international organizations. It allows for a dynamic interpretation of the provisions of the constituent instruments of these organizations and as such refers to their purposes and functions. Similar doubts about accepting implied powers as a principle of international law are voiced by other authors. For instance, J. Klabbers argues that, if anything, it is a product of the doctrine, not a principle.²¹

17 *Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of 1 December 1926*, PCIJ Publications 1928, Series B, no. 16, p. 18.

18 *Ibidem*.

19 J. Makarczyk, *op. cit.*, p. 506. This view seems too radical. It would be difficult to accept that, in this case, the powers of States are replaced by decisions of an international judicial organ. The essence of an arbitration procedure is that matters such as the nomination of arbitrators and the choice of a legal basis and procedure are decided on by the parties and not a judicial body.

20 V. Engström, *op. cit.*, p. 49.

21 J. Klabbers, *The paradox of international institutional law*, “International Organizations Law Review” 2008, no. 1, p. 163.

The doctrine of implied powers of international organizations in the case law of the International Court of Justice

A significant milestone in the evolution of the doctrine of implied powers was the case law of the International Court of Justice, and in particular the second advisory opinion in the history of this Court – *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*. This advisory opinion is without any doubt of fundamental importance not only for the doctrine of implied powers, but also in a much wider context, for the UN legal personality or even the legal personality of international organizations in general. The significance of the ICJ in this process lies in the fact that the UN Charter lacks provisions which the Court could use to build up a theory of implied powers. Consequently, some authors are keen to observe that the United Nations' implied powers are exclusively the product of extensive teleological interpretation of the UN Charter.²²

The UN General Assembly requested an advisory opinion, and the matter in question was related to Count Folke Bernadotte, a UN Mediator in Palestine, who died while on duty. The core question raised before the ICJ was whether the UN possessed the capacity to bring an international claim in respect of damage caused to the UN and to the victim, or to persons entitled through him, in a situation where no such competence had been explicitly attributed to the organization in the UN Charter. The General Assembly phrased the question as follows:

[...] in the event of an agent of the United Nations in the performance of his duties suffering injury in circumstances involving the responsibility of a State, has the United Nations as an Organization, the capacity to bring an international claim against the responsible de jure or de facto government with a view of obtaining the reparation due in respect of the damage caused (a) to the United Nations, (b) to the victim or to persons entitled through him?²³

In response to this question, the Court stated that in the case of the absence of any express powers, such powers could be implied from the provisions of the UN Charter concerning the functions of the organization. To justify the existence of the implied powers of the United Nations, the Court made a statement which became the most frequently quoted part of this advisory opinion. The Court held that “under international law, the Organization must be deemed to have those powers which, though not expressly provided in the Charter, are conferred upon it by necessary implication, as being essen-

22 M. Martin Martinez, *National sovereignty and international organizations*, The Hague 1996, p. 82.

23 G.H. Hackworth, *op. cit.*, p. 175.

tial to the performance of its duties.”²⁴ The Court deemed these powers indispensable for the organization both to ensure the efficient and independent realization of the UN missions and to provide effective support to its agents. The Court concluded that UN agents must be provided with effective protection by the organization when carrying out their functions. The ICJ’s view on the matter is reflected by the following statement:

[...] upon examination of the character of the functions entrusted to the Organization and of the nature of the missions of its agents, it becomes clear that the capacity of the Organization to exercise a measure of functional protection of its agents arises by necessary intendment out of the Charter.²⁵

The view expressed by the ICJ in response to the General Assembly’s question was not unanimous – 11 to 4 judges in favour of the UN having the capacity to submit international claims. Judge G.H. Hackworth expressed a very interesting position in his dissenting opinion. He agreed with the conclusion that the UN should have the power to bring claims for damage caused to it as an organization. However, he believed that this view should have a different basis, i.e. it should be based on the express provisions of the UN Charter and the provisions of the 1946 Convention on the Privileges and Immunities of the UN. These are the provisions from which Judge G.H. Hackworth derived the implied powers of the organization. As regards the power to bring claims in respect of damage caused to the victim, however, Judge Hackworth held that no such implied power existed. He expressly stated that there existed no necessity to imply a power in order to maintain the independence and effectiveness of the United Nations and added that agents would be properly protected by customary principles.²⁶

Judge G.H. Hackworth’s view demonstrates a more restrictive approach to the UN Charter. It is illustrated by the most well-known and frequently quoted excerpts from his dissenting opinion:

[...] it is to be presumed that such powers as the Member States desired to confer upon it are stated either in the Charter or in complementary agreements concluded by them. Powers not expressed cannot freely be implied. Implied powers flow from a grant of expressed powers, and are limited to those that are ‘necessary’ to the exercise of powers expressly granted. No necessity for the exercise of the power here in question has been shown to exist.²⁷

²⁴ *Ibidem*, p. 182.

²⁵ *Ibidem*, p. 184.

²⁶ G.H. Hackworth, *op. cit.*, p. 196 *et seq.*

²⁷ *Ibidem*, p. 198.

Another advisory opinion often referred to in discussions of the implied powers of international organizations is the 1954 *Effect of awards* case in which the Court expressed its view regarding the powers of the UN General Assembly. The question raised before the ICJ was whether the UN General Assembly was in the position to create an independent international tribunal competent to render binding judgments on the organization. The reason for this question was the fact that no relevant express provisions could be found in the UN Charter. The question was phrased as follows:

[...] having regard to the Statute of the United Nations Administrative Tribunal and any other relevant instrument [...] has the General Assembly the right on any grounds to refuse the effect to an award of compensation made by the Tribunal?²⁸

In its advisory opinion the Court recognized the power of the General Assembly to form an administrative tribunal. That is, the Court assumed that the UN enjoyed immunity from national courts also in matters relating to its staff. In addition, the Court referred to the purposes of the UN Charter and emphasized that in the light of these purposes, it would be inconsistent not to provide the UN's staff with judicial remedies. Finally, the Court justified the capacity of the UN General Assembly to establish an administrative tribunal on the grounds of the following provisions of the UN Charter: Article 7(7), Article 22 and Article 101(1). In the most important passage of its advisory opinion, the Court concluded that:

[...] in these circumstances, the Court finds that the power to establish a tribunal, to do justice as between the Organization and the staff members, was essential to ensure the efficient working of the Secretariat, and to give effect to the paramount consideration of securing the highest standards of efficiency, competence and integrity. Capacity to do this arises by necessary intendment out of the Charter.²⁹

Again, Judge G.H. Hackworth voiced an interesting reaction to the Court's advisory opinion in his dissenting opinion. He emphasized that the UN General Assembly did not have, nor itself perform, any judicial functions under the UN Charter. Thus the General Assembly could not delegate judicial functions to the administrative tribunal as a subsidiary judicial body. Referring to the doctrine of implied powers, Judge Hackworth stressed that it should be applied within reasonable limitations, i.e. giving priority to express powers. He articulated his view as follows:

²⁸ *Effect of awards of compensation made by the U. N. Administrative Tribunal*, Advisory Opinion of July 13th 1954, ICJ Reports 1954, p. 57.

²⁹ *Ibidem*.

[...] the doctrine of implied powers is designed to implement, within reasonable limitations, and not to supplant or vary, expressed powers. The General Assembly was given express authority by Article 22 of the Charter to establish such subsidiary organs as might be necessary for the performance of its functions [...] under this authorization the Assembly may establish any tribunal needed for the implementation of its functions. It is not, therefore, permissible, in the face of this express power, to invoke the doctrine of implied powers to establish a tribunal of a supposedly different kind [with authority to make binding decisions – A.G.].³⁰

One can argue that the view of Judge G.H. Hackworth has great merit. In his dissenting opinion, the Judge notes that Article 22 of the UN Charter unequivocally grants the General Assembly express powers to create subsidiary bodies. This means that the General Assembly may also establish “any tribunal needed for the implementation of its functions.” In other words, Judge Hackworth refers directly to functional necessity, which in this case signifies the need to implement the General Assembly’s statutory functions. As far as functional necessity is concerned, the capacity of the General Assembly to exercise implied powers is fairly obvious. However, Judge Hackworth stresses that it is not always permissible to invoke the doctrine of implied powers in the context of the UN express powers (Article 22). Therefore, if we cannot find judicial functions among the statutory functions of the General Assembly provided for in the UN Charter, a legitimate question arises as to whether the General Assembly may delegate judicial powers to its subsidiary body – Administrative Tribunal. These doubts are also justified based on the general principle of law, present in international law, stipulating that *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. In a wider context, this principle should be applied as the rule of interpretation in any discussion of the powers of international organizations in general, including implied powers.

The issue of implied powers was considered by the ICJ in another advisory opinion, namely the 1962 *Certain expenses* case. In this opinion, the Court addressed the question posed by the General Assembly as to whether expenses related to the peacekeeping operations (United Nations Emergency Force – UNEF and United Nations Operation in the Congo – ONUC) may be qualified as expenses of the United Nations [Article 17(2) of the UN Charter]. The question was phrased by the UN General Assembly as follows: “do the expenditures authorized in General Assembly resolutions [related to some of the peacekeeping operations – A.G.] constitute ‘expenses of the Organization’ within the meaning of Article 17, paragraph 2, of the Charter of the United Nations?”³¹

³⁰ *Effect of awards case, op. cit.*, pp. 80–81.

³¹ *Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion of 20 July 1962, ICJ Reports 1962, p. 153.

In response to this question, the Court once again relied and elaborated on the doctrine of implied powers, particularly with respect to the powers of the Security Council. Authors concerned with the ICJ's activity note that while in the two previous advisory opinions the ICJ argued that implied powers existed to ensure the effective functioning of the organization, in the *Certain expenses* advisory opinion the Court indicated that the powers would also be legal if they could be related to the statutory purposes of the organization.³² That is, the ICJ stated that in order to determine whether particular expenses can be qualified as expenses of the organization, each case must be considered in view of the purposes of the UN. Thus, the only legitimate test of the legality of the organization's expenses are the purposes of the UN as stipulated in the UN Charter. The ICJ expressed its view as follows:

[...] these purposes are broad indeed, but neither they nor the powers conferred to effectuate them are unlimited. Save as they have entrusted the Organization with the attainment of these common ends, the Member States retain their freedom of action. But when the Organization takes action which warrants the assertion that it was appropriate for the fulfilment of one of the stated purposes of the United Nations, the presumption is that such action is not ultra vires the Organization.³³

In other words, the Court referred to the purposes of the international organization and concluded that the powers of the United Nations may be implied if combined with its statutory purposes. According to J. Klabbers, the concept applied by the Court is very broad and may even inspire some authors to “to launch a concept of inherent powers.”³⁴ A similar view is presented by N. White, who believes that the ICJ opinion in this case is an expression of the idea of inherent powers.³⁵

Similar doubts were voiced by some judges in their dissenting opinions. These opinions reflect a desire for a more strict interpretation of the provisions and statutes of international organizations regarding their purposes. This is very well illustrated by the dissenting opinion of a Polish judge and the President of the Court at the time – B. Winiarski. Judge B. Winiarski pointed out that the Charter described the purposes of the United Nations with little accuracy and precision. Consequently, one cannot claim that the organization may pursue its purposes using any means possible. The fact that a particular organ of the UN is pursuing one of the statutory purposes of the organiza-

32 Cf. e.g. V. Engström, *op. cit.*, p. 58.

33 *Certain expenses case*, *op. cit.*, p. 168.

34 J. Klabbers, *op. cit.*, p. 71.

35 N. White, *The Law of International Organizations* (2nd edition), Manchester 2005, p. 131.

tion does not suffice to deem its acts lawful.³⁶ Similar concerns were expressed by Judge V. Koretsky in his dissenting opinion. He stressed the need for a stricter interpretation of the UN Charter provisions and voiced concerns regarding a method whereby the ends justify the means.³⁷

It should be pointed out that the dissenting opinions of both judges reflecting their distance to the implied powers doctrine were largely related to the position articulated by socialist jurisprudence of international law on the legal personality of international organizations and, in particular, their powers. This view was explicitly expressed by G. Tunkin who claimed that a liberal use of the implied powers of international organizations could lead to non-respect of the treaty provisions. This, in turn, may result in international relations becoming chaotic.³⁸

The Court referred to the 1949 advisory opinion in the 1996 *Legality of the use by a State of nuclear weapons in armed conflict* advisory opinion. This opinion was analysed here in the context of attributed powers. It is seen as defending the concept of attributed powers against the concept of implied powers. In this opinion the ICJ unambiguously held that international organizations are governed by the principle of speciality. It does not mean, however, that the Court fully rejected the doctrine of implied powers. In reference to this doctrine the Court stated that “it is generally accepted that international organizations can exercise such powers, known as implied powers.” Furthermore, the Court referred to the criteria previously accepted in the *Reparation for injuries* case and stressed that implied powers signify “powers which [...] are conferred upon [the Organization] by necessary implication as being essential to the performance of its duties.”³⁹

36 In his dissenting opinion Judge Winiarski stated that “The Charter has set forth the purposes of the United Nations in very wide, and for that reason, too indefinite terms. But [...] it does not follow, far from it, that the Organization is entitled to seek to achieve those purposes by no matter what means. The fact that an organ of the United Nations is seeking to achieve one of those purposes does not suffice to render its action lawful [...]. It is only by such procedures which were clearly defined, that the United Nations can seek to achieve its purposes. It may be that the United Nations is sometimes not in a position to undertake action which would be useful for the maintenance of international peace and security [...], but that is the way in which the Organization was concerned and brought into being.” Dissenting Opinion of President B. Winiarski, *Certain expenses case*, *op. cit.*, p. 230.

37 Dissenting Opinion of Judge V. Koretsky, *Certain expenses case*, *op. cit.*, p. 268.

38 G. Tunkin, *International Law in the International System*, 147 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1975, vol. IV, p. 187. Accordingly to G. Tunkin “the theory of implied powers [...] implies a refusal to respect international treaties and its practical application would lead to chaos in international relations and aggravation of international tensions.” *Ibidem*.

39 *Legality of Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflicts*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, p. 79.

Nevertheless, it should be noted that in this opinion the Court's view on implied powers is more restrictive than in any preceding opinion.⁴⁰

The Court's restrictive view regarding implied powers, which was a departure from its earlier position, was criticized in the literature.⁴¹ According to N.M. Blokker and H.G. Schermers, the Court's restrictive approach to implied powers should be considered in a specific context, i.e. in the light of the other Nuclear weapons advisory opinion, delivered on the same day. In this opinion concerning the *Legality of the threat or use of nuclear weapons*, the Court considered questions similar to those requested in the WHO opinion.⁴²

The Court's restrictive approach to the concept of implied powers does not mean its complete rejection. In its definition of the essence of implied powers, the Court used expressions found in earlier advisory opinions ("powers which [...] are conferred upon it by necessary implication as being essential to the performance of its duties"). However, it appears evident that the Court's position on the matter should be interpreted in the wider context of the crucial question regarding the limits of the theory of implied powers. Awareness of the significance of this question was high in the 1990s, as noted by J. Klabbers who describes this period as "implied powers under fire" and states that:

[...] while it is clear that the doctrine played a useful role when organizations were still in development, and more in particular when the very phenomenon of the international organization was still developing, it would seem that, at least in some of the more settled organizations, the doctrine has passed its heyday.⁴³

Concluding remarks

The PCIJ and ICJ advisory opinions presented above show that both courts made a significant contribution – both theoretical and intellectual – to the development of the doctrine of implied powers of international organizations. The position of both jurisdictions reflects the various tendencies and theoretical concepts regarding the international legal

40 This is reflected in the following statement of the Court: "in the opinion of the Court, to ascribe to the WHO the competence to address the legality of the use of nuclear weapons – even in view of their health and environmental effects – would be tantamount to disregarding the principle of speciality; for such competence could not be deemed a necessary implication of the Constitution of the Organization in the light of the purposes assigned to it by member States." Cf. *Legality of Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflicts*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, pp. 78–79.

41 For example: N. White, *The World Court, the WHO, and the UN System*, [in] *Proliferation of International Organizations – Legal Issues*, eds. N.M. Blokker, H.G. Schermers, The Hague 2001, p. 100 *et seq.*

42 H.G. Schermers, N.M. Blokker, *op. cit.*, p. 184, § 233A.

43 J. Klabbers, *op. cit.*, p. 79.

personality of international organizations and their powers. It also reflects the evolution of views on the place and role of these organizations in international relations. This indeed has been a very dynamic role, especially since the second half of the 20th century. Unsurprisingly, there has been a noticeable evolution of the ICJ's view on implied powers, too: from a strongly positive attitude expressed in the *Reparation for injuries* case to a more cautious approach adopted in the *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflicts* case. Without a doubt, the case law of both courts, but particularly of the ICJ, formed and still forms the intellectual basis for the analysis of issues concerning the implied powers of international organizations in the doctrine of international law. Out of the many different commentaries on this case law, it is particularly important to quote K. Skubiszewski who emphasizes that:

[...] in most cases where they have implied powers of an international organization, courts have not looked for support to one single category, but have combined various bases, though emphasis on each of them varied. Moreover, they have often gone beyond the process of implication and found corroboration for their conclusions in other arguments. It has often been a combination of reasons which lead a court to admit the existence of a power.⁴⁴

Literature

- Bernhardt R., *Competences of ILO Concerning Personal Work of the Employer (Advisory Opinion)*, [in] *Encyclopedia of Public International Law. Decisions of International Courts and Tribunals and International Arbitrations*, vol. 2, Amsterdam 1981.
- Engström V., *Understanding Powers of International Organizations. A Study of the Doctrines of Attributed Powers, Implied Powers and Constitutionalism – with a Special Focus on the Human Rights Committee*, Turku 2009.
- Klabbers J., *An Introduction to International Institutional Law*, 2nd edition, Cambridge 2009.
- Klabbers J., *The paradox of international institutional law*, "International Organizations Law Review" 2008, no. 1.
- Lauterpacht H., *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge 1996.
- Makarczyk J., *The International Court of Justice on the Implied Powers of International Organizations*, [in] *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, ed. J. Makarczyk, The Hague 1984.

⁴⁴ K. Skubiszewski, *op. cit.*, p. 868.

Martin Martinez M., *National sovereignty and international organizations*, The Hague 1996.

Proliferation of International Organizations – Legal Issues, eds. N.M. Blokker, H.G. Schermers, The Hague 2001.

Schermers H.G., Blokker N.M., *International Institutional Law*, 5th rev. edition, Leiden 2011.

Skubiszewski K., *Implied Powers of International Organizations*, [in] *International Law at a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabatai Rosenne*, ed. Y. Dinstein, Dordrecht 1989.

Tunkin G., *International Law in the International System*, “Recueil des Cours de l’Académie de Droit International” 1975, vol. IV.

Wheaton H., *Reports of Cases Argued and Adjudged in the Supreme Court of the United States*, Boston 1918.

White N., *The Law of International Organizations*, 2nd edition, Manchester 2005.

SUMMARY

The doctrine of implied powers of international organizations in the case law of international tribunals

The aim of this article is to present the contribution of international tribunals to the development of the doctrine of implied powers of international organizations. The author discusses the case law and the position presented by the PCIJ and the ICJ regarding the powers of international organizations. He points to the basis for implication of powers of international organizations and the limitation of such implication and presents a noticeable evolution of the tribunals view on the issue of implied powers.

Keywords: Implied powers, UN Charter, international organizations, International Court of Justice, Permanent Court of International Justice

ANDRZEJ GADKOWSKI, University of Geneva, Faculty of Law, 40 Boulevard du Pont-d’Arve, 1205 Genève, Switzerland, e-mail: andrzej.gadkowski@unige.ch.

PAWEŁ KWIATKOWSKI

Public international law with regard to the social consequences of the development of genetics

Expansion of the system of human rights to embrace a bioethical perspective is connected to the policy of international organisations focusing on new threats arising from the development of modern genetics. The local consequences of such global challenges – such as genetic discrimination,¹ attempts at improving human beings and violating the integrity of the human being,² or the patenting of the genome³ – required measures of a supra-national character to be taken. These measures were initiated by the United Nations, which laid out the foundations of the direction for the development of domestic systems through declarations, and by the Council of Europe, which passed international legislation to normalise legal issues regarding the social consequences of the development of genetics in the Convention for the protection of Human Rights and the Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine. This article focuses on the foundations of international bioethics law, with regard to the social consequences of the development of genetics.

Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights

The Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights, adopted during the 29th session of the General Conference of UNESCO on 11 November 1997,⁴ is

1 T. Lemke, *Perspectives on Genetic Discrimination*, New York 2013.

2 J. Habermas, *The future of human nature*, Cambridge 2003.

3 M. Ekberg, *Seven risks emerging from life patents and corporate*, “Science Technology and Society” 2005, no. 25.

4 J. Symonides, *Międzynarodowe instrumenty prawne w dziedzinie bioetyki i biotechnologii*, [in] *Prawa człowieka wobec rozwoju biotechnologii*, eds. J. Kondratiewa-Bryzik, K. Sękowska-Kozłowska, Warszawa 2013, p. 21; H. ten Have, M. Jean, *The UNESCO Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights. Background principles and application*, Paris 2009; C. Kup-

the first international act to have been devoted to legal issues related to the human genome. This act urges measures to be taken in regard to establishing domestic legislation implementing the principles agreed upon at an international level, and simultaneously requires that the UNESCO Director General be regularly informed of initiatives undertaken in this respect. The principles it formulates apply to human dignity in regard to protection of the human genome, the rights of the individual, research on the genome, the conditions for exercising scientific activity, and international cooperation aimed at implementing the provisions of this legal act.

As established by the provision of Article 1 of the Declaration: “The human genome underlies the fundamental unity of all members of the human family, as well as the recognition of their inherent dignity and diversity.”⁵ The human genome is susceptible to mutations, and thereby contains potentialities that are manifested in a manner defined by the social and natural environment. Such an understanding of the significance of the human genome gives rise to a catalogue of rights regarding the following:

- Conducting research, providing treatment or making diagnoses affecting the human genome, which in accordance with the provisions of the Declaration requires the independent consent of the person concerned, expressed consciously by this person. In the event of it being impossible to adhere to this form, the Declaration also admits the possibility of authorisation being given in a manner defined in legislation, should there be a direct health benefit for the person concerned. As for the case of research that may result in significant medical benefits for a particular group of people, where the person concerned is incapable of giving consent this authorisation is possible as long as the risks and the related burdens are kept to the minimum – Article 5 letters a, b, d, e.
- The right to decide on whether or not to be informed of the results of genetic examination – Article 5 letter c.
- The prohibition of discrimination on the basis of genetic characteristics – Article 6.
- The legal protection of genetic data stored or processed for research purposes – Article 7.
- The right to compensation for losses sustained as a result of interference in one’s genome – Article 8.
- The right to make use of scientific advances regarding the human genome, while respecting the dignity and human rights of the individual – Article 12 letter a.

puswamy, *The International Legal Governance of the Human Genome*, New York 2009; A. Langlois, *Negotiating Bioethics: The Governance of UNESCO’s Bioethics Programme*, New York 2013. 5 Article 1 A/RES/53/152.

The scope of the rights presented above is connected to the Declaration's assigning adopted precedence to human rights over research on the human genome, which is also reflected in how the purpose of such research is defined. The goal of research regarding the human genome, as determined by the Declaration, is to bring relief from suffering and to improve the state of health of both humankind as a whole and individual human beings. This act indicates the ethical implications of such research, simultaneously indicating the obligation to conduct it and present its findings in an honest and lawful manner. In this respect, the Declaration places responsibility both on the scientists themselves and on those shaping scientific policy. In this context the Declaration formulates countries' obligations in regard to creating the conditions for conducting research on the human genome and the dissemination of its principles. These obligations involve the following:

- ensuring freedom in conducting scientific research regarding the human genome, while simultaneously taking into account the implications of such research in an ethical, legal, social and economic sense – Article 14,
- ensuring freedom in conducting scientific research on the human genome, while simultaneously guaranteeing respect for human rights and freedoms, and the protection of public health, in keeping with the principles presented in the Declaration – Article 15,
- striving to ensure that the findings of scientific research are used for peaceful purposes – Article 15,
- acknowledging the significance of support for ethics committees tackling issues related to the social dimension of research on the human genome – Article 16,
- respecting individuals, families and population groups vulnerable to diseases of a genetic character – Article 17,
- assessing the risks related to conducting scientific work on the human genome and the benefits resulting from this research – Article 19,
- enabling developing countries to make use of scientific achievements related to research conducted on the human genome, and promoting the international dimension of knowledge in this area – Article 19,
- striving to respect the principles of the Declaration and to support the dissemination of scientific knowledge regarding the human genome – Article 20.

The obligations placed on member states should be implemented through education, scientific research and training, and support for forms of propagating information aimed at raising the level of public awareness and the international debate regarding biology, genetics and medicine. This precedence also translates to a prohibition on the reproductive cloning of human beings, simultaneously requiring the cooperation of states and international organisations in detecting such practices. The Bioethics Committee of

UNESCO has the task of disseminating the provisions of the Declaration and analysing the application of the said provisions.

International Declaration on Human Genetic Data

The International Declaration on Human Genetic Data, adopted by the General Conference of UNESCO on 16 October 2003,⁶ formulates the principles that bind “in the collection, processing, use and storage of human genetic data, human proteomic data and of the biological samples from which they are derived [...] in keeping with the requirements of equality, justice and solidarity, while giving due consideration to freedom of thought and expression, including freedom of research.”⁷

This act gives special status to human genetic data, which it describes by distinguishing their attributes. These attributes are: the ability to define individuals’ genetic predispositions, the ability to influence human offspring, the cultural dimension and the status of human genetic data as an information medium, the significance of which may be identified following genetic testing. This act calls for ensuring the appropriate level of protection both for the data and for the biological samples from which the said data may be obtained. It defines the purposes and procedures in the collection, processing, use and storage of the data. This covers in particular diagnostics, health care, scientific research, forensic medicine and also criminal and other legal proceedings. The Declaration also admits the collection, processing, use and storage of data for purposes other than those numerically listed, establishing as a condition that they are consistent with its provisions and international human rights law. Those procedures related to using human genetic data and proteomic data must meet ethical norms, while policy itself in this area should take into account the opinion expressed by society. Ethics committees play an important role in this policy. These institutions – functioning at national, regional, local and institutional levels – have been ascribed the role of consultants, expressing an opinion in the process of establishing regulations to normalise measures taken in regard to human genetic data, proteomic data, and biological samples, as well as their usage in specific projects.

A condition that has to be met for steps to be taken in respect to human genetic data is that the person concerned gives their consent. This person’s will must be expressed in an informed, voluntary and direct manner, after having received information concern-

6 V.J. Symonides, *op. cit.*, p. 22; A. den Exter *et al.*, *International health law and ethics*, Apeldoorn – Antwerp – Portland 2009, p. 355; J.A. Bovenberg, *Property rights in Blood, Genes and Data. Naturally yours?*, Leiden – Boston 2006, p. 12; G.I. Serour, A.R.A. Ragab, *Ethics of genetic counselling*, [in] *The SAGE Handbook of Health Care Ethics*, ed. R. Chadwick, H. ten Have, E.M. Meslin, London 2011, p. 153.

7 Article 1 of the International Declaration on Human Genetic Data.

ing the purpose of the collection, processing, use and storage of the data, regarding the consequences connected to the said data, and about being able to withdraw consent at any stage of the proceedings. Following the example of the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights, the International Declaration on Human Genetic Data also allows for an exception to this rule, linked to reasons of significant importance for the state of health of the person concerned, in the event of the said person being unable to express their conscious consent. The Declaration establishes that such intervention is defined by domestic legislation, and must proceed in keeping with the international system for the protection of human rights, while simultaneously taking into account the overriding character of the individual's interest. The Declaration also attaches authorisations to this interest regarding counselling and the results of examinations. These are: the right to decide whether or not to be informed of the results of examinations, and the right to avail themselves of expert counselling when considering the option of agreeing to undergo genetic testing. Thus not allowing an individual to have access to their own data is in principle forbidden. However, this does not apply in the case of this data being irretrievably unlinked to that person as the identifiable source, or where such access is limited due to a threat to public health or order, or to national security.

The Declaration obliges states to take measures towards protecting the privacy of genetic data through the establishing of domestic legislation consistent with international human rights law. In this context it formulates a set of directives embracing the following:

- a prohibition of the disclosure or rendering accessible of human genetic data, proteomic data or biological samples linked to an identifiable person to third parties – Article 14 letter b,
- a requirement not to link human genetic data, proteomic data or biological samples collected for scientific research purposes to an identifiable person, with the exception of cases where this is essential for the nature of the research, while simultaneously ensuring protection of the privacy of these data and restricting their period of storage to the essential minimum – Article 14 letters c, d,
- a requirement for persons and organisational units responsible for the processing of both data and biological samples to ensure their accuracy, credibility, security and quality – Article 15.

The principles of international collaboration in regard to the circulation of data and samples are defined by three directives:

- a requirement for states to regulate the circulation of human genetic data, proteomic data and biological samples in accordance with domestic and international legislation, and in a manner ensuring fair access to these data – Article 18 letter a,

- a requirement for states to make every effort in regard to fostering the international dissemination of scientific knowledge related to human genetic data and proteomic data – Article 14 letter b,
- a requirement for scientists to make every effort towards establishing collaboration in regard to human genetic data and proteomic data, subject to the restrictions expressed in this Declaration – Article 14 letter c.

This collaboration involves the requirement to share the results of scientific research using human genetic data, proteomic data or biological samples, both with society and the international community, subject to the restrictions contained in domestic legislation and international agreements. The following are example ways of achieving this goal:

- establishing forms of special assistance provided to individual persons and groups participating in the research,
- guaranteeing access to medical care,
- using the research results to ensure new diagnostic methods, means of treatment, and drugs,
- providing support for the health service,
- providing research assistance for developing countries,
- other forms of action in keeping with the principles of this Declaration.

The principles of access, protection of privacy, and demands placed before institutions involved in the processing of human genetic data, proteomic data and biological samples also define the purpose of their use. In order for there to be a change in the purpose of using genetic data, proteomic data and biological samples, there must be sufficient grounds for public interest. As such, the Declaration allows for an exception to the prohibition on changing the purpose of their use. The samples may be used for data generation based on previously-obtained consent expressed in an informed, voluntary and direct manner by the person concerned.

Universal Declaration on Bioethics and Human Rights

The next act of international law tackling issues related to the social consequences of the development of genetic engineering is the Universal Declaration of Bioethics and Human Rights – adopted unanimously on 19 October 2005 during the 33rd session of the UNESCO General Conference.⁸ The Universal Declaration on Bioethics and Human Rights tackles the subject of legal regulations on the social consequences of the development of genetic engineering in the broader context, as one of the issues “related to

⁸ H. ten Have *et. al.*, *The UNESCO Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights. Background principles and application*, Paris 2009; H. ten Have, *Towards global bioethics: UNESCO Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*, [in] *Genetic Democracy: Philosophical Perspectives*, ed. V. Launis, J. Räikkä, Berlin 2008.

medicine, life sciences and associated technologies.” The aims for which the Declaration was adopted are, as defined in Article 2:

- establishing a universal framework of principles and procedures for the requirements of drafting legislation, creating policies, and other instruments in the field of bioethics – Article 2 letter a,
- developing guidelines for initiatives undertaken in this scope – Article 2 letter b,
- promoting respect for human dignity – Article 2 letter c,
- protecting human rights – Article 2 letter c,
- calling for scientific research to be subject to ethical principles, while at the same time ensuring the freedom of scientific thought – Article 2 letter d,
- supporting social dialogue regarding bioethical issues – Article 2 letter e,
- promoting equitable access to the findings of scientific research in medicine and rapid sharing of thinking within this field of knowledge – Article 2 letter f,
- protecting the interests of current and future generations of mankind – Article 2 letter g,
- emphasising the role of biological diversity and the importance of its protection – Article 2 letter h.

Achieving these aims is linked to the requirement of observing the following principles:

- the principle of respecting human dignity – Article 3 § 1,
- the principle of the interests and welfare of the individual holding priority over the interests of science or society – Article 3 § 2,
- the principle of maximising the benefits for patients, research participants and other persons concerned, while simultaneously minimising the harm experienced by the above when applying or raising the level of scientific knowledge – Article 4,
- the principle of respecting the autonomy of decisions, with the simultaneous protection of the rights and interests of persons incapable of taking decisions independently – Article 5,
- the principle of the necessity of consent being expressed in an informed manner, voluntarily and directly by the person concerned, after having previously received sufficient information, and prior to prophylactic, diagnostic or therapeutic intervention, while at the same time this consent may be withdrawn at any time and for any reason – Article 6 § 2,
- the principle of the necessity of consent being expressed in an informed manner, voluntarily and directly by the person concerned, after having previously received sufficient information, and prior to scientific research, while at the same time this consent may be withdrawn at any time and for any reason – Article 6 § 2,

- the principle of special protection for persons without the capacity to express consent – Article 7,
- the principle of protection for personal integrity and respect for human vulnerability in the context of advancing and applying scientific knowledge – Article 8,
- the principle of respecting the privacy of the persons concerned – Article 9,
- the principle of confidentiality of information regarding the persons concerned – Article 9,
- the principle of respecting the equality of all human beings – Article 10,
- the principle of non-discrimination – Article 11,
- the principle of due regard being given to the importance of cultural diversity and pluralism – Article 12,
- the principle of solidarity and international cooperation in the Declaration's propagation – Article 13,
- the principle of social responsibility for the promotion of health – Article 14,
- the principle of the right to enjoy the highest attainable standard of health – Article 14,
- the principle of sharing the benefits resulting from scientific research with society and the international community – Article 15,
- the principle of protecting future generations by taking account of the impact of the life sciences – Article 16,
- the principle of protection of the environment, the biosphere and biological diversity – Article 17.

The provisions of the Declaration require support for professionalism, honesty, integrity and transparency in taking decisions and in social dialogue, via the enabling of pluralistic debate. These demands are tied to the functioning of independent and multi-disciplinary Ethics committees, appointed pursuant to the provision of Article 19 of the Declaration, with the purpose of:

- assessing research projects involving human beings in regard to ethical, legal, scientific and social issues,
- offering counselling in regard to the ethical aspects that occur in clinical settings,
- formulating recommendations and guidelines in the scope of this Declaration's regulations, based on the assessment of scientific and technological developments,
- fostering education, debate and social engagement in regard to bioethics.

States have a role to play in regard to promoting the specific provisions of this Declaration – through legislative and administrative initiative, support for educational and training programmes, and international cooperation – while measures within the scope of promotion and dissemination are taken by UNESCO. Pursuant to Article 25 of the

Declaration, this organisation strives to achieve this goal with the assistance of the International Bioethics Committee.

Declaration on Human Cloning

The provisions of the Declaration on Human Cloning adopted by the General Assembly of the United Nations during the 59th session on 23 March 2005⁹ constitute the expression of an initiative calling on states of the international community to undertake measures towards:

- ensuring adequate protection for human life in the application of life sciences – letter a,
- prohibiting all forms of human cloning – letter b,
- prohibiting the application of genetic engineering techniques detrimental to human dignity – letter c,
- preventing the exploitation of women in the application of life sciences – letter d,
- adopting and implementing domestic legislation aimed at putting the above guidelines into effect – letter e.

As a side note to the issues related to human cloning, the Declaration also tackles the matter of research into diseases affecting developing countries to the greatest degree. To this end, the General Assembly called upon the states of the United Nations to take into account such global problems as the HIV virus, tuberculosis and malaria in their policies for financing research in the medical sciences – letter f.

In contrast to the Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, the Declaration on Human Cloning was not adopted unanimously, but with 87 voting in favour, 34 voting against, 37 abstaining and 35 absent.¹⁰ As Symonides writes, the lack of consensus between United Nation member states had already revealed itself during the work of the Legal Committee, which began in August 2001.¹¹ At the time France and Germany tabled a motion for the inclusion of a point on the commencement of work on a new convention in the agenda of the General Assembly of the United Nations.¹² This convention was supposed to embrace a prohibition on reproductive cloning. Two key stances emerged in the discussion among country representatives, with the discussion constituting a response to the motion submitted. One was for a prohibition on all forms of cloning, also applying to the research on stem cells that is fundamental to the development

⁹ J. Symonides, *op. cit.*, p. 26; B. Steinbock, *Life Before Birth: The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses*, Oxford 2011, p. 301.

¹⁰ J. Symonides, *op. cit.*, p. 29.

¹¹ *Ibidem*, p. 26.

¹² *Ibidem*, p. 27.

of contemporary genetics, while the other was for a prohibition on reproductive cloning itself¹³. Those in favour of the first approach cited arguments connected to the protection of human dignity and the ineffectiveness of prohibition limited purely to reproductive cloning. Representatives of the countries taking this stance based their reasoning on the conviction that an embryo signifies a human being, a consequence of which is that its protection is subject to the system of human rights. They also emphasised the ineffectiveness of a prohibition limited to reproductive cloning due to the impossibility of verifying whether such a prohibition is observed. Thus such an approach also ruled out the possibility of therapeutic cloning. In addition, as representatives of states supporting this view indicated, the development of scientific research in human cloning may lead to new forms of violation of human rights. These apply to the threats to women, and in particular those from impoverished communities, that might arise from the demand for human egg cells.

On the other hand, the proponents of a prohibition on reproductive cloning cited the goal of the motion tabled by France and Germany for the inclusion in the agenda of the General Assembly of the United Nations of a point regarding measures towards the establishment of a new convention. It applied only to the issue of reproductive cloning and, according to those representing the second stance, this was precisely what should be debated. They pointed out the urgent requirement for such a prohibition to be enacted in the form of a convention, with the purpose of establishing universal legal regulations that would be binding in character, thereby introducing an effective instrument guaranteeing protection in this respect. Due to the inability to reach an agreement, the Legal Committee of the United Nations modified the direction of work, and in March 2005 – after four years of debate – the General Assembly adopted the Declaration on Human Cloning, instead of a binding act of international law. Because of the general character of the norms that the Declaration urges be respected, positions during the sittings of the UN's General Assembly were split, their boundaries marked by the dispute over establishing a prohibition on therapeutic cloning.

Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine

Unlike the declarations presented above, the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, known as the Convention on Human Rights and Biomedicine,¹⁴ is binding

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ A. Plomer, *The Law and Ethics of Medical Research: International Bioethics and Human Rights*, London – Sydney – Portland 2005, p. 75; J. Symonides, *op cit.*, p. 30.

for its signatories. This act, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 19 November 1996 and opened for signature on 4 April 1997,¹⁵ entered into force on 1 December 1999.¹⁶ As with the Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, the Convention on Human Rights and Biomedicine is not restricted to issues connected with the social consequences of the development of genetic engineering. Its regulatory scope has a broader perspective – applying to the relations between the system of human rights and the practical application of life and medical sciences. The goal and subject-matter of this international agreement is defined by Article 1, which determines that:

Parties to this Convention shall protect the dignity and identity of all human beings and guarantee everyone, without discrimination, respect for their integrity and other rights and fundamental freedoms with regard to the application of biology and medicine. Each Party shall take in its internal law the necessary measures to give effect to the provisions of this Convention.

The general provisions of the Convention emphasise the precedence of the welfare of the individual over the interests of society or science and the legitimacy of taking measures furthering fair access to health care, and also formulate general professional standards regarding interventions in the area of human health. Its different chapters regulate issues connected to the expression of consent by the person concerned for intervention of a scientific or medical nature, privacy and the right to information, the human genome, the conducting of scientific research, the removal of organs and tissues from living donors for transplantation purposes, and a prohibition on the commercialisation of the human body.

The issues related to the concept of a concerned person's consent are regulated by the provisions of Chapter II of the Convention. As Article 5 of the agreement determines, for a medical intervention to be carried out the person concerned must give their free and informed consent, after having been given the appropriate information regarding the purpose and nature of the intervention, as well as the risk related to it. This consent may be withdrawn by the person concerned at any time. An exception to this principle expressed in Article 5 of the Convention is defined in this legal act's Article 8, which determines that in the event of intervention being essential – and when obtaining the required consent is impossible – then the said intervention may be carried out without the required acceptance on the part of the patient. The limits to this exception are defined by the provisions regarding protection of persons incapable of expressing consent,¹⁷

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Article 6 CETS no. 164.

establishing protection for persons suffering from mental disorders,¹⁸ and requiring that a patient's wishes expressed beforehand be taken into account should it be impossible to obtain the required consent.¹⁹

Protection of privacy and the right to obtain information is regulated by the provisions of Chapter III of the Convention, which define:

- the right that everyone has to respect for private life in the context of information about their health – Article 10 § 1,
- the right that everyone has to access information regarding their health, although this right may be restricted by domestic law in the interest of the person concerned – Article 10 § 2.

Legal issues connected to the human genome are regulated by the provisions of Chapter IV of the Convention. These provisions prohibit discrimination due to a person's genetic heritage and prohibit the use of techniques of medically assisted procreation where their purpose is only to choose the child's sex, unless such a choice is dictated by the desire to avoid a hereditary disease, the occurrence of which is dependent on the sex. Provisions in this chapter also define the principles for conducting predictive genetic tests and the conditions for the admissibility of interventions on the human genome. The provision of Article 12 of the Convention determines that these tests are subject to counselling and may only be carried out for specified purposes – for health and related scientific research. According to Article 13 of the same act, intervention in the human genome is only permitted for prophylactic, therapeutic or diagnostic purposes, and then on the condition that the intervention will not cause hereditary changes in this person's descendants.

The scope of freedom for scientific research in the field of biology and medicine is determined by the provisions of Chapter V of the Convention. The provision of Article 16 of the Convention defines the catalogue of conditions essential for the admissibility of scientific research on people, which embraces the following:

- no alternative method of research featuring comparable effectiveness,
- the proportionality of the risk borne by the person undergoing such research to the potential benefits deriving from it,
- approval of the research project by the appropriate institution following its independent assessment to define the importance of the purpose of the research and its ethical acceptability,
- informing the person undergoing such research of their rights,
- obtaining and documenting the necessary consent defined in the provision of Article 5 of the Convention.

18 Article 7 CETS no. 164.

19 Article 9 CETS no. 164.

In regard to persons lacking the capacity to express their consent, Article 17 of the Convention stipulates an expanded catalogue of the conditions to be met for the admissibility of scientific research on such people, covering:

- a real and direct benefit to this person's health,
- the impossibility of conducting the research on persons capable of giving consent,
- the consent defined in Article 6 given in writing,
- no objection expressed in other form by the person incapable of giving consent.

The condition for a real and direct benefit to the health of a person incapable of giving consent may be waived as long as the following two demands are fulfilled:

- attaining results bringing significant scientific progress and ensuring benefit to the person subjected to the research or other persons,
- minimal risk to the person undergoing the research.

The provisions of Chapter V of the Convention also define the principles in regard to conducting research on embryos in vitro. Article 18 § 1 of this act established the obligation to ensure appropriate protection for embryos in vitro through a system of domestic law if its regulations admit the possibility of conducting research on them, while § 2 prohibits the creation of human embryos for research purposes.

The final chapters of the Convention – VI, VII, VIII, IX, X and XI – deal with transplantation, taking particular care to ensure proper protection for those persons incapable of giving consent for the removal of organs from their bodies; prohibit the commercialisation of the human body; provide for sanctions in the event of violation of the Convention's provisions; and focus on the relation with other regulations, on the public debate, on the Convention's interpretation and on its protocols.

Conclusion

The extension of international instruments in the field of human rights to embrace a bioethical perspective constitutes a response from international organisations to the social consequences of the development of genetics. Work on the preparation of international standards intensified together with the first scientific publications diagnosing the threats related to technology at the cutting edge of biology and medicine, such as genetic discrimination.²⁰ Global problems that demanded international initiatives were then outlined in the academic discourse. These initiatives led in turn to the formation of universal norms of a declarative nature, as well as legally binding norms for the states of the Council of Europe and the signatories to the Convention. The soft law norms call for the protection

²⁰ P. Billings, M.A. Kohn, M. de Cuevas, J. Beckwith, J.S. Alper, M.R. Natowicz, *Discrimination as a consequence of genetic testing*, "American Journal of Human Genetics" 1992, vol. 50.

of the human genome, for the introduction of principles in the collection, processing, use and storing of human genetic data, for establishing regulations reflecting bioethical standards and for the prohibition of cloning. Regulations of the Council of Europe set out the legally binding standards in the protection of the dignity and identity of a human being in regard to the application of biology and medicine where genetics plays a special role.

Literature

- Billings P., Kohn M.A., Cuevas M. de, Beckwith J., Alper J.S., Natowicz M.R., *Discrimination as a consequence of genetic testing*, "American Journal of Human Genetics" 1992, vol. 50.
- Bovenberg J.A., *Property rights in Blood, Genes and Data. Naturally yours?*, Leiden – Boston 2006.
- Ekberg M., *Seven risks emerging from life patents and corporate*, "Science Technology and Society" 2005, no. 25.
- Exter A. den et al., *International health law and ethics*, Apeldoorn – Antwerp – Portland 2009.
- Have H. ten et al., *The UNESCO Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights. Background principles and application*, Paris 2009.
- Have H. ten, *Towards global bioethics: UNESCO Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*, [in] *Genetic Democracy: Philosophical Perspectives*, eds. V. Launis, J. Räikkä, Berlin 2008.
- Habermas J., *Przyszłość natury ludzkiej. Czy zmierzamy do eugeniki liberalnej?*, transl. M. Łukasiewicz, Warszawa 2003.
- Kuppuswamy C., *The International Legal Governance of the Human Genome*, New York 2009.
- Langlois A., *Negotiating Bioethics: The Governance of UNESCO's Bioethics Programme*, New York 2013.
- Lemke T., *Perspectives on Genetic Discrimination*, New York 2013.
- Plomer A., *The Law and Ethics of Medical Research: International Bioethics and Human Rights*, London – Sydney – Portland 2005.
- Serour G.I., Ragab A.R.A., *Ethics of Genetic Counselling*, [in] *The SAGE Handbook of Health Care Ethics*, ed. R. Chadwick, H. ten Have, E.M. Meslin, London 2011.
- Steinbock B., *Life Before Birth: The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses*, Oxford 2011.
- Symonides J., *Międzynarodowe instrumenty prawne w dziedzinie bioetyki i biotechnologii*, [in] *Prawa człowieka wobec rozwoju biotechnologii*, eds. J. Kondratiewa-Bryzik, K. Sękowska-Kozłowska, Warszawa 2013.

Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, 9 November 1996, CETS no. 164.

Declaration on Human Cloning, 23 March 2005, A/RES/59/280.

International Declaration on Human Genetic Data, 16 October 2003, Resolution of the 32nd General Conference of UNESCO.

Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, 19 October 2005, SHS/EST/BIO/06/1.

Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights, 11 November 1997, A/RES/53/152.

SUMMARY

Public international law with regard to the social consequences of the development of genetics

The extension of international instruments in the field of human rights to embrace a bioethical perspective constitutes a response from international organisations to the social consequences of the development of genetics. These initiatives led in turn to the formation of universal norms of a declarative nature, as well as legally binding norms for the states of the Council of Europe. The author focuses on the basic principles of: the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights, the International Declaration on Human Genetic Data, the Universal Declaration on Bioethics and the Human Rights United Nations Declaration on Human Cloning, and the Convention on Human Rights and Biomedicine – presenting the foundations of international bioethics law with regard to the social consequences of the development of genetics.

Keywords: public international law, international bioethics law, new genetics

PAWEŁ KWIATKOWSKI, University of Gdańsk, Faculty of Law and Administration, Bażyńskiego 8, Gdańsk 80-309, Republic of Poland, e-mail: pawel.kwiatkowski@prawo.ug.edu.pl.

JACEK NAPIERAŁA

A few remarks on the interpretation of European company law¹

The position of European company law in the Polish legal system

European company law belongs to company law systems in each Member State, Poland included. The influence of European company law on Polish company law commenced as soon as the Europe Agreement entered into force.² Thereafter, under Article 2 of the Act concerning the conditions of accession of the Republic of Poland to the European Union,³ constituting an integral part of the Accession Treaty of 2003⁴ [Article 1(2)], European company law officially became part of the Polish company law regime. Therefore, European company law did not convert into national law, but – remaining distinct and autonomous – merged into it and became part of it.⁵ Consequently, domestic company law remains in force in each Member State, accompanied by *l'acquis communautaire* pertaining to companies,⁶ leaving the courts no choice but to apply not only Polish but also European company law.

1 This article – financed the National Science Centre, Poland (Project no. 2015/19/B/HS5/00002) – is an English translation by Agata Iżyk of the author's article published in Polish in: *Usus Magister Est Optimus. Rozprawy prawnicze ofiarowane Profesorowi Andrzejowi Kubasowi*, eds. B. Jelonek-Jarco, R. Kos, J. Zawadzka, Warszawa 2016.

2 The Europe Agreement establishing an association between the European Communities and their Member States on the one part, and the Republic of Poland on the other part, was drafted in Brussels on 16 December 1991 (Dz.U. 1994 no. 11 item 38, as amended).

3 EU OJ L 236 (2003), p. 33.

4 *Ibidem*, p. 17.

5 C. Mik, *Metodologia implementacji europejskiego prawa wspólnotowego w krajowych porządkach prawnych*, [in] *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, ed. C. Mik, Toruń 1998, p. 21.

6 E. Łętowska, „Multicentryczność” polskiego systemu prawa i wykładnia jej przyjazna, [in] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, eds. L. Ogiegiło, W. Popiołek, M. Szpunar, Kraków 2002, p. 1127.

The process of applying company law entails that a competent body (a court of law) makes decisions, formulating an individual and concrete rule of conduct based on the general and abstract rules of law in force. To accomplish this, the rules of law must first be decoded from legal texts by way of interpretation.⁷ Decoding a rule of law in force involves determining its syntactic and semantic elements distributed in legal acts, by institutionally independent legislators by means of rules of interpretation. In real-life situations, a rule of law may be decoded from either a piece of European law (whether primary and secondary) or domestic law. The decision of the court of law may also be based on rules of law which, although not expressly presented in a legal act, remain in force due to their being drawn through logical deduction based on the rules of inference (i.e. legal reasoning: logical and instrumental deduction of a rule from a rule, as well as deduction based on the interpretative arguments of legal analogy and *argumentum a fortiori*, based on the premise that the institutional lawmaker is consistent as regards their axiological evaluations).⁸

When in doubt over the interpretation of the wording of European acts of law, a national court may (and – should its ruling be final and absolute – must) apply to the Court of Justice of the European Union (the “Court”) for a judgment to be delivered under the preliminary ruling procedure. However, should no doubt arise, a national court (the court of the last instance) may construe the law itself, having regard to the assumptions of the *acte clair* doctrine; questions referred for preliminary rulings may also pertain to doubts over the understanding of the *acte clair* doctrine *per se*.⁹

The Court does not apply European company law, nor does it apply or interpret the domestic company legislation of a given Member State. What the Court does is interpret European company law in the course of a preliminary ruling procedure instigated by domestic courts referring questions for preliminary rulings pursuant to Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union (the TFEU), and determine

7 Z. Radwański, M. Zieliński, *Stosowanie i wykładnia prawa cywilnego*, [in] *System prawa prywatnego*, vol. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, ed. M. Safjan, Warszawa 2012, pp. 482–483, § 54.

8 Z. Ziemiński, *Teoria prawa*, Warszawa – Poznań 1978, pp. 125–129; more on the subject cf. A. Godek, *Zastosowanie derywacyjnej koncepcji wykładni prawa do rozstrzygania spraw ze stosowaniem przepisów unijnych*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 2011, vol. 1, pp. 21–39.

9 Cf. §§ 60–69 of the opinion of Advocate General Wahl of 13 May 2015 to the joint cases C-72/14 and C-197/14, X and T.A. van Dijk. According to the Court: “the third paragraph of Article 267 TFEU must be interpreted as meaning that a national court or tribunal against whose decisions there is no judicial remedy under national law, such as the referring court, is not required to make a reference to the Court of Justice of the European Union on the sole ground that a lower national court, in a case similar to the one before it and involving the same legal issue, has referred a question to the Court for a preliminary ruling; nor is it required to wait until an answer to that question has been given” (C-72/14 and C-197/14, X and T.A. van Dijk, § 2. All judgments of the European Court of Justice were accessed via: <http://curia.europa.eu>).

a Member State's failure to fulfil its obligations under the treaties pursuant to Article 258 TFEU. The interpretation of European company law also accompanies hearing and determining complaints for the annulment of a European act of law (Article 363 TFEU).

The process of interpreting European company law is influenced by both the nature of European company legislation and the nature of European law *per se*.

Distinctive features of European company law

European company law is specific in its character, which is reflected in: (a) the role it plays in the EU internal market, (b) the means and manner of regulation, and (c) the nature of the subject matter contemplated in acts of law.

European company law as one of the components of the internal market

European company law is a key element of the EU internal market.¹⁰ Companies enjoy cross-border mobility as part of the freedom of establishment stipulated in Article 49 TFEU. The internal market provides the freedom of movement of goods, people, services and capital under Article 26(2) TFEU. The fundamental freedoms percolate one another and, consequently, the Court's interpretation of one freedom affects (the understanding of) the subject matter of the remaining ones. The general principles put forward by the Court whilst construing the freedom of movement of goods greatly influence the interpretation of the rules of law pertaining to the freedom of establishment. Let me quote an example of the principle according to which the law takes into account the personal statute of a company in line with the law of the state where it has been incorporated. The origins of this rule may be traced back to the interpretation of the laws on the freedom of movement of goods. In the landmark *Cassis de Dijon* case¹¹ the Court held that a Member State may not restrict the access of goods produced in another Member State to its territory exclusively on the grounds that such goods fail to conform to the conditions set out in the laws and regulations of such a Member State.¹² The principle of respecting the personal statute of a cross-border company – in a state to which it has transferred its

¹⁰ *Action Plan: European company law and corporate governance – a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies*, Strasbourg, 12.12.2012, COM(2012) 740, p. 4; K.J. Hopt, *The European Company Law Action Plan Revisited: An Introduction*, [in] K. Geens, K.J. Hopt, *The European Company Law Action Plan Revisited*, Leuven 2010, p. 18: *Corporate mobility is the very essence of the internal market. We should do everything to promote it for the sake of entrepreneurial freedom as well as for the healthy effect of competition.*

¹¹ 120/78, *Cassis de Dijon*.

¹² A. Wróbel, *Znaczenie orzecznictwa "Cassis de Dijon" Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich a rozwój europejskiego prawa żywnościowego*, "Rejent" 1995, no. 10, p. 29.

seat pursuant to the freedom of establishment – was expressly put into words later in the widely quoted *Überseering* case (C-208/00).¹³

More to the point, the rule put forward in the joint case of *Keck-Mithouard*¹⁴ may be adapted so as to allow the assertion that the freedom of establishment may be restricted only by such measures (rules) which regulate the access to a foreign market, and not those regulating the functioning of companies on such a market. Rules aimed at hindering foreign companies' access to the market may be enacted as long as their application is reasonably justified. On the other hand, rules aimed at hindering a foreign company's functioning on the market – typically – fall within the blanket ban on discriminatory treatment. Rules of law are deemed not to be in breach of the freedom of establishment so long as they apply to all market participants on such a market (in other words, both foreign and domestic companies) and do not impede foreign companies' access to the market any more than they do as regards domestic companies.¹⁵ The Court expressly referred to the *Keck-Mithouard* rule in the *Commission v. Portugal* case (C-171/08). According to the Court, privileged shares “affect the position of a person acquiring a shareholding as such and are thus liable to deter investors from other Member States from making such investments and, consequently, affect access to the market.”¹⁶

Manner of regulation of European company law

In consequence, European company law has reached an unprecedented degree of harmonisation of domestic company law regulations when compared to other branches of private law.¹⁷ Yet European company law is far from being comprehensive, on the contrary, it coordinates selected aspects of company law¹⁸ and only to a necessary degree [Article 50(2)(g) TFEU]. This selective method of regulation, i.e. a more detailed regulation of individual branches of company law, e.g. the projected regulations of holding companies, is envisaged as enabling law implemented by a European model of a group

13 C-208/00, *Überseering*.

14 C-267/91 and C-268/91, *Keck and Mithouard*.

15 K. Steinke, *Die Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung des EuGH auf die Niederlassungsfreiheit*, Frankfurt am Main – Berlin – Bern – Bruxelles – New York – Oxford – Wien 2009, p. 251.

16 C-171/08, *European Commission v. Portuguese Republic*, § 67, C-212/09; *European Commission v. Portuguese Republic*, § 64, C-565/08; *European Commission v. Italian Republic*, § 67; cf. also C-594/14, *Simona Kornhaas v. Thomas Dithmar*, § 28.

17 M. Lutter, W. Bayer, J. Schmidt, *Europäisches Unternehmensrechts- und Kapitalmarktrecht*, “Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht”, 2012, no. 1, p. 3, § 2; K.J. Hopt, *Europäisches Gesellschaftsrecht im Lichte des Aktionsplans der Europäischen Kommission vom Dezember 2012*, “Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht” 2013, no. 2, pp. 167–168.

18 Opinion of Advocate General Trstenjak of 2 June 2010 to the case C-81/09, *Idrima Tipou AE v. Ipourgos Tipou kai Meson Mazikis Enimerosis*, § 25; A. Opalski, *Europejskie prawo spółek – zasady prawa europejskiego i ich wpływ na polskie prawo spółek*, Warszawa 2010, p. 65.

interest.¹⁹ Given that harmonization by way of directives applies only to selected company law institutions, there is no doubt that in other matters Member States may shape their respective company law regimes freely, however, having regard for the fact that such legislation must not restrict the fundamental freedoms guaranteed under the Treaties.²⁰

The process of applying European company law is largely contingent on the effect of the determination whether a given company law institution has been regulated by the European legislator or – on the contrary – has been left to the discretion of the Member States; e.g. in the *Impaco Azul Lda* case, the Court points out that Member States are given autonomy as regards restricting the limitation of a member's liability for the debts of a company.²¹ This point corresponds to the *Idryma Typou AE* case, where the Court also ruled on a Member State's autonomy, as regards restricting the limitation of a company's liability to the value of its assets.²²

Autonomous regulation at the European level adjoins autonomous legislation in domestic jurisdictions, which is reflected in the interpretation of the subjective scope of the freedom of establishment in the *Daily Mail* case²³, further developed in the *Cartesio* case²⁴ and confirmed in the *National Grid Indus*²⁵ and *Vale*²⁶ cases. In the opinion of the Court, whether a company may rely on the prohibition on restrictions of the freedom of establishment (i.e. it is the addressee of Article 49 TFEU) depends greatly on whether such a company falls within the scope of Article 54 TFEU under domestic law.

The distinctive nature of the subject matter of European company law

Experts in the field emphasise the fact that “to characterise the process of interpretation of civil law (its provisions), it is paramount to have regard to the distinctive features of civil law first,”²⁷ including in particular the fact that it regulates legal relations between autonomous actors. Under company legislation, classified as private (civil) law, auto-

19 Taking the initiative on the issue has been announced in item 4.6. of the Action Plan – COM(2012) 740, pp. 16–17. Cf. *Response to the European Commission's Action Plan on Company Law and Corporate Governance by the former Reflection Group on the Future of UE Company Law*, “European Company and Financial Law Review” 2013, no. 3, pp. 325–326; P.-H. Conac, *Director's Duties in Groups of Companies – Legalizing the Interest of the Group at the European Level*, “European Company and Financial Law Review” 2013, no. 2, pp. 194–226. Cf. *Forum Europaeum on Company Groups, Eckpunkte für einen Rechtsrahmen zur erleichterten Führung von grenzüberschreitenden Unternehmensgruppen in Europa*, “Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht” 2015, no. 4, pp. 505–515.

20 Cf. § 31 of C-347/09, J. Dickinger, F. Ömer.

21 C-186/12, *Impaco Azul Lda*, § 35 ab initio.

22 C-81/09, *Idryma Typou AE*, § 40 and § 44.

23 81/87, *Daily Mail*.

24 C-210/06, *Cartesio*.

25 C-371/10, *National Grid Indus*.

26 C-378/10, *Vale*.

27 Z. Radwański, M. Zieliński, *op. cit.*, p. 478, § 51.

mous entities take various roles (e.g. individuals and bodies corporate as shareholders or members of multi-member governing bodies of a company), which in turn affects, for example, the justification for qualifying the regulation of the relationship between a company's governing bodies as acts-in-law.²⁸ The interpretation of company legislation greatly depends on whether the act of law under scrutiny regulates internal or external relations pertaining to companies. On the one hand, application of general principles of civil law, which concern external relations, i.e. relations between separate and unrelated entities, to internal relations between governing bodies of same company should be done with caution.²⁹ On the other, the general objective of regulations pertaining to both spheres are indeed different, which is reflected in the Court's purposive interpretation of European company law, e.g. in the *Commission v. Spain* case,³⁰ where the Court held that Spanish company law provisions contravene the second company law directive (77/91/EC), to the extent in which they equal the pre-emptive right attached to shares (and pertaining to internal relations within a company) with the right vested in the holder of convertible (hybrid) debentures (and pertaining to external relations between a company and its stakeholders). By the same token, in the *Alfred Hirmann* case pursuant to a reference for preliminary ruling, the Court answered the following question: do the provisions of the second directive aimed at maintaining (and thus protecting) share capital preclude the situation where a company is obliged to reimburse the purchase price for shares to a shareholder as a consequence of a share purchase agreement having been rescinded? The Court provided a negative answer. Firstly, the second directive regulates the internal relations between shareholders and a company under its articles of association pertaining to the internal relations within a company exclusively, hence it fails to touch on the issue of liability for a breach of a share purchase agreement. Any compensation extended by a company for a breach of its disclosure obligations does not fall within the meaning of the word "distribution" as provided in Article 15 of the second directive.³¹ And secondly, a shareholder is entitled to return their shares to a company, should such shares have been purchased as a result of a misrepresentation on the part of the company, and such entitlement does not fall within the buy-back ban set out in Article 18 of the directive.³²

The clear distinction between the company's internal and external relations finds its merits also in matters concerning jurisdiction. In the opinion of the Court, the domestic court in a Member State where insolvency proceedings have been instigated enjoys

28 I.e. not the relation between governing bodies, but "the relation between a body which adopts a resolution and the persons appointed to another governing body (the management board)".

Cf. Z. Radwański, [in] *System prawa prywatnego*, vol. 2, *op. cit.*, p. 181, § 38.

29 I CSK 11/07, [in] OSNC 2008, no. 5, item 51.

30 C-338/06, *Commission of the European Communities v. Kingdom of Spain*, §§ 50–57.

31 C-174/12, *Alfred Hirmann*, §§ 27–32.

32 C-174/12, *Alfred Hirmann*, § 34.

jurisdiction to hear and determine an action brought by the liquidator in insolvency proceedings against the managing director of the debtor for reimbursement of payments which were made after the company became insolvent, or after it had been established that the company's liabilities exceeded its assets.³³ The external relations, on the other hand, are contemplated in cases pertaining to the liability of either members of a company's governing bodies or its shareholders towards a company's creditors. To quote one example, in the view of the Court, the court having jurisdiction to hear actions seeking to hold liable a member of the board of directors and a shareholder of a limited company for the debts of that company, due to the fact that they have allowed the company to continue in existence despite the fact that it had been underfinanced and thus should have been wound-up, is the same as the court having jurisdiction over the place where the harmful event occurred or could have occurred occur.³⁴

The distinctive nature of European company law

L'acquis communautaire is separate from both international law and the internal law of Member States.³⁵ The distinctive nature of (European) company law is reflected in its (a) autonomy, (b) applied methods of interpretation, and (c) significance for pro-European interpretation of domestic company legislation.

Autonomy

Institutions and terminology under EU company legislation are, in principle, autonomous, i.e. the manner in which they are interpreted should be grounded on EU legislation exclusively, unless a given piece of legislation contains express references to domestic legislation for determining the meaning and scope of a contemplated term.

The Court has consistently held that it follows from the need for uniform application of European Union law and from the principle of equality that the terms of a provision of that law which makes no express reference to the law of the Member States for the purpose of determining its meaning and scope must normally be given an autonomous and uniform interpretation throughout the Union, having regard to the context of the provision and the objective pursued by the legislation in question.³⁶

33 C-295/13, H., § 1.

34 C-147/12, ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB, § 55(i).

35 M. Safjan, *Europeizacja prawa prywatnego – ewolucja czy rewolucja. Perspektywa orzecznicza*, [in] *Aurea praxis aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, eds. J. Gudowski, K. Weitz, vol. 2, Warszawa 2011, p. 2514.

36 C-396/09, Interedil Srl, in liquidation, § 42.

Methods of interpretation

The Court resigned from formulating its own methods of interpretation; instead it uses the familiar, traditional methods of textual, systemic, functional, historic and comparative interpretation. The methods are subject to the principle of uniform interpretation, aimed at ensuring that *l'acquis communautaire* is uniformly construed, interpreted and applied EU-wide.³⁷

The Court interprets the law with regard to its regulatory context and the aim to which the legislator aspired (thus the significance of the functional approach to interpretation),³⁸ contemporaneously taking into consideration all methods of interpretation, i.e. the Court does not rest upon having linguistically construed a rule from an explicit and unambiguous piece of legislation.³⁹ In line with the so-called theory of derivative interpretation (the derivative concept of legal interpretation), the process of construing a law commences with linguistic interpretation, the results of which must be further verified by way of external rules (systemic and functional interpretation).⁴⁰

To quote one example: in the judgment *in re* Michael Timmel the Court construed Article 14(2)(b) of the prospectus directive⁴¹ with a view to determining whether a prospectus must be made available at both the issuer and the intermediary's offices. The dilemmas pertaining to the interpretation of this article arose as a consequence of discrepancies between the language version of the directive.

The referring court points out that according to the German version of that provision the base prospectus must be made available to the public at the registered office of the issuer or at the offices of the financial intermediary, whereas according to the versions of the provision in Spanish, English and French that prospectus must be available in both places.⁴²

37 C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe*, Warszawa 2000, p. 685, § 1673.

38 The opinion of the Advocate General Verica Trstenjak of 2 June 2010 to the case C-81/09, *Idryma Typou AE* and case law quoted in annotation 23 thereto.

39 J. Wróblewski, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Wrocław 1990, pp. 76–88; Z. Radwański, *Derywacyjna koncepcja wykładni polskiego prawa prywatnego a wykładnia prawa Unii Europejskiej*, [in] *Aurea praxis...*, *op. cit.*, p. 2508 *et seq.*

40 Z. Radwański, *Uwagi o wykładni prawa cywilnego*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 2009, no. 1, p. 12; A. Wentkowska, *Interpretacja in dubio pro communitate – dyrektywa wykładni proeuropejskiej w orzecznictwie sądów polskich*, [in] *Doświadczenia prawne pierwszych lat członkostwa Polski w Unii Europejskiej*, eds. S. Biernat, S. Dudzik, Warszawa 2011, p. 148.

41 Directive 2003/71/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading and amending Directive 2001/34/EC, EU OJ L 345, 31/12/2003 P. 0064.

42 C-359/12, *Michael Timmel*, § 61.

The Court indicated that “in this regard, it is to be recalled that a text which, by reason of divergences between the various language versions, does not lend itself to a clear and uniform interpretation must be interpreted by reference to both the purpose and the general scheme” of 2003/71/EC directive.⁴³ §§ 4 and 10 of the recitals of the directive clearly state that the directive aims to ensure investor protection and the widest possible access for undertakings to investment capital EU-wide:

[...] those objectives could be undermined in the situation where the issuer’s office is in a different Member State from that of the financial intermediary, since a prospectus made available to the public only in paper form would then be available only at one of those two offices.⁴⁴

Such a result of interpretation is reinforced by the general structure of the directive.

Since Article 14(7) of the Prospectus Directive requires that, where the prospectus is made available by publication in electronic form, a paper copy be delivered to the investor, upon his request, by the issuer or the financial intermediaries, it is necessary for the financial intermediaries to have a copy of the prospectus in order to be able to perform that obligation.⁴⁵

Ergo, Article 14(2)(b) of the prospectus directive should be construed and interpreted in such a way as to allow the interpreter to conclude that a prospectus be made available in the office of the issuer and the financial intermediary both.⁴⁶

Inference of legal rules

Decoding a company law rule in force does not cease at reading it according to the rules of language. In force are also rules deducted from rules, in line with the rules of logical inference. The Court referred to reasoning based on legal inference as well as logical reasoning based on the premise that the lawmaker is consistent in their axiological evaluations (*a fortiori*, *per analogiam* reasoning) whilst interpreting the subject matter of the freedom of establishment. For instance, in its judgment *in re* Jochen Dickinger, Franz Ömer the Court based its *a maiori ad minus* reasoning on a rule encoded in Article 49 of TEEC, subject to its interpretation in one of its previous cases. The said rule applies to an operator offering betting and gaming services in another Member State provided

⁴³ *Ibidem*, § 62.

⁴⁴ *Ibidem*, § 65.

⁴⁵ *Ibidem*, § 67 *ab initio*.

⁴⁶ *Ibidem*, § 4 of the judgment. Therefore, it must be pointed out that Polish wording of Article 14(2)(b) contains an alternative „and/or” not cumulative “and.”

that it uses intermediaries having offices in the same Member States as its clients.⁴⁷ In the opinion of the Court “that article applies a fortiori where the operator of games of chance makes use not of intermediaries but of a mere provider of computer support services in the host Member State.”⁴⁸

On a different occasion, in the judgment *in re* Commission of the European Communities v. Federal Republic of Germany the Court used *a simili* reasoning on the grounds of a rule of law it read in one of its previous judgments, in light of which “it would be incompatible with the right of freedom of movement were a citizen of the European Union, in the Member State of which he is a national, to receive treatment less favourable than that which he would enjoy had he not availed himself of the freedoms offered by the Treaty in relation to movement.”⁴⁹ The Court believes that such reasoning applies *per analogiam* to persons, who exercise their fundamental freedom of establishment:

In so far as the effect of the transitional provisions is that psychotherapists established in Germany who established themselves outside that Member State during the reference period and then returned to Germany before 1 January 1999 are less favourably treated than psychotherapists who remained in Germany during the same period, those provisions are incompatible with the provisions of the Treaty concerning freedom of establishment, unless they can be justified.⁵⁰

Direct and indirect application of European company law

The rules of European company law – though autonomous – are becoming part of domestic legislation (pertaining to company law). The effectiveness of *l’acquis* requires that the rulings be twofold:

Firstly, a prospective conflict between domestic and European rules should be settled with regard to the principle of the priority of European law. This principle has been worked out in the Court’s case law (see *Costa/E.N.E.L.*, 6-64), although – as emphasized by the (Polish) Constitutional Court – it transpires “indirectly from a number of provisions of the Treaties, including but not limited to, those determining the obliga-

47 C-243/01, Piergiorgio Gambelli and Others, § 58.

48 C-347/09, Jochen Dickinger, Franz Ömer, § 37 *in fine*, cf. also C-470/13, Generali-Providencia Biztosító Zrt v. Közbiztosítási Hatóság Közbiztosítási Döntőbizottság, § 36. According to the Court’s judgment, Articles 49 and 56 of TFEU do not contravene with application of domestic provisions enabling contracting authorities to exclude economic operators, *inter alia*, for serious professional misconduct, such as infringement of antitrust rules, as such misconduct may render an economic operator’s integrity questionable.

49 C-456/05, Commission of the European Communities v. Federal Republic of Germany, § 58.

50 *Ibidem*, § 59.

tions of Member States as regards enforcement of European legislation.⁵¹ From the perspective of legal practitioners applying the law, the principle is given the weight of a rule of systemic interpretation.

Secondly, where European law cannot be applied directly, the gap is filled with a domestic rule of law, construed with regard to the contents and the objective of a directive. In such cases, the rulings returned by courts rely on domestic legislation, whereas European company law serves as a point of reference.⁵² The obligation to construe the law having regard to European legislation transpires from both Article 4(3)(2) of the Treaty on the European Union obliging Member States to undertake all measures, and the Constitution of the Republic of Poland.⁵³ The emphasis on the “indirect” application of European company law allows the conclusion to be drawn that “the obligation to interpret company law provisions in line with European company law entails in fact the priority rule, hence, it is justified that it be qualified as systematic rule of interpretation.”⁵⁴ However, it must be realised that direct application of European law and pro-EU interpretation of domestic law are categorically different phenomena. While applying the priority principle a court applies a rule of European law, whereas pro-EU interpretation is applied in the course of construing domestic laws.

Bearing in mind the principle of the priority of European law, a national court hearing a given case applies the rule expressed in EU legislation. On the other hand, construing a piece of legislation in line with the pro-European interpretation of company law, the court interprets the national law as far as possible with the purpose and the wording of the directive serving as a point of reference,⁵⁵ having regard to all domestic methods of interpretation, bearing in mind the ban on *contra legem* interpretation.. Implementing the proposition of pro-European interpretation of law entails either accepting this result of domestic interpretation, which is the closest to the purposes of the directive (in the light of the secondary preferential rule of interpretation), or – should the purpose of a given piece of domestic legislation not be expressly exhibited by the national legislator – having regard to the purpose of the directive whilst determining the meaning and sense of the wording within a given functional context.⁵⁶

51 Item III.2.2 of *obiter dicta* to the judgment of Poland’s Constitutional Court *in re* SK 45/09, OTK-A 2011, no. 9, item 97.

52 A. Kalisz, *Wykładnia i stosowanie prawa wspólnotowego*, Warszawa 2007, p. 49.

53 The judgment of Poland’s Constitutional Court *in re* K 2/02, OTK-A 2003, no. 1, item 4, pp. 59, 68.

54 Z. Radwański, M. Zieliński, *op. cit.*, p. 537, § 184.

55 C-106/89, *Marleasing*.

56 U. Babusaux, *Die richtlinienkonforme Auslegung im deutschen und französischen Zivilrecht. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur europäischen Methodendiskussion*, Baden-Baden 2007, p. 41; J. Napierała, *Uwagi na temat wykładni prawa krajowego zgodnej z dyrektywami europejskiego prawa spółek*, „Czasopismo Kwartalne Całego Prawa Handlowego, Upadłościowego oraz Rynku Ka-

Conclusion

In order to hear and determine a given case pertaining to company law, the national court must often untie the knotty dilemma of interpreting EU company law, which may occur in two situations: (a) either when the national court applies EU provisions directly (e.g. applying the regulation pertaining to the European company or directly effective provisions of company law directives, or when such provisions must be directly applied *in lieu* of domestic provisions in line with the principle of priority of EU law), or (b) when the national court desires to interpret domestic company law provisions in a pro-European manner, which in turn requires that a rule(s) of European law be decoded and serve as a point of reference. In both situations, the national court – when in doubt as to the interpretation of European law – may (and – should its ruling be final and absolute – must) refer to the Court of Justice of the European Union for preliminary ruling. By the same token, should the courts be left with no doubt, they are both authorised and obliged to conduct interpretation of European company law using in its own endeavour.

The application of European company law by domestic courts entails prior interpretation of EU legislation. In addition, decoding the EU legislative model serves as a reference point in the indirect application of European company law by way of pro-European interpretation of domestic company law. Researching the manner for determining the model providing the point of reference in interpretation of European company law and pro-European interpretation of domestic company law is based on the following premises (research hypotheses):

Firstly, the manner of interpretation of European company law is affected by both the specific nature of European company law and *l'acquis communautaire*. The proposition of the autonomous interpretation of European law entails both a premise regarding the scope of the application of rules decoded from European acts of law (autonomy of regulation) and the manner of interpretation of such rules (uniform interpretation).

Secondly, interpretation methods are subject to the principle of uniform interpretation, which aims to safeguard uniform understanding and application of *l'acquis* EU-wide. The principle is crystallised by way of: (i) having regard to all language versions of acts of law deemed authentic, (ii) interpreting secondary company law in line with primary sources of law, including in particular the fundamental principles of European law, (iii) interpreting rules of law with regard to their context and purpose (functional interpretation), contemporaneously bearing in mind all methods of interpretation and not ceasing the process upon having construed an unambiguous and explicit piece of legislation.

pitałowego” 2008, no. 3, p. 361; K. Oplustil, *O potrzebie proeuropejskiej wykładni polskiego prawa spółek*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010, no. 9, p. 5.

Thirdly, when undertaking pro-European interpretation one must (i) have regard to all domestic methods of interpretation, (ii) in line with the blanket ban on *contra legem* interpretation, and (iii) bear in mind the purpose and wording of a directive serving as a point of reference for pro-European interpretation, as far as possible. "As far as possible" is rightly construed as a degree of openness to the interpretation of domestic provisions having regard to the purpose of a directive.

Literature

- Babusaux U., *Die richtlinienkonforme Auslegung im deutschen und französischen Zivilrecht. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur europäischen Methodendiskussion*, Baden-Baden 2007.
- Balddauf N., *Richtlinienverstoß und Verschiebung der Contra-legem-Grenze im Privatsverhältnis*, Tübingen 2013.
- Conac P.-H., *Director's Duties in Groups of Companies – Legalizing the Interest of the Group at the European Level*, "European Company and Financial Law Review" 2013, no. 2.
- Godek A., *Zastosowanie derywacyjnej koncepcji wykładni prawa do rozstrzygania spraw ze stosowaniem przepisów unijnych*, "Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny" 2011, vol. 1.
- Hopt K.J., *Europäisches Gesellschaftsrecht im Lichte des Aktionsplans der Europäischen Kommission vom Dezember 2012*, "Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht" 2013, no. 2.
- Lutter M., Bayer W., Schmidt J., *Europäisches Unternehmensrechts- und Kapitalmarktrecht*, "Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht" 2012, Sonderheft 1.
- Łętowska E., „Multicentryczność” polskiego systemu prawa i wykładnia jej przyjazna, [in] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, eds. L. Ogiegło, W. Popiołek, M. Szpunar, Kraków 2002.
- Mik C., *Metodologia implementacji europejskiego prawa wspólnotowego w krajowych porządkach prawnych*, [in] *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, ed. C. Mik, Toruń 1998.
- Napierała J., *Uwagi na temat wykładni prawa krajowego zgodnej z dyrektywami europejskiego prawa spółek*, "Czasopismo Kwartalnego Całego Prawa Handlowego, Upadłościowego oraz Rynku Kapitałowego" 2008, no. 3.
- Opalski A., *Europejskie prawo spółek – zasady prawa europejskiego i ich wpływ na polskie prawo spółek*, Warszawa 2010.
- Oplustil K., *O potrzebie proeuropejskiej wykładni polskiego prawa spółek*, "Przegląd Prawa Handlowego" 2010, no. 9.

- Radwański Z., *Derywacyjna koncepcja wykładni polskiego prawa prywatnego a wykładnia prawa Unii Europejskiej*, [in] *Aurea praxis aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, eds. J. Gudowski, K. Weitz, vol. 2, Warszawa 2011.
- Radwański Z., Zieliński M., *Stosowanie i wykładnia prawa cywilnego*, [in] *System prawa prywatnego*, vol. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, ed. M. Safjan, Warszawa 2012.
- Safjan M., *Europeizacja prawa prywatnego – ewolucja czy rewolucja. Perspektywa orzecznicza*, [in] *Aurea praxis aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, eds. J. Gudowski, K. Weitz, vol. 2, Warszawa 2011.
- Steinke K., *Die Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung des EuGH auf die Niederlassungsfreiheit*, Frankfurt am Main – Berlin – Bern – Bruxelles – New York – Oxford 2009.
- System prawa prywatnego*, vol. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, ed. Z. Radwański, Warszawa 2002.
- Wróbel A., *Znaczenie orzecznictwa „Cassis de Dijon” Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich a rozwój europejskiego prawa żywnościowego*, “Rejent” 1995, no. 10.
- Ziemiński Z., *Teoria prawa*, Warszawa – Poznań 1978.
- Wróblewski J., *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Wrocław 1990.
- Wentkowska A., *Interpretacja in dubio pro communitate – dyrektywa wykładni proeuropejskiej w orzecznictwie sądów polskich*, [in] *Doświadczenia prawne pierwszych lat członkostwa Polski w Unii Europejskiej*, eds. S. Biernat, S. Dudzik, Warszawa 2011.

SUMMARY

A few remarks on the interpretation of European company law

The application of European company law by domestic courts entails prior interpretation of EU legislation. Firstly, the manner of interpretation of European company law is affected by both the specific nature of European company law and *l’acquis communautaire*. Secondly, interpretation methods are subject to the principle of uniform interpretation, which aims to safeguard uniform understanding and application of *l’acquis* EU-wide. Thirdly, when undertaking pro-European interpretation one must (i) have regard to all domestic methods of interpretation, (ii) in line with the blanket ban on *contra legem* interpretation, and (iii) bear in mind the purpose and wording of a directive serving as a point of reference for pro-European interpretation, as far as possible.

Keywords: European Union, company law

JACEK NAPIERAŁA, Adam Mickiewicz University Poznań, Faculty of Law and Administration, Al. Niepodległości 53, 61-714 Poznań, e-mail: jacek.napierala@amu.edu.pl.

JAN OLSZANOWSKI, WOJCIECH PIĄTEK

The validity of the principle of mutual trust between the EU Member States in mutual assistance for the recovery of public claims¹

Introduction

The flow of capital among states and continents, including the migration of people that increases each year, has entailed that states must establish legal regulations that prevent fraud and budget losses. Europe witnessed such actions as early as the Interwar Period, primarily consisting in establishing legal mechanisms aimed at avoiding double taxation². The first normative act adopted by the present European Union that directly governed mutual assistance of the Member States for the recovery of public claims was the Council Directive 76/308/EEC of 15 March 1976 – on mutual assistance for the recovery of claims resulting from operations forming part of the system of financing the European Agricultural Guidance and Guarantee Fund, and of agricultural levies and customs duties³. This act was implemented as a consequence of the failure to enforce the claim for recovering public claims that emerged prior to its enactment.

From 1976 until now, cooperation between the EU Member States has been gradually strengthened through expanding the subjective scope to new categories of public claims, establishing three separate cooperation forms, most notably the possibility to recover claims arising in one state by authorities of another state, and establishing separate in-

1 This article was written on the basis of the project financed by the National Science Centre under the decision of the Director of the National Science Centre dated 13 October 2011, decision no. DEC-2011/01/D/HS5/01526.

2 V. more. F. Cannes, *The Historical Development of the Exchange of Information for Tax Purposes*, [in] *Exchange of Information for Tax Purposes*, ed. O.Ch. Günther, N. Tüchler, Wien 2013, pp. 18–22.

3 Council Directive 76/308/EEC of 15 March 1976 on mutual assistance for the recovery of claims resulting from operations forming part of the system of financing the European Agricultural Guidance and Guarantee Fund, and of agricultural levies and customs duties (Official Journal of the European Union No 333 of 24 December 1977), hereinafter referred to as Directive 76/308/EEC.

stitutional frameworks of cooperation.⁴ In the current legal status, the basic EU legal acts are the Council Directive No 2010/24/EU of 16 March 2010 concerning mutual assistance for the recovery of claims relating to taxes, duties and other measures,⁵ and the Commission Implementing Regulation (EU) No 1189/2011 of 18 November 2011, which lays down detailed rules in relation to certain provisions of Council Directive 2010/24/EU concerning mutual assistance for the recovery of claims relating to taxes, duties and other measures.⁶

The aforementioned EU legal acts have already been analysed by researchers from many European countries.⁷ Council Directive 2010/24/EU was implemented into the laws of all the EU Member States. In practice, mutual assistance between the EU Member States for the recovery of claims relating to taxes, duties and other measures covers millions of euros. In 2011 the total amount of the recovered amounts amounted to €62,475,879. In 2012 this amount significantly declined to €32,076,738. However, 2013 witnessed the growth to €41,115,223.⁸

The aim of this study is to analyse the current international cooperation in the recovery of public claims in view of the principle of mutual trust between the Member States, which forms the basis for such cooperation. The characteristic feature of mutual assistance for the recovery of public claims is to assist the other Member State without acquiring any mutual benefits automatically and being sure that the assisted Member State will be equally committed to executing the request for assistance received from another Member State. In the light of the foregoing, it is necessary to analyse the provisions of Directive No 2010/24/EU and of Regulation No 1189/2011 with respect to the building of mutual trust between the Member States, i.e. which provisions are appropriate for implementing this principle and which provisions are contrary to it. The principle of trust is also manifested in practical terms, i.e. the actual financial effects of assistance provided by the Member States. It will be discussed separately on the basis of figures provided by the central liaison offices in the Czech Republic, Latvia, Poland, Portugal, Slovakia and

4 V. more: J. Olszanowski, W. Piątek, *The development of mutual assistance of EU Member States for the recovery of public claims*, "Law Review" 2014, vol. 2, pp. 68–69.

5 OJ EU L 84 of 31 March 2010

6 OJ EU L 2011.302.16 of 19 November 2011.

7 R. Seer, *Die Vollstreckungsamtshilfe in Steuersachen nach der neu gefassten Beitreibungsrichtlinie 2010/24/EU*, „IWB” 2011, vol. pp. 145–152, I. Gabert, *Deutsche Beitreibungsamtshilfe nach dem EU-Beitreibungsgesetz (EU-BeitrG): Überblick und Bezüge zum Ertragsteuerrecht*, "Finanz-Rundschau" 2012, vol. 15, pp. 707–715, B. Ludwig, *Das neue EU-Vollstreckungsamtshilfegesetz*, „SWT” 2012, vol. 7, pp. 323–328, M. Kortz, *Grenzüberschreitende Vollstreckung von Steuerforderungen im EU-Raum nach dem EU-Beitreibungsgesetz vom 7.12.2011*, "Der Betrieb" 2012, vol. 43, pp. 2422–2427; J. Olszanowski, W. Piątek, *The development of mutual assistance of EU Member States for the recovery of public claims*, "Law Review" 2014, vol. 2, pp. 69–76.

8 V. more: EU and International Tax Collection News 2014, vol. 1, p. 4.

Sweden. Those states provided the authors of this study with detailed responses to questions about the practical aspects of mutual assistance for the recovery of public claims.

Content and significance of the principle of trust

The principle of trust is not directly specified in the provisions of Directive 2010/24/EU and of Regulation No. 1189/2011. This principle, however, results from the entire legal regulations governing mutual assistance for the recovery of claims relating to taxes, duties and other measures. The truth is that the Member State applying for assistance, except for making the request for such assistance, is not authorized to force the authorities of the requested Member State to apply specific legal measures necessary to perform the request or counteract the inactivity with respect to its performance.⁹ However, the basis for efficiency and effectiveness of mutual assistance for the recovery of tax claims should be the existence of trust between individual Member States, according to which the officials of relevant authorities of each Member State make as much effort as possible to assist the authorities of another Member State and obtain such assistance.

This principle is indirectly expressed in the assumptions of the preamble to Directive 2010/24/EU, and it needs to be achieved through performing its provisions. Striving for better security of the financial interests of the Member States, and for the neutrality of the internal market, including the growth in efficiency and effectiveness of assistance, cannot be achieved without the principle of trust. If a specific member State desired to reap the benefits of cooperation without being ready to assist other member States, then such assistance would be of a unidirectional nature. There would not be any opportunity to equally secure the financial interests of all the Member States and this would be contrary to the principle of equal treatment of domestic and foreign claims by the Member State specified in Article 13(1) of Directive 2010/24/EU.

The principle of trust, which forms the basis for the existence and operation of the European Union with respect to mutual assistance for the recovery of public claims, provides that the relevant tax officials of each Member State that cooperate as part of mutual assistance for the recovery of public claims take such actions based on the implemented EU and domestic laws that lead to the most efficient and effective response to the request of another Member State.

The validity of such principle is a *sine qua non* condition of the implementation of the goals that constitute the basis for mutual assistance between the Member States for the recovery of the public claims. The trust between the Member States, most notably between the officials appointed to perform requests for assistance is built not on the

⁹ Therefore, some representatives of the doctrine claim that one of the principles of mutual assistance is the passive effect of the authorities of the applicant Member State on the authorities of the requested Member State. V. R. Seer, *op. cit.*, p. 149.

basis of the general assumptions and ideas governing the existence of the European Union, but rather on the basis of the mutual involvement in actions taken by the Member States, aimed at protecting financial interests. The absence of mutual trust, or a low level of trust, should provoke questions about the sense of such mutual assistance, the need to maintain in each Member State the qualified officials of public administration responsible for such assistance, and the activity of the EU legislature.

Despite the crucial role of the principle of trust in terms of the efficiency and effectiveness of mutual assistance, it is hard to simply determine how much it effectively applies in individual Member States, or to what extent it has been replaced with a lack of trust in the success of mutual assistance for the recovery of public claims. The validity of the principle of trust may be analysed from a twofold point of view. The formal point of view analyses the legal regulation that forms the basis for assistance. From the material point of view, the existence of the principle of trust may be reviewed in terms of the effectiveness of mutual assistance between the Member States. Those issues will be discussed in the two subsequent chapters of this study.

Normative approach of the principle of trust

The regulations favourable to establishing the principle of trust

The analysis of Directive 2010/24/EU gives rise to the formulation of the principle of full trust between the EU Member States. Such a conclusion seems to be natural, since the mechanisms of mutual confidence between the EU Member States were established in such a way that they contribute to the maintenance of full trust. Among all the provisions of the EU law in this field, special attention needs to be focused on the following regulations.

Firstly, the building of trust is fostered by the exchange of information between the EU Member States without prior request. This is set forth in Article 6 of Directive 2010/24/EU. On the one hand, the spontaneous exchange of information means that there is no obligation to provide such information, but on the other hand the Member State may voluntarily inform the relevant authority of the other Member State about events that may require its financial interests to be protected. The basic advantage of this cooperation between the Member States is the possibility to provide a specific Member State with some unexpected and valuable information. Further, the receiving Member State does not need to make any efforts to this extent.¹⁰ Each Member State that provides information in this way probably hopes that such information will also be submitted to them in the event that tax is returned to the entity seated or residing in such a Member State.

¹⁰ Y. Jeong, *Spontaneous exchange of information*, [in] *Exchange of Information...*, *op. cit.*, p. 459.

Secondly, trust may grow thanks to the presence of officials of the applicant Member State in administrative authorities and their participation in administrative proceedings. Pursuant to Article 7 of Directive 2010/24/EU, officials authorised by the applicant authority may – in order to support mutual assistance – be present in the offices where the administrative authorities of the requested Member State carry out their duties, while administrative enquiries are carried out in the territory of the requested Member State; and they may assist the competent officials of the Member State during court proceedings in that Member State. Article 7(2) of Directive 2010/24/EU provides for further forms of cooperation, such as the possibility to interview individuals and examine records made by officials of the applicant Member State, in so far as it is permitted under the legislation in force in the requested Member State. In the reference books about this form of cooperation it was noticed that its main disadvantage is the lack of influence of the officials of the applicant authority on the enforcement measures conducted by the officials of the requested authority.¹¹ The lack of explicit regulation on this matter should not, however, overshadow the positive aspects arising from the mutual actions taken by the officials of two Member States in order to perform a specific public obligation.¹² Thanks to their visit to the authority of the requested Member State, the officials of the applicant Member State have greater access to information and the method of taking enforcement actions by the officials of the requested Member State.¹³ The use of this form of cooperation by the Member State may affect the building of trust between the officials in non-legal areas. The opportunity for common meetings and work, and mutual observation of the officials' working methods, may contribute to increasing or undermining the mutual trust.

Thirdly, a major novelty in mutual assistance implemented in Article 12(1) of Directive 2010/24/EU is the uniform instrument permitting enforcement in the requested Member State without any act of recognition, supplementing or replacement in that Member State. Directive 2010/24/EU is novel in comparison with the heretofore legal frames of mutual assistance. This uniform instrument permits enforcement in legal transactions and demonstrates the validity of the principle of trust. The regulation ensures that the uniform instrument permitting enforcement issued in one Member State constitutes the exclusive basis for enforcement actions in any other EU Member States.

Fourthly, considering the validity of the principle of trust, a positive role is played by the Member States' renunciation of all claims on each other for the reimbursement of costs arising from any mutual assistance as set forth in Article 20(2) of Directive

11 I. Gabert, *Deutsche Beitreibungsamthilfe nach dem EU-Beitreibungsgesetz (EU-BeitrG): Überblick und Bezüge zum Ertragsteuerrecht*, "Finanz-Rundschau" 2012, vol. 15, pp. 712–713.

12 R. Seer, *op. cit.*, p. 150.

13 J. Lao, *The Council Directive concerning Mutual Assistance for the Recovery of Claims*, [in] *Exchange of Information...*, *op. cit.*, p. 314.

2010/24/EU. This rule is not contrary to its exceptions set forth in Article 20(2)–(3) of Directive 2010/24/EU, which are of a specific nature. Formally, the principle of trust operated to such an extent that the Member States decided in advance to renounce all claims for the reimbursement of costs arising from any mutual assistance, irrespective of their amounts or sources.

Fifthly, mutual trust is inspired by the obligations of the applicant Member State and the requested Member State to forthwith inform each other about any and all events that are crucial in terms of the execution of the request for assistance. This obligation is specified in the individual provisions of Directive 2010/24/EU and of Regulation No 1189/2011. The requested authority is obliged to inform the applicant authority of the grounds for refusing a request for information [Article 5(4) of Directive 2010/24/EU], a request for notification [Article 8(3) of Directive 2010/24/EU], or a request for recovery of claims [Article 13(2) of Directive 2010/24/EU]. The duty of mutual information is essential in the case of disputes concerning the enforced claim [Article 14(2) and (4) of Directive 2010/24/EU], any amendment to its request for recovery or of the withdrawal of its request [Article 15(1) of Directive 2010/24/EU], or any actions that interrupt, suspend or prolong the limitation period of the claim [Article 19(3) of Directive 2010/24/EU]. On the other hand, Regulation No 1189/2011 frequently provides that the requested authority must acknowledge as soon as possible the receipt of the request for information [Article 7 of Regulation No 1189/2011], the request for notification [Article 12(1) of Regulation No 1189/2011], or the request for recovery or for precautionary measures [Article 19(1) of Regulation No 1189/2011].

Regulations undermining the principle of trust

Although the provisions of Directive 2010/24/EU and of Regulation 1189/2011 aim at effective mutual assistance between the Member States for the recovery of claims relating to taxes, duties or other measures, and thus establishing the principle of trust, those provisions also include some provisions that may undermine mutual trust. They include mechanisms that allow the Member State to renounce the request for assistance made by the authority of the applicant Member State, and negative reasons that curb the obligation to cooperate, associated with the limitation period and the claim amount.

Limits to the requested authority's obligations to grant mutual assistance are set forth in Article 18 of Directive 2010/24/EU. Except for some vague premises, such as serious economic or social difficulties in the requested Member State as a result of the performance of the request for recovery, this provision includes two specific premises concerning the refusal to cooperate. The first one is the expiry of the 5 year period from the deadline for claim payment in the applicant Member State to the date of making the first request for assistance. According to the second premise, the claim amount should be for a minimum of € 1,500.

By focusing only on those two reasons, despite the fact that their occurrence does not automatically give rise to assistance but only grants such a right to another Member State, the existence of those premises may undermine the trust between the Member States, and consequently reduce the efficiency of mutual assistance. On the one hand, bearing in mind the fact that the limits of amounts and of time limits for the granted assistance¹⁴ were implemented on purpose, it would completely develop, if any barriers to this extent were eliminated and, at the same time, attention was drawn to the elimination of such legal regulations and practices that make mutual assistance for the recovery of public claims ineffective.

Practical approach of the principle of trust

When not considered in its formal form, the principle of trust is primarily and essentially of a practical nature, which may be indirectly seen from figures concerning the number of requests made by individual EU Member States for assistance in each of its existing forms, and from the actual financial benefits acquired by the states from their claimed debts. First of all, it is noteworthy that the available data do not give rise to the formulation of this thesis concerning the complete and unobstructed principle of trust between the EU Member States in mutual assistance for the recovery of public claims.

As for Poland's experience in the analysed period, in 2013 Poland provided other states with 290 requests for information, 106 requests for notification and 65 requests for claims at the aggregate amount of € 26,341,545.18 and in total received from all the EU Member States 891 requests for information, 595 requests for notification and 1445 requests for claims at the aggregate amount of € 98,855,236.31. In the first 10 months of 2014 the activity of the Polish administrative authorities considerably increased as they sent other Member States 917 requests for information (received only 579 requests), 98 requests for notification (received 295 requests) and 332 requests for recovery of claims totalling € 1,966,668.20, and received from other Member States 2377 requests amounting in total to € 63,417,990.34.¹⁵ Both the number of requests and amounts of the recovered claims prove the significance of and the need for the cooperation between the Member States with respect to the recovery of public claims. However, the Polish Central Liaison Office has not disclosed any information on the amounts of the effectively recovered claims requested by other EU Member States in 2013 and 2014.

In 2013 the Czech Republic made 24 requests for information, 6 requests for notification and 113 requests for recovery, and received 102 requests for information, 47 requests for notification and 113 requests for recovery. In 2014 this Member State made 37 re-

¹⁴ V. more: J. Lao, *op. cit.*, pp. 321–322.

¹⁵ Letter of the Head of the Tax Chamber in Poznan dated 16 December 2014, No KO/061-0042/14/BIP (executed in response to the authors' request).

quests for information and received 121 requests of the same from other Member States, made 112 requests for recovery (and received 170 requests), and it did not make any requests for notification (but received 26 requests from other Member States). Further, in 2014 the Czech Republic made requests for recovery of claims totalling € 150,013,661, whereas the received requests amounted in total to € 324,727.90 (in 2013 this amount was € 86,714.97, whereas the received requests amounted to € 198,020.98).¹⁶ Just like the Polish Central Liaison Office, the Czech office did not provide any data showing the actual amounts of the recovered claims.

In 2014 Slovakia made 11 requests for information (with 52 requests of the same kind in 2013), 10 requests for notification (4 requests in 2013) and 63 requests for recovery (100 requests for recovery in the previous year). On the other hand, this country received 206 requests for information (131 in 2013), 30 requests for notification (28 in 2013) and 207 requests for the recovery of claims. In 2014 the requests for the recovery of claims amounted to € 1,100,249.00 (€ 848,012.00 in 2013).¹⁷ As is the case for Poland and the Czech Republic, no specific data on amounts of the recovered claims for individual years were provided.

The data obtained from Sweden only apply to the number of requests sent to other Member States in general. In 2014 this State made 576 requests for assistance in comparison with 547 requests in 2013.¹⁸ As for the data received from Sweden, in 2014 this state requested the recovery of € 27,926,625.00 (€ 107,363,538.00 in 2013). The amount of € 1,438,626.00 (€913,620.00 in 2013) was recovered. In 2014 this state received a total of 134 requests, compared to 116 requests in 2013. The comparison of amounts requested by Sweden with the amounts recovered for other EU Member States shows a low percentage of the recovered amounts, which equalled 0.85% in 2013 and 5.15% in 2014.

In 2014 the Republic of Latvia made a total of 32 requests for assistance in comparison with 63 requests in 2013. The requests for the recovery of claims concerned the amount of € 9,607,972.64, of which € 49,562.77, or 0.34%, were recovered (€ 3,644,664.82 in 2013, of which € 12,572.43, or 0.51%, were recovered). The Republic of Latvia received 108 requests in total in 2014, compared to 67 requests in 2013.¹⁹

The interesting example of the effectiveness of recovery of claims is data obtained from Portugal. In 2014 124 requests at the aggregate amount of € 17,899,616.00 were made and the amount of € 2,186,394.00, or 12%, was recovered (in 2013 154 requests

16 The letter of the Ministry of Finance of the Czech Republic dated 15 May 2015 (made with response to the authors' request).

17 The letter of the Financial Directorate of the Slovak Republic, Section for Tax Offices dated 22 May 2015, No 1070002/1/191647/2015 (executed with response to the authors' request).

18 The letter of the Swedish Enforcement Authority dated 10 March 2015, ID:15MBKFM59838 (executed in response to the authors' request).

19 The letter of the State Revenue Service of Latvia, Tax Debt Enforcement Department dated 15 April 2015, No 4.3-13/52 (executed in response to the authors' request).

totalled € 134,487,630.00 and € 1,107,540.00, or 0.82%, were recovered). Portugal obtained 192 requests for information (165 requests in 2013, 15 requests for notification (12 requests in 2013)).²⁰

As for the parties collaborating in this kind of cooperation, such cooperation fundamentally applies to neighbouring states. For example, the Czech Republic most frequently received requests from Slovakia, Germany and Austria.²¹ Poland obtains the largest number of requests from Germany.²²

The exchange of information by the Member States without a previous request (spontaneous exchange of information) is not a common occurrence. The data acquired by the authors prove that Sweden receives information as part of the so-called spontaneous exchange but it does not submit to other Member States any information about the possible recovery of taxes, duties or other measures, even if it is aware of the same. The requests for information generally apply to addresses and data on debtor's assets.²³ According to the Minister of Finance of the Czech Republic this state provides information on the expected recovery of taxes exceeding 250,000.00 Czech crowns.²⁴ The Portuguese authorities acknowledged that the spontaneous exchange of information applies to information received from Germany.²⁵

According to the data acquired by the authors, so far the EU Member States have not decided to commence the collaboration aimed at the mutual participation of their officials in enforcement activities.

Moreover, the received responses do not show that the principle of mutual renunciation of claims relating to the recovery of costs arises from mutual assistance.

Conclusion

From the very beginning, the mutual assistance of the EU Member States for the recovery of public claims was based on mutual trust, respect for the financial interest of each state, and the involvement of officials of all the Member States in achieving the

20 The letter of Ministerio das Financas, Direccao-Geral dos Impostos, Comissao Interministerial em Mateira dated 22 April 2015 (executed in response to the authors' request).

21 The letter of the Ministry of Finance of the Czech Republic dated 15 May 2015 (made with response to the authors' request).

22 Letter of the Head of the Tax Chamber in Poznan dated 16 December 2014, No KO/061-0042/14/BIP (executed in response to the authors' request).

23 The letter of the Swedish Enforcement Authority dated 10 March 2015, ID:15MBKFM59838 (executed in response to the authors' request).

24 The letter of the Ministry of Finance of the Czech Republic dated 15 May 2015 (made with response to the authors' request).

25 The letter of Ministerio das Financas, Direccao-Geral dos Impostos, Comissao Interministerial em Mateira dated 22 April 2015 (executed in response to the authors' request).

best possible results of such assistance. The principle of trust is always essential for the efficiency and effectiveness of the granted assistance.

From a formal point of view, in both Directive 2010/24/EU and Regulation 1189/2011 the EU legislature placed great emphasis on the most transparent development of relationships between the EU Member States, and thus the validity of the principle of trust. This is manifested by the regulation pertaining to the so-called spontaneous exchange of information, officials' participation in enforcement measures conducted in another Member State, the uniform instrument permitting enforcement, renunciation of claims concerning costs of mutual assistance, and immediate notification of any and all events that are essential in terms of the execution of the request for assistance. The history hitherto of developing the rules for mutual assistance for the recovery of public claims considerably consists in enhancing the cooperation in the aforesaid fields.

From the practical point of view, it may be noticed, however, that closer international cooperation in the analysed area is not translated into the actual increase in trust and the involvement of officials of individual public administrative authorities. This is reflected by the small amount of the recovered claims and by the practical use of such possibilities as the spontaneous exchange of information, or the involvement of the officials in enforcement measures conducted in another Member State. In general, the Member States unwillingly share information on the practical aspects of the granted assistance, hiding behind the fiscal secret, most notably providing information on the enforced amounts on a resistant basis. The same applies to the European Commission, which does not provide any details in this regard despite having such information, according to Article 27(1) of Directive 2010/24/EU.²⁶

Therefore, it is possible to formulate the thesis that it takes a lot of time to achieve the high trust level between the EU Member States, with respect to the recovery of public claims. The constraints on the achievement of this goal are not of a legal nature but of an actual one. It seems that the individual participants of this process would like to gain too much for themselves in such mutual assistance and do not give too much in return.

Thinking about any further fate of the mutual assistance between the EU Member States for the recovery claims concerning taxes, it should, after all, develop with respect to the closer procedural regulations and social and economic reasons, most notably the constant migration of people in Europe. It seems that considering the increasing technical possibilities with respect to the data exchange, the automatic information exchange procedure will develop.²⁷ It is also essential to effectively use the on-going mutual assistance instruments, apply instruments that are only theoretical and overcome problems concerning the low level of assistance effectiveness. This is the only way to develop the

²⁶ The letter of the European Commission dated 10 February 2015, TAXUD R2/SV-ARES(2015) 593275 (executed in response to the authors' request).

²⁷ S. Parida, *Automatic Exchange of Information*, [in] *Exchange of Information...*, *op. cit.*, pp. 437–438.

trust level between the EU Member States, which, besides its legal nature, is also of an actual and social nature and cannot be verified easily. It depends considerably on the mutual effectiveness of the granted assistance.

Literature

- Cannes F., *The Historical Development of the Exchange of Information for Tax Purposes*, [in] *Exchange of Information for Tax Purposes*, eds. O.Ch. Günther, N. Tüchler, Wien 2013.
- Gabert I., *Deutsche Beitreibungsamtshilfe nach dem EU-Beitreibungsgesetz (EU-BeitrG): Überblick und Bezüge zum Ertragsteuerrecht*, "Finanz-Rundschau" 2012, no. 15.
- Jeong Y., *Spontaneous exchange of information*, [in] *Exchange of Information for Tax Purposes*, eds. O.Ch. Günther, N. Tüchler, Wien 2013.
- Kortz M., *Grenzüberschreitende Vollstreckung von Steuerforderungen im EU-Raum nach dem EU-Beitreibungsgesetz vom 7.12.2011*, "Der Betrieb" 2012, no. 43.
- Lao J., *The Council Directive concerning Mutual Assistance for the Recovery of Claims*, [in] *Exchange of Information for Tax Purposes*, eds. O.Ch. Günther, N. Tüchler, Wien 2013.
- Ludwig B., *Das neue EU-Vollstreckungsamtsilfegesetz*, "SWI" 2012, no. 7.
- Olszanowski J., Piątek W., *The development of mutual assistance of EU Member States for the recovery of public claims*, "Law Review" 2014, no. 2.
- Parida S., *Automatic Exchange of Information*, [in] *Exchange of Information for Tax Purposes*, eds. O.Ch. Günther, N. Tüchler, Wien 2013.
- Seer R., *Die Vollstreckungsamtsilfhilfe in Steuersachen nach der neu gefassten Beitreibungsrichtlinie 2010/24/EU*, "IWB" 2011, no. 4.

SUMMARY

The validity of the principle of mutual trust between the EU Member States in mutual assistance for the recovery of public claims

The cooperation between the EU Member States for the recovery of public claims has been gradually strengthened through expanding the subjective scope to new categories of public claims, establishing forms of cooperation, most notably the possibility to recover claims arising in one state by authorities of another state, and establishing separate institutional frameworks of cooperation. The EU legislature placed great emphasis on the most transparent development of relationships between the EU Member States, and thus the validity of the principle of trust. The article analyses the current international cooperation in the recovery of public claims in view of the principle of mutual trust between the Member States that forms the basis for such cooperation.

Keywords: mutual assistance between EU Member States, principle of mutual trust, recovery of public claims

JAN OLSZANOWSKI, Adam Mickiewicz University Poznań, Faculty of Law and Administration, Al. Niepodległości 53, 61-714 Poznań, Republic of Poland, e-mail: jan.olszanski@amu.edu.pl.

WOJCIECH PIĄTEK, Adam Mickiewicz University Poznań, Faculty of Law and Administration, Al. Niepodległości 53, 61-714 Poznań, Republic of Poland, e-mail: wojciech.piatek@amu.edu.pl.

BARTOSZ KOŁACZKOWSKI

The new notion and classification of assemblies in Polish law

Introduction

Freedom of assembly is one of the fundamental political freedoms which needs to undergo administrative limitation, due to the necessary concern for public order and security. Assemblies are a basic institution in democratic states, facilitating the implementation of the right to social criticism. Beyond doubt, the freedom to organize assemblies contributes to the protection of the rights of various minorities, among other things, and to stabilisation by revealing the sources of social discontent and unrest.¹ Freedom of assembly is extremely important for the formation of a society based on the principles of pluralism and tolerance; therefore, it is an essential task of the public authorities to shape the legal regulations to provide effective means of protecting this freedom.²

In Polish law, the freedom of assembly is guaranteed in the Constitution of the Republic of Poland (Konstytucja RP) of 2 April 1997,³ whereas the basis of the administrative limitation of this freedom is found mostly in the Act of 24 July 2015 on the Law

1 V. the Statement of Reasons for the Judgement of the Constitutional Tribunal of 18 January 2006 (K 21/05; Dz.U. no. 17 item 141).

2 V, e.g., the Judgement of the European Court of Human Rights of 3 May 2007 in the case of Bączkowski and Others v. Poland (Application no. 1543/06), or the Judgement of the Voivodeship Administrative Court (WSA) in Poznań of 14 December 2005 (IV SA/Po 983/05; LEX no. 174377).

3 Dz.U. no. 78 item 483 with am. According to the Article 57 of the Constitution: “The freedom of peaceful assembly and participation in such assemblies shall be ensured to everyone. Limitations upon such freedoms may be imposed by statute”. Thus, the freedom of gathering together should be considered as a freedom which can only be limited by a statute and which is available not only to Polish citizens but to foreigners as well. Moreover, the constitution recognises the freedom of assembly as inherent and inalienable. The regulation on the freedom of assembly is therefore declaratory. V, e.g., A. Wróbel, *Wolność zgromadzania się*, [in] *Wolności i prawa polityczne*, ed. W. Skrzydło, Kraków 2002, p. 11. Sokolewicz and Skrzydło also discuss more broadly the interpretation of Article 57 of the Constitution: W. Sokolewicz, *Wolności i prawa polityczne*, [in] *Konstytucja RP. Komentarz (cz. IV)*, ed. L. Garlicki, Warszawa 2005, pp. 1–33; W.

of Assemblies,⁴ which on 14 October 2015 replaced the Act of 5 July 1990 on the Law of Assemblies,⁵ which had been in force for 25 years. The new law on assemblies introduced a number of entirely new solutions, which can be considered as very important. The new way of defining an assembly as well as introducing new kinds and divisions of these forms of social activity are noteworthy. Therefore, the aim of the discussion in this paper is the analysis and evaluation of the new regulation on assembly. To fulfil this goal, further discussion will be divided into two parts: the analysis of the notion of assembly will be taken up in the first, while in the second one the discussed matter will be the classification of assemblies.

The notion of assembly

The main issue associated with virtually any institution of administrative law is how to define it and, in particular, the question of its legal definition – provided it has been created. Such a definition was formulated both in the previous Act of 1990 and in the legislation currently in force. Before the new law came into force, an assembly was considered to be: “a gathering of at least 15 people, convened in order to confer over an issue or with an aim to express jointly their position” [Article 1(2) of the Act of 5 July 1990]. Criticism of this definition, for being overly narrow and for arbitrarily setting the number of participants, was relatively common.⁶ The epitome of this criticism is found in the reflections in the Application of the Ombudsman of 4 March 2013⁷ and in the Judgment of the Constitutional Tribunal of 18 September 2014, which was in part the result of the former.⁸ The Ombudsman emphasized, among other things, the arbitrary nature in which the minimum number of people whose gathering was treated as an assembly was defined. The Tribunal agreed with the Ombudsman’s objections and declared the placing of the number in the definition of assembly as unconstitutional. The statement of reasons stressed, e.g., that “the statutory definition of assembly as a gathering comprised of at least 15 people introduces a structural component not provided in the Constitution. Peaceful gatherings, whose number of participants does not meet this criterion, are also

Skrzydło, *Komentarz do art. 57 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [in] W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Kraków 2002, p. 68.

4 Prawo o zgromadzeniach; Dz.U. item 1485.

5 Consolidated text, Dz.U. 2013 item 397 with am.

6 V. more: B. Kołaczkowski, *Kształtowanie się regulacji prawnych zgromadzeń w Polsce oraz w wybranych krajach o anglosaskiej tradycji prawnej*, Warszawa 2014, pp. 86–88.

7 Application RPO714908I/12/ST/KM; the application is available at the Polish Ombudsman’s official website: https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wniosek_do_TK_04032013.pdf [access: 30.01.2016].

8 Dz.U. item 1327.

public assemblies.” According to the tribunal, “adopting the premise of the number of participants is not a necessary limitation in a democratic state.”

The above concerns were taken into account, and the new act refrained from setting the minimum number of participants of assembly. Currently, an assembly is “a gathering of people in open space available to people not specified by name in a specific location, convened in order to confer over an issue or with an aim to express jointly their position” [Article 3(1) of the Law of Assemblies Act].⁹ Unfortunately, another component of the definition of assembly, just as questionable as the number of participants – defining the goal of the assembly – was not abandoned. This component is fiercely criticised by the author of this paper. For it is not possible to precisely state the range of acceptable aims which make gatherings into assemblies under the Act.¹⁰ It is equally important that in the light of the case-law no public authority in Poland has the power to evaluate the aims specified in the notification of the assembly and issue decisions forbidding it on such a basis anyway. Such an evaluation “directly violates the essence of the freedom and political right, guaranteed by the Constitution, to organize and participate in peaceful assemblies.”¹¹ As can be seen, indicating the aim of an assembly in its definition is both unnecessary and illogical. It is also worth pointing out that the aim of an assembly is irrelevant from the perspective of the guarantees of the freedom of assembly in the majority of the legal systems analysed by the author.¹²

Classification of assemblies

The most accurate division of assemblies seems to be based on the form of decision of a public authority regarding the possibility of organising the assembly. In Polish law this division is quite complicated, particularly following the far-reaching changes introduced by the new Law of Assemblies Act. It is now possible to distinguish:

- assemblies which require only notice and the silent acceptance of the public authority competent to accept it;
- spontaneous assemblies which do not require notice;
- assemblies which require obtaining prior authorisation;

⁹ Ustawa Prawo o zgromadzeniach.

¹⁰ Perhaps the greatest issue is the answer to the question of whether discussion of private matters can be the aim of an assembly. Literary sources say that in spite of an assembly being public, private matters fall within the range of aims of assembly. V, e.g., H.E. Zadrożniak, *Zgromadzenia publiczne jako forma udziału obywateli w życiu społecznym*, “Samorząd Terytorialny” 2009, no. 5, p. 64. V. more: B. Kołaczkowski, *op. cit.*, pp. 87–88.

¹¹ Judgement of the WSA in Warsaw of 5 October 2010 (VII SA/Wa 1856/10, Lex no. 760065).

¹² The countries where the aim of an assembly is not relevant include the United Kingdom, the USA, or India (more in: B. Kołaczkowski, *op. cit.*, p. 242 ff.).

- assemblies in the case of which it is necessary to agree upon the time and place of the assembly with the road operator.

A very important division, and entirely new in Poland, is the additional distinction of assemblies which only require notice into assemblies associated with possible obstructions of the traffic flow and assemblies which do not cause such obstructions, especially changes in the organisation of traffic; in the latter case, it is not possible to issue a decision prohibiting such an assembly.

Ad. A) Assemblies which only require notice

The most basic assemblies in Poland are the assemblies which only require notice. Therefore, in the case of these assemblies, the administrative limitation is reduced to silent acceptance or, possibly, issuing a decision which prohibits the given assembly.¹³ In the light of Article 7(1) of the Law of Assemblies Act, the organiser of an assembly shall notify the communal authorities of an intent to organise an assembly in such a way that the notification should arrive at the authority, as a rule, no earlier than 30 days and no later than 6 day before the planned assembly date. It is worth noting that before the new act came into force, an assembly had to be reported no later than 3 workdays and no earlier than 30 days before the assembly date [Article 7(1) of the Act of 5 July 1990]. Another significant change is the introduction of the so-called simplified procedure (Article 21–26 of the Law of Assemblies Act), which comes down to the fact that, among other things, if the organiser considers that the planned assembly will not lead to an obstruction of the traffic flow or, in particular, lead to changes in its organisation, the organiser notifies not the head of the commune (mayor or city president) – as is the case with the assemblies reported under the general rules – but the appropriate communal (municipal) crisis management centre or, if the latter has not been established, the voivodeship crisis management centre no earlier than 30 days and no later than 3 days before the planned assembly date [Article 21 and Article 22(1) of the Act]. This novelty is fundamentally important, since assemblies are differentiated here by the criterion of specific use of a public road. It has to be stressed that placing assemblies within the groups associated or not associated with a specific use of a road has many more significant consequences than just the time frame within which it has to be reported: for the possibility of issuing a decision prohibiting the assembly has been withdrawn unless the assembly is tied to

¹³ As stressed in the case-law, the “subjection [of assemblies – B.K.] to an authorisation procedure does not normally encroach upon the essence of the right.” Decision of the European Court of Human Rights of 10 October 1979 in the case of *Rassemblement Jurassien and Unité Jurassienne v. Switzerland* (Application no. 8191/78).

obstructions in the traffic flow. Currently, such a decision can be issued only in the case of assemblies which may cause disruptions of the traffic flow.¹⁴

Ad. B) Spontaneous assemblies which do not require a notice

Spontaneous assemblies are an entirely new type of assembly in Poland. This form of exercising the freedom of assembly is extremely important, since spontaneity is sometimes the only guarantee of successful criticism, protest, or actively drawing the attention of the public to a given issue.¹⁵ It is worth mentioning that while the Act of 1990 did not regulate such assemblies, and therefore they were not an “officially” recognised category of assemblies, it had previously been inferred from the case-law that spontaneous assemblies could not be considered illegal.¹⁶ Moreover, the lack of appropriate regulation was contrary to the guidelines of the Office for Democratic Institutions and Human Rights of the Organisation of Security and Cooperation in Europe and the European Commission for Democracy through Law of the Council of Europe on the freedom of peaceful assemblies of 2007.¹⁷

The introduction of the category of spontaneous assemblies was part of the “amendment package” brought by the Law of Assemblies Act of 2015. This act contains not only provisions directly limiting such assemblies but also a definition of a spontaneous assembly. Thus, in line with the wording of Article 3(2) of the new Law of Assemblies Act, a spontaneous assembly is “an assembly taking place in connection with a sudden event in the public sphere which could not be predicted earlier, and when holding it at another time would be inappropriate or of little significance from the perspective of the public debate.” As can be seen, a spontaneous assembly must be connected to “an event in the public sphere,” therefore the so-called “flash mobs” – crowds in public places where people unknown to one another gather in order to perform a short happening or event – cannot be considered as spontaneous assemblies. Again, there is some doubt here regarding the scope of the definition. While this time it involves the definition of

14 The decision prohibiting an assembly is issued no later than 96 hours before the planned assembly date when, among other things, the aim of the assembly disrupts peacefulness, or when holding the assembly may endanger the life or health of people, or property in significant quantities, including when the danger has not been alleviated in the case of competing assemblies (Article 14 of the Law of Assemblies Act of 2015).

15 A. Bodnar, M. Ziółkowski, “Zgromadzenia spontaniczne”, *Państwo i Prawo* 2008, no. 5, p. 41.

16 Cf., e.g., the Judgement of the European Court of Human Rights of 17 July 2007 in the case of Bukta and Others v. Hungary (Application no. 25691/04), or the Judgement of the Polish Constitutional Tribunal of 10 July 2008 (P15/08; Dz.U. no. 131 item 838).

17 ODIHR – Venice Commission Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly; the complete English 2nd edition of the document can be found online: http://www.hrea.org/erc/Library/display_doc.php?url=http%3A%2F%2Fwww.osce.org%2Ffiles%2Fdocuments%2F4%2F0%2F73405.pdf&external=N [access: 30.01.2016]; further: guidelines of the Office for Democratic Institutions.

spontaneous assembly, the doubt is of similar nature and concerns the “persistence” of the legislator in stressing the aim of the assembly.

The prize for recognising spontaneous assemblies as legal is the increased control over this form of social activity, necessary to ensure safety and public order. Namely, it is the officer directing the police operations and not a delegated representative of the authorities who can dissolve the assembly, which drastically simplifies matters. The police officer can dissolve a spontaneous assembly [Article 28(1) of the Law of Assemblies Act]:

- when the course of the assembly endangers the life or health of people, large quantities of property, or causes a significant threat to safety or public order;
- when the assembly causes significant threat to the safety or order of traffic on a public road;
- when the participants of the assembly disturb other assemblies (Article 27 of the Act of 2015).

It is worth noting that the new legislation does not include any regulations regarding the organiser or leader of an assembly. It is understandable, however, as the lack of organiser and leader is a constitutive component of a spontaneous assembly.¹⁸

Ad. C) Assemblies which require obtaining prior authorisation

There are locations where the administrative limitation of assemblies has to be particularly thorough and this is expressed through the necessity of obtaining permission for an assembly. It is due to the unique character of such locations or the necessity of particular concern for safety and public order. Currently in Poland, assemblies organised at the sites of the so-called Monuments of the Holocaust and at the premises of higher education institutions require permission.

In line with the wording of Article 1(1) of the Act of 7 May on the Protection of the Areas of the Former Nazi Extermination Camps,¹⁹ the areas of the former Nazi extermination camps were recognised as Monuments of the Holocaust. The following locations are now Monuments of the Holocaust:

- The Monument to Martyrdom in Oświęcim,
- The Monument to Martyrdom in Majdanek,
- The “Stutthof” Museum in Sztutowo,
- The Gross-Rosen Museum in Rogoźnica,
- The Mausoleum of Struggle and Martyrdom in Treblinka,
- The Museum of the former Extermination Camp in Chełmno-on-Ner,

18 V. the ruling of the Federal Constitutional Court of Germany of 14 May 1985 in the Brokdorf case (1 BvR 233, 341/81; as quoted in: A. Bodnar, M. Ziółkowski, *op. cit.*, p. 38).

19 Ustawa o ochronie terenów byłych hitlerowskich obozów zagłady; consolidated text Dz.U. 2015 item 2120.

- The Museum of the former Extermination Camp in Sobibór,
- The former Extermination Camp in Bełżec.

The depth of the administrative limitation of assemblies in the area of Monuments of the Holocaust is expressed, above all, in the obligation to obtain permission from the voivode to organise an assembly. Such permission is issued in the form of an administrative decision (Article 7 of the Act on the Protection of the Areas of the former Nazi Extermination Camps²⁰). Also, the application for permission for assembly has to be filed much earlier than in the case of a notification (for assemblies organised at other locations). Such an application is filed no later than 30 days before the date of the assembly, while an application which is submitted late is left unprocessed, which the voivode declares as a decision [Article 7(2) of the Act]. The aforementioned application should contain information similar to the notification of an assembly at another location [Article 7(3) of the Act]. Since 14 October 2015, this application should also include the written permission of the entity holding the legal right to property in the area of the Monument of the Holocaust, or in its protection zone for holding the assembly on that property [Article 7(3A) of the Act (added by Article 31 pt. 1 of the new Law of Assemblies Act)]. The legislator also defined the specific circumstances which justify issuing the decision denying permission for an assembly in the area of a Monument of the Holocaust [Article 7(4) of the Act]. Some of the circumstances are the same as the circumstances justifying issuing a decision prohibiting an assembly at other locations; however, the legislator formulates additional circumstances related to the character of the place where the assembly is planned: there is a possibility of denying permission for an assembly if “the aim of or holding the assembly might infringe upon the dignity or character of a Monument of the Holocaust,” and also when the entity holding the rights to a property in the area of the Monument of the Holocaust or in its protection zone did not agree to an assembly on that property. As can be seen, the first of these circumstances is quite evaluative: the authority freely evaluates the actual state of affairs and, in a great number of circumstances, has the opportunity to deny the decision permitting the assembly. The scope of freedom of decision attributed to the voivode is incomparably greater than in the case when the potential decision is issued on the basis of general provisions.²¹ It is also worth adding here that a decision to dissolve an assembly issued by the voivode’s representative delegated to the assembly is equally evaluative: such a decision can be issued, e.g., when the course of the assembly might infringe upon the dignity or character of a Monument of the Holocaust [Article 7(9) of the Act].

²⁰ Ustawa o ochronie terenów byłych hitlerowskich obozów zagłady.

²¹ For more on the evaluative character of the circumstances justifying the issuing of decisions which justify denying permission for an assembly in a Monument of the Holocaust area: B. Kołaczkowski, *op. cit.*, pp. 187–190.

As mentioned before, assemblies on the premises of higher education institutions also require permission. The organisation of such assemblies is regulated by the provisions of the Law on Higher Education Act of 27 July 2005.²² The pertinent regulation is found in Article 230(1) of the Act. It gives the right to organise assemblies at the premises of the higher education institution to its employees, doctoral students, and students. Therefore, holding an assembly in line with the law requires previous permission from the rector; the rector is required to issue a decision forbidding an assembly or to refuse permission for an assembly “if the aims or programme of the assembly violate provisions of the law” [Article 230(3)]. The rector also has similar security competencies to communal authorities, regarding the participants of a public assembly. Just like the head of a commune (mayor, or city president), the rector can delegate to the assembly his representative who, having notified the organisers, dissolves the assembly if its progress is in contravention of the law [Article 230(7)]. It should be added that the organisers are required to notify the rector of their intent to organise an assembly at least 24 hours before the beginning of the assembly; however, in situations justified by the “urgency of the situation”, the rector may receive notice delivered within a shorter period [Article 230(2)].²³

Ad. D) Assemblies in the case of which it is necessary to agree upon the time and place of the assembly with the road operator

Agreement as a form of limitation of assemblies appears in Poland in the context of religious assemblies taking place on public roads. The organisation of religious assemblies is mostly regulated by the Act of 17 May 1989 on the relations between State and the Catholic Church in the Republic of Poland.²⁴ The regulations related to the public exercise of worship are contained in numerous laws which define the relations between the state and other churches and religious organisations too, yet their content is similar to the solutions adopted in the Act on the relations between State and the Catholic Church in the Republic of Poland.²⁵ Namely, under Article 15(2)(2) of the Act on the relations

²² Prawo o szkolnictwie wyższym; consolidated text: Dz.U. 2012 item 572 with am.

²³ More about assemblies in the area of extermination camps: B. Kołaczkowski, *op. cit.*, pp. 185–190.

²⁴ Ustawa o stosunku Państwa do Kościoła katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej; consolidated text: Dz.U. 2013 item 1169 with am.

²⁵ Cf. Article 13 of the Act of 4 July 1991 on the relations between State and the Polish Autocephalous Orthodox Church (Polish ustawa o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego; consolidated text: Dz.U. 2014 item 1726); Article 11 of the Act of 30 June 1995 on the relations between State and the Evangelical-Methodist Church in the Republic of Poland (Polish ustawa o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko-Methodystycznego w Rzeczypospolitej Polskiej; consolidated text Dz.U. 2014 item 1712); Article 10 of the Act of 30 June 1995 on the relations between State and the Christian Baptist Church in the Republic of Poland (Polish ustawa o stosunku Państwa do Kościoła Chrześcijan Baptystów w Rzeczypospolitej Polskiej; consolidated text Dz.U. 2015 item 169); Article 10 of the Act of 30 June 1995 on the relations between State and the Seventh-Day Adventists Church in

between State and the Catholic Church in the Republic of Poland: “public exercise of worship on public roads, squares, and in public service buildings are subject to agreement with the appropriate supervising authority or one authorised to administrate them.” This provision is further developed in art. 16, stating that the organisation of processions, pilgrimages, and other religious events on public roads requires an agreement with the appropriate governmental or local authorities regarding traffic security. Whereas funeral processions can be held “according to the local custom.” It is worth noting here that the first sentence of Article 15(2) introduces a general rule according to which public exercise of worship does not require any notice. Therefore, it can be considered that religious assemblies, unless they take place on roads or in public squares, do not require notice and thus are not subjected to any limitation.

It should be added that the legal status of churches and other religious organisations, not regulated by separate laws, is still shaped by the provisions of the Act of 17 May 1989 on the Guarantees for the Freedom of Conscience and Religion.²⁶ As provided by Article 19(2)(14) of the Act, these communities may establish: “organisations to carry out activities for religious formation, public cult, and prevention of social pathologies and their consequences.” Most interestingly, the provisions of the Law of Assemblies Act are applied to these organisations “only in the scope of gatherings on public roads, squares and in public service buildings” [Article 29(1) of the Act], therefore they do not have to agree on the time and place of the assembly with the appropriate authority, and are not required to notify in the case of organising assemblies in other locations.

Conclusion

The administrative law regulation of assemblies in Poland was significantly modified by the Act of 25 July 2015 on the Law of Assemblies coming into force. As mentioned in

the Republic of Poland (Polish *ustawa o stosunku Państwa do Kościoła Adwentystów Dnia Siódmego w Rzeczypospolitej Polskiej*; consolidated text Dz.U. 2014 item 1889); Article 9 of the Act of 30 June 1995 on the relations between State and the Polish-Catholic Church in the Republic of Poland (Polish *ustawa o stosunku Państwa do Kościoła Polskokatolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej*; consolidated text Dz.U. 2014 item 1599); Article 8 of the Act of 20 February 1997 on the relations between State and the Catholic Mariavite Church in the Republic of Poland (Polish *ustawa o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego Mariawitów w Rzeczypospolitej Polskiej*; consolidated text Dz.U. 2015 item 44); Article 8 of the Act of 20 February 1997 on the relations between State and the Old-Catholic Mariavite Church in the Republic of Poland (Polish *ustawa o stosunku Państwa do Kościoła Starokatolickiego Mariawitów w Rzeczypospolitej Polskiej*; consolidated text Dz.U. 2015 item 14); Article 11 of the Act of 20 February 1997 on the relations between State and the Pentecosta Church in the Republic of Poland (Polish *ustawa o stosunku Państwa do Kościoła Zielonoświątkowego w Rzeczypospolitej Polskiej*; consolidated text Dz.U. 2015 item 13);

²⁶ Consolidated text Dz.U. 2005 no. 231 item 1965 with am.

the introduction, the changes involved, among other things, the notion and classification of assemblies. Alas, the evaluation of the introduced changes is deeply ambivalent: some of them can be considered as very good, while others give rise to serious doubts. That is, in defining the assembly, the legislator was right to refrain from specifying the minimum of participants. Still, however, the statutory notion of assembly includes the dubious aim component, absent from the legislations of other countries, which even has to be specified in the notification of an assembly, a requirement that not only excessively restricts the freedom of assemblies but – as has been shown in this paper – is illogical as well.

An equally equivocal evaluation seems appropriate in the case of the new classification of assemblies. Namely, the distinction in the depth of administrative limitation introduced by the new law (in the group of assemblies which only require notification) depending on the location where the assembly takes place should be generally considered as positive. Currently, this regulation is less severe in the case of assemblies which do not disrupt road traffic in any way and, in particular, do not require changes in its organisation. There is another concern here, however, namely that the changes may have gone too far: for, in the case of assemblies not associated with any specific use of a public road, the possibility of issuing a decision prohibiting the assembly has been entirely eliminated. Regardless of the general caveat associated with the question of whether the state should withdraw to such an extent from a regulation ensuring public safety and order, as a result of this change, the limitations regarding counter-protests were deemed unreasonable. Indeed, it is not currently possible to prevent the organisation of competing assemblies, unless they are to be held on roads.

Beyond any doubt, the inclusion of spontaneous assemblies into the list of legally regulated assemblies should be considered as positive. The lack of provisions for this category of assemblies in the previous Law of Assemblies Act was unfathomable, not only since the legality of such assemblies was stressed in the case-law, but also due to the long-standing discrepancy between the Polish regulations and the guidelines of the Office for Democratic Institutions on the freedom of peaceful assemblies of 2007.

In summarising the paper, it might also be worth expressing a number of detailed reflections on the issue, only rarely analysed in Polish sources, of assemblies which require obtaining prior permission (assemblies in the areas of Monuments of the Holocaust and in the premises of higher education institutions) as well as those where agreement with the operator of the road regarding the time and place of the assembly is necessary (some of the religious assemblies). To wit, it must be stressed that the regulation of assemblies in the areas of Monuments of the Holocaust is much stricter than the regulation in general. First of all, the limitation of assemblies in these particular locations takes the form of the aforementioned permission; moreover, the scope of the discretion of the authority regarding issuing the decision to deny such permission is much broader than is the case of issuing a decision prohibiting an assembly elsewhere. This strengthening of regulation,

however, is justified: beyond doubt, the obligation to maintain the dignity of the scenes of the greatest crimes is more important than the freedom of assembly. Conversely, what draws attention in the evaluation of the current regulation of assemblies in the premises of higher education institutions is the lack of precise regulation.²⁷ The biggest point of concern, however, is currently the legal regulation of religious assemblies. The distinction in the legal situation (regarding the ability to exercise the freedom of assembly) between the religious communities whose activities are not regulated by separate statutes and the situation of the churches and religious organisations for which such acts have been adopted should be deemed unacceptable. In fact, the churches and religious organisations whose legal status is based solely on the Act on the Guarantees for the Freedom of Conscience and Religion are in a privileged position: their assemblies are not subject to the general regulation of the Law of Assemblies Act. These entities are only limited in organising assemblies in the case of assemblies on roads, in which case they are only required to notify, whereas other religious organisations have to reach an agreement with the appropriate authority in the case of assemblies on roads.²⁸

It should be stressed in conclusion that, unfortunately, the changes introduced in 2015 did not improve the general chaos in both the definition and classification of assemblies. An opportunity has been lost for a unification of regulations pertaining to all assemblies in a single act of law while eliminating at the same time the unnecessary category of assemblies which require agreement with an appropriate authority regarding the time and place of assembly. Moreover, the changes introduced in 2015 seem to be ill-considered and inconsistent. This indicates possible further changes in the administrative limitation of assemblies in the near future. One can only hope that these changes will be adequately prepared and may eliminate the errors mentioned in this paper.

Literature

- Bodnar A., Ziółkowski M., *Zgromadzenia spontaniczne*, "Państwo i Prawo" 2008, no. 5.
- Kończakowski B., *Kształtowanie się regulacji prawnych zgromadzeń w Polsce oraz w wybranych krajach o anglosaskiej tradycji prawnej*, Warszawa 2014.
- Skrzydło W., *Komentarz do art. 57 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [in] idem, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Kraków 2002.
- Sokolewicz W., *Wolności i prawa polityczne*, [in] *Konstytucja RP. Komentarz (cz. IV)*, ed. L. Garlicki, Warszawa 2005.
- Wróbel A., *Wolność zgromadzania się*, [in] *Wolności i prawa polityczne*, ed. W. Skrzydło, Kraków 2002.

27 V. more: B. Kończakowski, *op. cit.*, pp. 183–184, 235.

28 *Ibidem*, pp. 224–225, 240–241.

Zadrozniak H.E., *Zgromadzenia publiczne jako forma udziału obywateli w życiu społecznym*, „Samorząd Terytorialny” 2009, no. 5.

Act of 17 May 1989 on the Guarantees for the Freedom of Conscience and Religion (consolidated text: Dz.U. 2005 no. 231 item 1965 with am.).

Act of 17 May 1989 on the relations between State and the Catholic Church in the Republic of Poland (ustawa o stosunku Państwa do Kościoła katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej; consolidated text: Dz.U. 2013 item 1169 with am.).

Act of 5 July 1990 on the Law of Assemblies (Prawo o zgromadzeniach; consolidated text: Dz.U. 2013 item 397 with am.).

Act of 4 July 1991 on the relations between State and the Polish Autocephalous Orthodox Church (ustawa o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego; consolidated text: Dz.U. 2014 item 1726).

Act of 30 June 1995 on the relations between State and the Christian Baptist Church in the Republic of Poland (ustawa o stosunku Państwa do Kościoła Chrześcijan Baptystów w Rzeczypospolitej Polskiej; consolidated text: Dz.U. 2015 item 169).

Act of 30 June 1995 on the relations between State and the Evangelical-Methodist Church in the Republic of Poland (ustawa o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko-Methodystycznego w Rzeczypospolitej Polskiej; consolidated text: Dz.U. 2014 item 1712).

Act of 30 June 1995 on the relations between State and the Polish-Catholic Church in the Republic of Poland (ustawa o stosunku Państwa do Kościoła Polskokatolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej; consolidated text: Dz.U. 2014 item 1599).

Act of 30 June 1995 on the relations between State and the Seventh-Day Adventists Church in the Republic of Poland (ustawa o stosunku Państwa do Kościoła Adwentystów Dnia Siódmego w Rzeczypospolitej Polskiej; consolidated text: Dz.U. 2014, item 1889).

Act of 20 February 1997 on the relations between State and the Catholic Mariavite Church in the Republic of Poland (ustawa o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego Mariawitów w Rzeczypospolitej Polskiej; consolidated text: Dz.U. 2015 item 44).

Act of 20 February 1997 on the relations between State and the Old-Catholic Mariavite Church in the Republic of Poland (ustawa o stosunku Państwa do Kościoła Starokatolickiego Mariawitów w Rzeczypospolitej Polskiej; consolidated text: Dz.U. 2015 item 14).

Act of 20 February 1997 on the relations between State and the Pentecosta Church in the Republic of Poland (ustawa o stosunku Państwa do Kościoła Zielonoświątkowego w Rzeczypospolitej Polskiej; consolidated text: Dz.U. 2015 item 13).

- Act of 7 May 1999 on the Protection of the Areas of the Former Nazi Extermination Camps (ustawa o ochronie terenów byłych hitlerowskich obozów zagłady; consolidated text: Dz.U. 2015 item 2120).
- Act of 24 July 2015 on the Law of Assemblies (Prawo o zgromadzeniach; Dz.U. item 1485).
- Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997 (Konstytucja RP; Dz.U. no. 78 item 483 with am.).
- Guidelines of the Office for Democratic Institutions and Human Rights of the Organisation of Security and Cooperation in Europe and the European Commission for Democracy through Law of the Council of Europe on the freedom of peaceful assemblies (Venice Commission Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly).
- Judgement of the Polish Constitutional Tribunal of 18 January 2006 (Dz.U. no. 17 item 141).
- Judgement of the Polish Constitutional Tribunal of 10 July 2008 (Dz.U. no. 131 item 838).
- Judgement of the Polish Constitutional Tribunal of 18 September 2014 (Dz.U. item 1327).
- Judgement of the European Court of Human Rights of 10 October 1979 in the case of *Rassemblement Jurassien and Unité Jurassienne v. Switzerland* (Application no. 8191/78).
- Judgement of the European Court of Human Rights of 17 July 2007 in the case of *Bukta and Others v. Hungary* (Application no. 25691/04).
- Judgement of the European Court of Human Rights of 3 May 2007 in the case of *Bączkowski and Others v. Poland* (Application no. 1543/06).
- Judgement of the Voivodeship Administrative Court (WSA) in Poznań of 14 December 2005 (IV SA/Po 983/05; LEX no. 174377).
- Judgement of the Voivodeship Administrative Court (WSA) in Warsaw of 5 October 2010 (VII SA/Wa 1856/10, LEX no. 760065).
- Law on Higher Education Act of 27 July 2005 (Prawo o szkolnictwie wyższym; consolidated text: Dz.U. 2012 item 572 with am.).
- Ruling of the Federal Constitutional Court of Germany of 14 May 1985 in the *Brokdorf* case (1 BvR 233, 341/81).

SUMMARY

The new notion and classification of assemblies in Polish law

The topic of this paper is the issue of the notion and classification of assemblies in Polish law, while its direct aim is to analyse and evaluate the regulations of the above issue after

the changes introduced by the Act of 24 July 2015 on the Law of Assemblies (Dz.U. item 1485). The discussion is divided into two parts: the first is devoted to the investigation of the very notion of assembly, the second to the analysis of the topic of classification of assemblies – from the perspective of the form of decision of an administrative authority regarding the permissibility of holding the assembly. Following this criterion, assemblies are divided into ones which only require notification and the silent acceptance of the administrative organ, spontaneous assemblies which do not require notification, assemblies which require prior permission, and finally assemblies in the case of which it is necessary to agree on the time and place of holding the assembly with the operator of the road.

Keywords: Assembly, Holocaust Monument, religion, regulation

BARTOSZ KOŁACZKOWSKI, The Jacob of Paradies University, Department of Administration and National Security, Teatralna 25, 66-400 Gorzów Wielkopolsk, Republic of Poland, Adam Mickiewicz University Poznań, Faculty of Law and Administration, al. Niepodległości 53, 61-714 Poznań, Republic of Poland, e-mail: bkola@amu.edu.pl.

DANIEL ERYK LACH

Equality vs. differentiation: on solidarity and justice in social law

Introduction

In discussing the meaning and content of the rules of equality, solidarity and social justice in relation to social law, first it should be noted that social law, as an instrument of social policy, is characterized by its own axiology. Its underlying assumption lies in the need to help and equalize the diverse social conditions of citizens, to guarantee citizens – by fulfilling the provisions of the Constitution of the Republic of Poland – the realization of the right to social security in the event of their inability to work due to an illness or disability, or when they reach retirement age (Article 67 § 1), as well as equal access to healthcare financed from public funds, regardless of the citizens' financial standing (Article 68 § 2). By defining the rights (to services or benefits), and obligations (payment of contributions), the public authority differentiates the legal situation of diverse groups of subjects when determining the amount of defined benefits (e.g. pensions of particular occupational groups), or the basis and interest rates of contributions (e.g. health insurance contributions of workers, farmers and the self-employed).

This permissible differentiation is limited by the principle of equality, expressed in Article 32 of the Constitution, and, with regard to health insurance, is reflected in the principle of equal access to healthcare services from Article 68 § 2. Considering the statements of the doctrine and the decisions delivered by the Constitutional Court (Trybunał Konstytucyjny), an assessment of the grounds justifying differentiation of the legal situation of specific groups of subjects, and the compliance of those grounds or reasons with the principle of equality, should be based on the following principles: (i) the criterion for the classification of subjects leading to the differentiation of their legal situation should be objective, real, and noticeable; (ii) the objectively existing differences between the parties should be legally-relevant, have a direct, rational relation to the aim and the main content of the norms in which the controlled standard is contained, and achieving that aim; (iii) the adopted criterion must be proportionate, which

means that the weight of interest, which is designed to differentiate the situation of the addressees of the norm, must be in proportion to the seriousness of the interests that will be affected as a result of the unequal treatment of similar subjects; (iv) the statutory classification of subjects resulting in the differentiation of their legal status must be fair, which means that the choice of a specific criterion of differentiation should result from the adopted system of values, principles or constitutional norms justifying different treatment of similar subjects.

It should be noted that the criterion for justifying the differentiation, i.e. recognition that different rules have priority over the principle of equality and justify the unequal distribution of duties or rights, is essential in the judicial practice of the Constitutional Court, because the other criteria generally do not cause problems. This paper analyses the principles of social justice, social solidarity and the common good as the key ideas of the social security system that justify the differentiation of the legal situation of different groups of the insured and the beneficiaries.

The axiology of social law as an instrument of social policy

The function of social law

As already indicated, social law is characterized by the specific axiology resulting from its very function, which is the implementation of social policy. The aims and methods of social policy have evolved over years, with the milestones of this evolution being some key legal institutions and concepts, such as social insurance (Bismarck), the system of “social supply” in the framework of a welfare state, i.e. the responsibility of the state for the well-being (or living) of its citizens (Beveridge) and, finally, the concept of the privatization of public tasks and the idea of the enabling state (*Gewährleistungsstaat*).¹ Today, it should be assumed that activities undertaken within the scope of social policy cover three different types of situations: firstly, to equalize the situation of economically vulnerable and helpless individuals (groups) to a standard recognized in society as fair; secondly, to create equal access to constitutionally guaranteed services and social benefits; and thirdly, the insurance of social risks that may affect any individual or any social group.²

Thus, social law also includes – in addition to social security law (which guarantees social benefits of a protective/emergency character, fulfilled only in the event that certain social risks occur) – providing social compensation and social support, stimulating the responsibility of the beneficiaries for their own living, and providing them a better start and equal opportunities in a society. The institutions of the social law ensure not only traditional benefits, which have passive character; they also encompass the active

1 D.E. Lach, *Zasada równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej*, Warszawa 2011, pp. 38–47, 81–87.

2 J. Auleytner, *Polityka społeczna, czyli ujarzmianie chaosu socjalnego*, Warszawa 2002, p. 41.

prevention of disadvantageous situations that citizens might face in the future, and thus they are future-oriented, aiming at increasing the activity of subjects incurring or under certain risks, and at promoting a specific social prevention, consistent with the principle of subsidiarity. These measures should not result in a fragmented response to the occurrence of undesirable events in the lives of individuals. Instead, public authorities should treat social issues in a comprehensive way, which is of particular importance when it comes to poverty and social exclusion. By promoting equal opportunities, social policy will promote social inclusion and social cohesion, which will create a consolidated society.³ For this reason, an analysis of the differentiation of the legal situation of particular groups of subjects in social legislation must take into account the essential function of social policy, which is the equalization of opportunities and the standards of living of citizens, by eliminating excessive differences.

If social law has emerged as a result of social inequalities and the desire and need to provide for their (at least partial) equalization, its norms, by definition, differentiate the legal situation of their addressees. In order to determine whether the principle of equal treatment has been taken into account, first it must be established whether the criteria used to define a group whose legal situation is subject to differentiation have been objective, relevant, proportional and fair, and, secondly, whether, or to what extent, the regulated distribution of rights and duties among the differing groups is equal and fair, i.e. to what extent it has taken into account the existing differences between these groups.

To determine whether the definition (differentiation) of selected groups of subjects and the differentiation of their legal situation is justified, it is necessary to examine the legitimacy of the adopted criterion of differentiation, as it should result from the system of accepted values, principles or constitutional norms, justifying different treatment of similar subjects. In this context, the first thing to recall is the principle of social justice, which is somewhat difficult to define and has a complicated relationship with the principle of equality. Secondly, it must be remembered that the principle of social solidarity, which is the basis (the key idea) of the concept of social insurance as the realization of the idea of social security, consists mainly in the beneficiaries of the social policy system fulfilling their insurance obligations, rather than exercising their rights. The principle of social solidarity ultimately constitutes the basis for the assessment of citizens' participation in the social risk community (should they be in the insurance community) and their contribution to the financing (how much should they pay). And thirdly, the principle of the common good should be mentioned, because the common good and working towards it are the objectives and consequences of the existence of a community characterised by solidarity.

3 W. Anioł, *Polityka socjalna Unii Europejskiej*, Warszawa 2003, p. 30 *et seq.*

Social justice as distributive justice

From the times of Aristotle's *Nicomachean Ethics*, distributive justice has been defined in practically the same, constant manner. It is about sharing the relevant goods or spreading burdens fairly between persons.⁴ In the source literature, it has been pointed out that the concept of distributive justice is an idea which rules over the principles of the distribution of goods, and therefore concerns the relationship between an individual and other people in a situation of relative scarcity (when the sum of the needs exceeds the number of goods which are to be distributed).⁵

The Constitutional Court also referred to the concept of distributive justice, stating that the concept of justice as the overriding principle is used to evaluate social differentiation. When unfair differences occur, in the distribution of goods and in the associated differentiation of the recipients of these goods, they are considered to be inequalities. The Court remarked then that according to the principle of distributive justice “the equal must be treated equally” and “the similar must be treated similarly.” In the latter case, the extent to which certain features that are taken into account in the distribution process occur in individuals or groups of individuals, should be considered.⁶ In other statements directly concerning the principle of social justice, the Court pointed out that this principle should be understood as “the correction of the principle of equality in favour of the citizens who are in the most difficult economic situation,”⁷ and that the principle of social justice ensured “the balance of the burden and benefit.”⁸

More on distributive justice and its formulas has been written by Z. Ziemiński.⁹ Firstly, he mentioned the formula of simple egalitarianism, as the easiest to use, which requires that everyone be treated equally (in the same way), regardless of his/her distinguishing features. This formula reduces the possible arbitrariness in providing institutional support, and may temporarily promote solidarity. At the same time, according to Ziemiński, the formula is primitive and unsuitable for use in seriously treated social policy, because it does not encourage working towards the common good, it can also cause social tensions and the waste of goods distributed to everyone equally, regardless of the perceived needs. Secondly, Ziemiński characterised the formula “to each according to his (justified) needs,” as the “amended egalitarian formula,” but he stated that, in the face of the scarcity of goods and the limitlessness of needs, that formula has a utopian character. He also noted, though, that one should see its “more realistic variety, according to which each could expect from ‘society,’ and in practice from the state, a guarantee that

4 Z. Ziemiński, *O pojmowaniu sprawiedliwości*, Lublin 1992, p. 93.

5 W. Sadurski, *Teoria sprawiedliwości. Podstawowe zagadnienia*, Warszawa 1988, pp. 49, 70 *et seq.*

6 Judgement from 9 March 1988, U 7/87, OTK 1988, no. 1, item 1.

7 Judgement from 28 May 1986, U 1/86, OTK 1986, no. 1, item 2.

8 Judgement from 26 October 1993, U 15/92, OTK 1993, no. 2, item 36.

9 Z. Ziemiński, *op. cit.*, p. 25.

he/she will be able to satisfy the most basic needs.”¹⁰ He emphasizes that the term “basic needs” is very problematic, and that in practice additional conditions or reservations are formulated, such as, for example, the absence of fault on the part of the subject whose needs are to be satisfied.¹¹ Ziemiński noted that the two egalitarian formulas cannot be, in practice, isolated from the merit formula, which expects fulfilment of certain specific requirements from those claiming benefits. What is more, the merit formula dominates over the egalitarian formulas. In this context, Ziemiński refers to the formula “to each according to merit,” noting however, that the concept of merit is problematic as it can be identified either with the value of (the results of) work or with the individual effort, which could eventually lead to many practical difficulties, if one were to objectively determine their degree.¹²

Regarding the concept of social justice, it has been noted in the source literature that “adding to the term ‘justice,’ which has multiple definitions in the social sciences [...], the adjective ‘social’ indicates that this constitutional principle applies to both the relations between social groups and the relations between them and the state, and not to the relation between the state and an individual,”¹³ and it is not about the subjective sense of justice, but about justice as a social category. It has also been pointed out that there are many possible meanings of the concept of justice, and one should opt for its distributive meaning, understood broadly, as “the balance of burdens and benefits in a situation of relative scarcity of goods.”¹⁴ From the social law literature, a statement by J. Jończyk may be recalled, namely that the norm of Article 2 of the Constitution, according to which the Republic of Poland is a “democratic state ruled by law and implementing the principles of social justice,” applies to the entire system and all areas of law and “its meaning in social security law is special, because this branch primarily deals with the question of fair distribution.”¹⁵ Jończyk emphasizes that the norm of Article 2 of the Constitution refers to the principles (in plural), rather than to the principle of social justice, it is not “the one and only principle of social justice, whose metaphysical meaning is only available to the intuition and feelings of a person holding an office, but it is rather about different principles of social justice, existing objectively as socially accepted and used, that often,

10 *Ibidem*.

11 D.E. Lach, *op. cit.*, p. 218 *et seq.*

12 *Ibidem*, p. 312 *et seq.*

13 B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, commentary to Article 2 point 10; T. Dybowski, *Zasady sprawiedliwości społecznej jako problem konstytucyjny w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, “Sądownictwo Konstytucyjne” 1996, no. 1, p. 78.

14 C. Jackowiak, *Gloss to the judgment of the Constitutional Court from 29.01.1992*, K. 15/91, “Państwo i Prawo” 1993, no. 2, p. 100.

15 J. Jończyk, *Prawo zabezpieczenia społecznego*, Kraków 2001, p. 26.

or even usually, are divergent or even contradictory.”¹⁶ Jończyk also emphasizes that the implementation of these principles means that they should be applied in a balanced way and taken into account, both in the legislative process as well as when making individual decisions. Consequently, Article 2 of the Constitution should be seen as a systemic rule of care, not a substantive basis for the decision. In other words, the legislative, the judiciary and the executive powers should be fair. This means that in making a decision (creating a law), common good (social solidarity), freedom and human dignity, respect for social dialogue, and the principle of subsidiarity should be taken into account.¹⁷

Against this background, it can be concluded that social justice is useful for evaluating the distribution of goods and burdens, which means that it is identical with the distributive understanding of justice. The fact that in the Article 2 of the Constitution the principles of social justice are mentioned in plural leads to the conclusion that it is to be understood that there are many formulas of distributive justice concerning the distribution of rights and duties, which are based on many different doctrinal assumptions that cannot be simultaneously achieved. They can, however, provide the basis for evaluation of the distribution of different burdens (contributions or taxes), or multiple goods (the security of the minimum subsistence in the context of the catalogue of guaranteed services in the healthcare system and personalized levels of pension benefits), and their conformity with the idea of justice. Therefore many formulas can be invoked: “from each according to strength,” “from each according to his ability,” “from each according to calling,” “to everyone their equal share,” “to each according to their (legitimate) needs,” “to each according to effort,” “to each according to the results,” “to each according to merit,” “to each according to birth,” but each of these formulas raises a number of controversies, serving different aims and fulfilling different functions. It is therefore necessary to agree with the statement by Ziemiński that, in fact, social justice is a conglomerate of different formulas of justice, and the roles assigned to individual formulas undergo changes depending on the situation in which the acts of distributive justice are to be implemented. Simply put: social justice means taking into account the well-being of every member of society and rejecting excessively deep social stratification, and in particular radical discrimination against any category of subjects.¹⁸

Concerning the relationship between the principle of equality and justice it has to be pointed out that this question has been discussed in a number of judgments of the Constitutional Court. Against this background it was rightly claimed in the literature¹⁹

16 *Ibidem*, p. 27.

17 J. Jończyk, *Transformacja ubezpieczeń społecznych i ochrony zdrowia*, [in] *Konstytucyjne problemy prawa pracy i zabezpieczenia społecznego*, ed. H. Szurgacz, Wrocław 2005, pp. 119–120.

18 Z. Ziemiński, *op. cit.*, p. 95 and 130, 132–133.

19 J. Nowacki, *Sprawiedliwość a równość w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [in] *W kręgu zagadnień konstytucyjnych*, ed. M. Kudej, Katowice 1999, pp. 83–103.

that the Court “does not present a uniform view, moreover, the diversity of its statements means that they are far from being clear.” J. Nowacki criticized the Court and some of its judgments:

Equality is [...] sometimes treated as a separate principle of justice, sometimes as a derivative of justice, sometimes again as an element of justice, sometimes justice and equality cumulate (or they do not), sometimes justice comes before equality, and yet sometimes it suffices that equality is justified by the principle of justice.²⁰

Sharing Nowacki’s objections, and taking into account the above notes on the concepts and formulas of distributive justice, one must agree with Nowacki’s thesis that the rule of equality is in fact only one of the rules of justice, in the sense that fair distribution can be either equal (identical – to each the same or the same amount) or unequal – differentiated. It should be mentioned that in the case of a legislator’s action, in particular in the area of social law, it is difficult to imagine a situation in which it would be possible to make a decision concerning the equal distribution of goods, rights or obligations.

Social solidarity

The principle of social solidarity lies at the basis of the concept of social insurance²¹ and the healthcare system in particular. It is in particular the foundation for such solutions as the non-contributory co-insurance of the family members, the absence of a connection between the amount of the contribution and the range of guaranteed services and no restrictions on the level of the contribution base, binding it with all income sources (the principle of universality of contribution). The principle of solidarity also justifies the subsequent inequalities resulting from these solutions, which may affect particular groups of beneficiaries. This justification is important in light of the principle of the state policy referred to in Article 68 § 2 of the Polish Constitution to create a healthcare system which will serve not only the practical realization of the right to life and a related right to health, but will also provide citizens, regardless of their financial situation, with equal access to healthcare services financed from public funds.

When defining the concept of social solidarity, first the idea of solidarity that appeared in the social sciences at the turn of the 20th century should be recalled. The starting point was a new vision of society, understood as an independent entity, based on the solidarity of its members. E. Durkheim considered social solidarity to be a moral

²⁰ *Ibidem*.

²¹ J. Jończyk, *Prawo...*, *op. cit.*, p. 38; D.E. Lach, *O solidarności społecznej w „ubezpieczeniu zdrowotnym*, [in] *Aksjologiczne podstawy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, eds. M. Skąpski, K. Ślęzak, Poznań 2014, the judgment of the Constitutional Court from 11 February 1992, K 14/91, OTK 1992, no. 1, item 7.

phenomenon, whose outward expression is law.²² L. Duguit, referring to the idea of Durkheim, emphasized that solidarity, understood as social interdependence, consists of two elements: the similarity of the needs of people belonging to the same social group, and the diversity of their needs and abilities. Therefore we can talk about “solidarity by similarity” (people connect with one another to satisfy a common need) or “solidarity by the allotment of labour” (people connect to provide services to one another and thereby to satisfy diverse needs). Duguit stated that the justification for the existence of the state is “solidarity by the allotment of labour.”²³ By contrast, it has to be concluded that the basis and justification of social insurance and trusteeship as ways of ensuring social security is “solidarity by similarity.” Social risk communities are created because people cannot otherwise satisfy their needs following the occurrence of these risks.²⁴

In the 20th century, the concept of integral humanism was the answer to the totalitarian ideologies and the drama of World War II. The emphasized dignity of a human person in social life and his priority to society became the basis for the concept of social personalism.²⁵ This idea was the starting point for the teaching of the second Vatican Council and the conciliar encyclicals, such as *Mater et magistra* (1961), which highlighted the primacy of private initiative and reduced state intervention for promoting, stimulating, coordinating, assisting and complementing these initiatives, in accordance with the principle of subsidiarity. The concept of solidarity appeared in later encyclicals as well. In *Laborem exercens* (1981) solidarity was recalled in its defensive meaning, with regard to the conflict between labour and capital. It was defined as the collective and right reaction against the degradation of a human person as the subject of labour. Another meaning of solidarity was formulated in *Sollicitudo rei socialis* (1987). Solidarity was defined as “firm and persevering determination to commit oneself to the common good; that is to say to the good of all and of each individual, because we are all really responsible for all,” thus, unlike in *Laborem exercens*, solidarity was given the positive, “involved” meaning.²⁶

22 H. Olszewski, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Warszawa 1982, p. 327; J. Oniszczyk, *Filozofia i teoria prawa*, Warszawa 2008, pp. 910–911; C. Mik, *Solidarność w prawie Unii Europejskiej. Podstawowe problemy teoretyczne*, [in] *Solidarność jako zasada działania Unii Europejskiej*, ed. C. Mik, Toruń 2009, pp. 33–34; A. Czarnota, *Prawo a współczesne odmiany solidaryzmu społecznego*, [in] *Idea solidaryzmu we współczesnej filozofii prawa i polityki*, ed. A. Łabno, Warszawa 2012, pp. 60–64.

23 L. Duguit, *Kierunki rozwoju prawa cywilnego na początku XIX wieku*, [in] A. Czarnota, J. Justyński, *Wybór tekstów źródłowych z historii doktryn politycznoprawnych*, Toruń 1988, p. 196; C. Mik, *op. cit.*, p. 34; H. Olszewski, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Warszawa 1982, pp. 422–424.

24 Slightly different it is in the case of a welfare state, where the community includes all citizens (residents), and public authorities are responsible for providing social security (although to a very limited extent).

25 J. Auleytner, *Polityka społeczna, czyli ujarzianie chaosu socjalnego*, Warszawa 2002, pp. 198–199.

26 *Ibidem*, pp. 198–203.

In this context it should be pointed out that emphasizing the dignity of a human person in social life and his primacy over society does not have to stand in opposition to the principle of the primacy of the common good, which is associated with justice and social solidarity. Social personalism emphasizes the dignity and importance of the individual against totalitarianism and its oppression. In a democratic state of law, individualism should not transform into egoism. It can be even said that a precondition for a solidarity risk community is that the subjects forming this community be aware of its purpose and meaning, even if its membership is mandatory. It should also prevent individuals from abusing solidarity and encourage respect for certain rules (obligations arising from solidarity), including recognition of the primacy of the community's interest (the principle of common good).

A statement by W. Szubert should be recalled here, from the canon works of the Polish doctrine on social security. Szubert pointed out that "the special feature of social security benefits is that their weight should be distributed to a wider community of people." However, in that context Szubert did not use the term "social solidarity."²⁷ T. Zieliński, in turn, discussed issues of solidarity in relation to the principles of subsidiarity and personalism as elements of the Catholic and evangelical social philosophy, forming the basis for the ideology of the welfare state. Zieliński, speaking of social insurance, pointed out that social solidarity is to be understood as "realization of the concept of self-help by the provision of services or benefits to people in need, from funds earned by a joint effort of the insured."²⁸ Zieliński also invoked the principle of insurance solidarity, which he identified with the idea of mutuality, which means that the insured carry the burdens of insurance by themselves, in accordance with the formula "all for one, one for all." And yet, the principle of mutuality (insurance solidarity) is not synonymous with the principle of obligations mutuality/equivalency (synallagma of the provisions: contribution and the services/benefits), because the absence of synallagma is characteristic of social insurance law.²⁹

J. Piotrowski also emphasized the importance of the principle of solidarity for the creation of a risk community, when it comes to the distribution of liability to all the insured. He said that the core of solidarity is a duty to spread the costs of covering the need resulting from the occurrence of a random event throughout the whole of society, or at least to a number of persons threatened in a similar way by such a random event.³⁰

27 W. Szubert, *Ubezpieczenie społeczne. Zarys systemu*, Warszawa 1987, pp. 62–63.

28 T. Zieliński, *Ubezpieczenia społeczne pracowników. Zarys systemu prawnego – część ogólna*, Warszawa – Kraków 1994, p. 20.

29 *Ibidem*, pp. 17, 130–131.

30 J. Piotrowski, *Zabezpieczenie społeczne. Problematyka i metody*, Warszawa 1966, p. 173.

Jończyk wrote in the same spirit and insisted that the literature “rarely refers to the solidarity of the risk community in its legal sense, although it is the foundation of all forms of social security.”³¹ Especially noteworthy is Jończyk’s statement that:

[...] the question of solidarity refers to the obligation, burden, individual contribution, joint effort, not distribution of benefits in cash or in kind because the solidarity of the risk community is expressed in the financing (through individual contributions) of the social security and should not be confused with the equalization of financial burdens between the risk communities and solidarity communities.³²

For this reason Jończyk remarked that “in the context of the distribution of benefits we should rather talk about justice, not about solidarity.”³³ Referring to the content of the principle of solidarity, Jończyk stated that the creation of a risk community (including the risk of “being unhealthy”) is based on the assumption that there are subjects involved that are – although to varying degrees – capable of bearing and ready to bear the cost of protection against the effects of the occurrence of a given risk. In social security systems in general, and healthcare systems in particular, there are differences not only in the capability to bear the cost of protection, but also in the “vulnerability to risk,” which should be understood as an individual threat of the occurrence of a random event, on the basis of which social risk as a legal term is constructed. There is also “no symmetry between the contribution and the realized benefit; and what is more, the asymmetry is characteristic and through it, the sense of solidarity is expressed: everyone is contributing, often uneven shares, and for a longer or shorter time, but the compensation is received only by the one who has suffered damage”³⁴ (injury or loss – D.E.L.). For this reason – and also in order to counteract the “selfishness and speculation” – the creation of a risk community must be obligatory “because it is a guarantee of solidarity and the ability to bear the burden of social security.”³⁵

The statements of the Constitutional Court referring to the principle of solidarity must also be recalled here. In the judgment from 11th February 1992, K 14/91, the Court stated:

The justification [...] of the redistributive function of the insurance is the principle of social solidarity, ordering the distribution of the burden of benefits to the wider community of people covered by social insurance.

31 J. Jończyk, *Prawo...*, *op. cit.*, p. 38.

32 *Ibidem*.

33 *Ibidem*.

34 *Ibidem*.

35 *Ibidem*, p. 39.

In the judgment from 7th January 2004, K 14/03,³⁶ the Court also emphasized the financial content of solidarity, stating:

[...] the access to services financed from public funds must be equal for all citizens, regardless of their financial situation. Article 68 § 2 of the Constitution stipulates that there should be equality in the access to healthcare services and refers to the principle of equality and the concept of social solidarity as expressed in Article 32. The rules of using healthcare services in this area are in fact independent of the level of participation of individual members of the community in the creation of a resource of public funds which are the source of the funding of those services.

From these statements it can be seen that solidarity is understood primarily as a justification for the acquisition of rights by poorer people, tacitly: at the cost of the richer. Similarly, it has been noted in Polish sources that:

[...] the principle of social solidarity as a principle of health insurance means, in fact, that the fund created from health insurance contributions is anonymous. The rule is that those who pay contributions do not know for whose benefit the money they have contributed is spent. What is more, regardless of the amount they have paid, they do have the same rights to services or benefits as those who have made higher, or lower, contributions. This means that none of the insured acquires a better position in the context of access to services or benefits because his contributions have been of greater value than those of another person.³⁷

Against this background it has to be pointed out that in German sources the principle of solidarity is understood in a different way.³⁸ Two primary obligations of members of

36 Dz.U. 2004 no. 5 item 37.

37 J. Nowak-Kubiak, B. Łukasik, *Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych*, Warszawa 2006, commentary to Article 65. It is worth adding that with the exception of a capital financed pension insurance fund, every other insurance fund is anonymous because the contributions (i.e. their level) are not linked to any particular insured person. The lack of the relationship between the contribution to the scope of the service/benefit is the quintessential principle of social solidarity.

38 H.F. Zacher, *Individuelle und soziale Sicherung gegen die Notfälle des Lebens in der sozialen Marktwirtschaft*, Berlin 1973; M. Faude, *Selbstverantwortung und Solidarverantwortung im Sozialrecht. Strukturen und Funktionen der sozialrechtlichen Relevanz des Selbstverschuldens des Leitungsberechtigten*, Bonn 1983; W. Gitter, *Strukturen der Reform der gesetzlichen Krankenversicherung*, "Die Sozialgesetzmäßigkeit" 1991, no. 3; F. Kirchhof, *Das Solidarprinzip im Sozialversicherungsbeitrag*, [in] *Sozialfinanzverfassung: 5. Sozialrechtslehrertagung 6. bis 8. März 1991 in Göttingen*, ed. B. Schulin, Wiesbaden 1992; G. Haverkate, *Gleichheitsprobleme an den Nahtstellen der Sozialleistungssysteme – Am Beispiel der Alterssicherung*, [in] *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, eds. U. Beyerlin, M. Bothe,

a community derive from the idea of solidarity. They include: (i) participation by payment of contributions despite the lack of equivalence between the contributions and the resulting services or benefits, and (ii) loyal, solidary behaviour. Referring to Jończyk's statement cited earlier, it must be emphasized that "the question of solidarity refers to the obligation, burden, individual contribution, joint effort, rather than to the distribution of benefits in cash or in kind and in the context of the services or benefits, distribution justice, rather than solidarity, should be mentioned."³⁹ In other words, looking for an axiological justification for the differentiation of the legal situation of the beneficiaries of a system (the criterion of such differentiation should arise from the adopted system of values), it is the principle of (social) justice, which may justify the differentiation of granted rights (e.g. special services for pregnant women, children or veterans), while the principle of social solidarity will apply to the evaluation of the differentiation of duties imposed on the participants in the system (e.g. income-related contribution).

In summary, it can be concluded that the content of the principle of social solidarity means that burdens and duties are taken on by the community (e.g. the beneficiaries of the healthcare system), which leads to social compensation within the community. The idea of solidarity assumes "making the risk common," or the "deindividualization" of a risk, manifested primarily in paying a contribution which depends on (is calculated and determined on the basis of) the income rather than the individual danger or need (interpersonal equalization). The solidarity of the community members is primary in the relation to the primacy of the common good over the individual. The common good and the activities or measures to achieve it are the goal and the consequences of the existence of a community characterised by solidarity. Therefore, from the principle of social solidarity there follows, *inter alia*, a duty of loyalty to other members of the community, which manifests itself in the taking of actions aimed at avoiding a chance of occurrence of a risk, or at minimizing its effects, as well as in a reasonable use of the guaranteed services/benefits, and co-operation, taking into account the interests of other members of the community.

The principle of the common good

As already mentioned above, the principle of common good is important for the evaluation of differentiation in social law, and it is closely linked to the principle of social solidarity. The recommendation to take the common good into account, understood as the recognition of the primacy of the community's interest over the interests of the insured individual beneficiary or patient can also be drawn from the principles of social justice,

R. Hofmann, E.U. Petersmann, Berlin 1995; U. Volkmann, *Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung*, Tübingen 1998; F. Ruland, *Solidarität*, "Neue Juristische Wochenschrift" 2002, no. 48; H.M. Heinig, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, Tübingen 2008.

39 J. Jończyk, *Prawo...*, *op. cit.*, pp. 38–39.

because “it is a factor helping to achieve a just, or at least fair balance between public interest (the common good) and the interest of an individual.”⁴⁰

Generally speaking, taking the common good into account means that the legislature recognizes the priority of the interests of a community over the interests of an individual member of this community, which is essential for the construction and functioning of various communities of beneficiaries of social security systems. The application of this principle is reflected in the regulation of the healthcare system, in which the principle of the common good is to be understood in such a way that the scarcity of financial resources at the disposal of the National Health Fund legitimizes the introduction of instruments restricting access to certain services, or imposes specific obligations on beneficiaries, which leads to diversifying their access to services. There are, in practice, two instruments. First, it is the limited access to guaranteed healthcare services and waiting lists which differentiate patients’ access to defined services on time. Second, it is the duty of the beneficiaries to carry a part of the costs of the guaranteed services (e.g. medicines and medical supplies), which is associated with the individual financial situation of the recipient, and leads to the differentiation of access to services. In both cases the differentiation of the legal situation of an individual is justified by the principle of the common good, because the interest of all beneficiaries, based on the recognition of certain healthcare services as guaranteed (which often have to entail limited access to those services), prevails over the interest of a particular beneficiary (patient), who has to wait for the provision of a given service or bear part of its cost. This is also related to the structure of a system in which the insured (service-entitled), rather than the patients (service-receivers), are the beneficiaries. For this reason, when discussing the solidarity that binds the community of the insured, Jończyk emphasizes that this is neither the solidarity of the patients, nor the solidarity of the insured and the patients, but the solidarity of the insured. The insured are predominantly interested in paying low contributions and receiving, when need be, a wide range of guaranteed services, hoping, at the same time, that it will be never necessary to claim them.⁴¹

Conclusions

To sum up, below are some general theses that may be formulated:

1. Social law is an instrument of social policy. One of its primary aims is to equalize opportunities and to eliminate excessive disparities between the living conditions of different groups of subjects. Therefore, the norms of social law, by definition, differentiate the legal situation of the recipients when it comes to their rights or duties. The

40 Judgment of the Constitutional Court from 12 April 2000, K 8/98.

41 J. Jończyk, *Transformacja ubezpieczeń społecznych i ochrony zdrowia*, [in] *Konstytucyjne problemy prawa pracy...*, *op. cit.*, pp. 119–120.

regulations of social law may be evaluated only in this context and in two stages: firstly, if the criteria used in order to differentiate the groups of subjects are objective, relevant, proportional and fair; and secondly, if the distribution of rights and duties among the distinguished group of subjects is fair, i.e. as far as it takes into account the existing differences between the groups of subjects.

2. How the principle of equality may be reflected in social legislation and be effective depends on the extent to which the regulations of social law justify differentiation of the legal situation of certain groups of subjects. Such differentiation can follow objective criteria and thus be neutral (e.g. a specific scope of services guaranteed only to pregnant women), or may be linked to the axiology of the branch and therefore be evaluative (e.g. paying contributions contingent upon the income rather than individual danger, the potential need, or the non-contributory insurance of family members).

3. Solving the dilemmas of the definition of differentiation criteria is the task of the legislature, which has to fulfil the obligations arising from the state policies contained in the Constitution, but we must also take into account the social and economic situation of a state and respond flexibly to changes that are taking place, realizing at the same time the state's political programme.

4. On the basis of the literature and decisions delivered by the Constitutional Court it should be said that for the evaluation of the fairness of the differentiation of the legal situation of certain groups of subjects it is essential that the legal classification of the subjects be justified. This means that the choice of the differentiation criterion should result from the adopted system of values, principles or constitutional norms that justify different treatment of similar subjects.

5. In the context of axiological justification of the differentiation of the legal situation of certain groups of subjects and the relationship between the principles of equality and justice, one should say that the principle of equality is, in fact, only one of the rules of justice, because fair distribution can be either equal (identical – to each the same or the same amount), or unequal, that is, differentiated.

6. The concept of equality before the law has no independent content; it depends on other value judgments and principles.⁴² It is secondary to the principles of material justice, so it cannot be a criterion for its admissibility. This also means that the principle of equality has no absolute character and that the differentiation of the legal situation is acceptable. It must be justified so as not to be regarded as discrimination or preference.⁴³

7. Discussing the axiological justification for differentiating the categories of subjects and their legal situation, it should be noted that different principles of social justice can

42 W. Sadurski, *Teoria sprawiedliwości. Podstawowe zagadnienia*, Warszawa 1988, pp. 87–88; J. Nowacki, *op. cit.*, pp. 95, 103.

43 L. Garlicki, *Zasada równości i zakaz dyskryminacji w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [in] *Obywatel – jego wolności i prawa*, ed. B. Oliwa-Radzikowska, Łódź 1998, p. 66.

be defined, accepted and used when enacting and applying a law which may turn out to be divergent or even contradictory.

8. The principles of social justice justify a regulation, which, taking into account the scarcity of resources, recognizes the primacy of a community interest over the interests of an individual, which may lead to the differentiation of the legal situation of individuals (the principle of the common good).

9. Taking into consideration the special axiology of social law, it can be said that if the principle of justice is used to evaluate the admissibility of differentiation and the applied differentiation criteria, then its modification is the principle of solidarity, being also the basis for the principle of the common good.

10. The content of the principle of social solidarity is, due to the existing correlation, the fact of taking over by the community some burdens and obligations accordingly, which then leads to social compensation within the community ("making the risk common," or the "deindividualization" of the risk). In other words, the idea of solidarity consists in the redistribution of healthcare costs among all the beneficiaries (members of the common risk community), which inevitably leads to inequalities in the financial burden of individual subjects.

Literature

- Aniol W., *Polityka socjalna Unii Europejskiej*, Warszawa 2003.
- Auleytner J., *Polityka społeczna, czyli ujarzmianie chaosu socjalnego*, Warszawa 2002.
- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009.
- Czarnota A., *Prawo a współczesne odmiany solidaryzmu społecznego*, [in] *Idea solidaryzmu we współczesnej filozofii prawa i polityki*, ed. A. Łabno, Warszawa 2012.
- Duguit L., *Kierunki rozwoju prawa cywilnego na początku XIX wieku*, [in] A. Czarnota, J. Justyński, *Wybór tekstów źródłowych z historii doktryn politycznoprawnych*, Toruń 1988.
- Dybowski T., *Zasady sprawiedliwości społecznej jako problem konstytucyjny w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, "Sądowictwo Konstytucyjne" 1996, no. 1.
- Faude M., *Selbstverantwortung und Solidarverantwortung im Sozialrecht. Strukturen und Funktionen der sozialrechtlichen Relevanz des Selbstverschuldens des Leitungsberechtigten*, Bonn 1983.
- Garlicki L., *Zasada równości i zakaz dyskryminacji w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [in] *Obywatel – jego wolności i prawa*, ed. B. Oliwa-Radzikowska, Łódź 1998.
- Gitter W., *Strukturen der Reform der gesetzlichen Krankenversicherung*, "Die Sozialegerichtsbarkeit" 1991, no. 1.
- Haverkate G., *Gleichheitsprobleme an den Nahtstellen der Sozialleistungssysteme – Am Beispiel der Alterssicherung*, [in] *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Völkerrecht*,

- Europarecht, Staatsrecht. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, eds. U. Beyerlin, M. Bothe, R. Hofmann, E.U. Petersmann, Berlin 1995.
- Heinig H.M., *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, Tübingen 2008.
- Jackowiak C., *Gloss to the judgment of the Constitutional Court from 29.01.1992, K. 15/91*, "Państwo i Prawo" 1993, no. 3
- Jończyk J., *Prawo zabezpieczenia społecznego*, Kraków 2001.
- Jończyk J., *Transformacja ubezpieczeń społecznych i ochrony zdrowia*, [in] *Konstytucyjne problemy prawa pracy i zabezpieczenia społecznego*, ed. H. Szurgacz, Wrocław 2005.
- Kirchhof F., *Das Solidarprinzip im Sozialversicherungsbeitrag*, [in] *Sozialfinanzverfassung: 5. Sozialrechtslehrrertragung 6. bis 8. März 1991 in Göttingen*, ed. B. Schulin, Wiesbaden 1992.
- Lach D.E., *O solidarności społecznej w „ubezpieczeniu zdrowotnym”*, [in] *Aksjologiczne podstawy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, eds. M. Skąpski, K. Ślebzak, Poznań 2014.
- Lach D.E., *Zasada równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej*, Warszawa 2011.
- Mik C., *Solidarność w prawie Unii Europejskiej. Podstawowe problemy teoretyczne*, [in] *Solidarność jako zasada działania Unii Europejskiej*, ed. C. Mik, Toruń 2009.
- Nowacki J., *Sprawiedliwość a równość w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [in] *W kręgu zagadnień konstytucyjnych*, ed. M. Kudej, Katowice 1999.
- Nowak-Kubiak J., Łukasik B., *Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych*, Warszawa 2006.
- Olszewski H., *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Warszawa 1982.
- Oniszczyk J., *Filozofia i teoria prawa*, Warszawa 2008.
- Piotrowski J., *Zabezpieczenie społeczne. Problematyka i metody*, Warszawa 1966.
- Ruland F., *Solidarität*, "Neue Juristische Wochenschrift" 2002, no. 48.
- Sadurski W., *Teoria sprawiedliwości. Podstawowe zagadnienia*, Warszawa 1988.
- Szubert W., *Ubezpieczenie społeczne. Zarys systemu*, Warszawa 1987.
- Volkman U., *Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung*, Tübingen 1998.
- Zacher H.F., *Individuelle und soziale Sicherung gegen die Notfälle des Lebens in der sozialen Marktwirtschaft*, Berlin 1973.
- Zieliński T., *Ubezpieczenia społeczne pracowników. Zarys systemu prawnego – część ogólna*, Warszawa – Kraków 1994.
- Ziemiński Z., *O pojmowaniu sprawiedliwości*, Lublin 1992.

SUMMARY

Equality vs. differentiation: on solidarity and justice in social law

The paper describes the question of the principle of equality in social law against the background of permissible differentiation and its justification. The author refers to the

axiology of social law as an instrument of social policy by presenting the function of social law. He discusses the question of social justice as distributive justice, and defines the principle of social solidarity and the principle of the common good as the most important for the healthcare system.

Keywords: social law, axiology of the healthcare system, principle of equality, principle of social solidarity, principle of social justice, principle of the common good

DANIEL ERYK LACH, Adam Mickiewicz University Poznań, Faculty of Law and Administration, Al. Niepodległości 53, 61-714 Poznań, Republic of Poland, e-mail: daniel.lach@amu.edu.pl.

IWONA SEPIOŁO-JANKOWSKA

Corporate criminal liability in English law

Introduction

The criminal liability of corporations has become very debated topic since the 20th century.¹ This problem became especially pressing because of the huge changes with regard to the environment, food, employment, justice, etc., which are a part of our life and involve corporations. Nowadays, daily life is determined by companies in many areas, such as work, travel, food and shopping. People use goods which are produced by companies, but there are many dangers connected with them. Some corporations have falsified financial disclosures, while others have breached environmental or health and safety laws, which resulted in great losses. The consequences that most directly affect our society are the huge losses of money, or even lives.

Regarding the above, it can be said that, even though they produce essential goods, corporations can also destroy lives, health and the environment. Therefore, a general question in this article is whether corporations should be held criminally liable. A further question is whether criminal law should hold corporations accountable, or whether the law should rather seek to punish the culpable individuals within the company.

In response to the above, juridical regimes have been created in order to punish corporate wrongdoing. Although the imposition of criminal liability on corporations, as opposed to managers or employees, has generated considerable debate,² commentators

1 Following V.S. Khanna, *Corporate criminal liability: what purpose does it serve?*, "Harvard Law Review" 1996, no. 7, vol. 109. V, e.g., R.S. Gruner, *Corporate Crime and Sentencing* § 1.9.2, at 52–55, Charlottesville 1994; L. Pitt, K.A. Groskaufmanis, *Minimizing Corporate Civil and Criminal Liability: A Second Look at Corporate Codes of Conduct*, "Georgetown Law Journal" 1990, no. 78, pp. 1559, 1563, 1570, 1573–1574.

2 *Ibidem*; R.A. Posner, *Economic Analysis of Law* (4th edition), Chicago 1992, pp. 421–423; B.B. Baysinger, *Organization Theory and the Criminal Liability of Organizations*, "Boston University Law Review" 1991, no. 71, pp. 341–346.

have not comprehensively analyzed why corporate criminal liability exists. Furthermore, it is not clear that corporate criminal liability is the best way to influence corporate behavior. The following sections will try to provide answers to the above-mentioned questions.

Sources of the corporate criminal liability

Corporate liability was traditionally regulated by civil and administrative law. However, criminal law has begun to deal with corporate liability. Criminal law has long recognized³ that companies may be prosecuted for a crime, in particular for breaches of health and safety legislation, or through vicarious liability offences, such as trade descriptions offences as in case *Tesco v. Natrass* (1972). However, more serious crimes, such as manslaughter, remained difficult to prosecute, save against companies where the test of the directing mind and the person actually having knowledge of the act/omission might be proven.

Recent disasters involving large companies' liability revealed a gap in the law, which resulted in unsuccessful prosecutions in cases such as *Attorney General Reference* (no. 2 of 1999) (2000), where a train crash that led to the death of 7 persons and injuries to 151 could not be attributed to any person, and therefore also involved no liability for the company involved.

This gap in the law is now filled by the Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act (2007), which created the new offence of corporate manslaughter, making it an offence for any company whose gross breach of duty of care leads to the death of a person (whether that person be an employee, a servant or a third party), when that breach has been caused by the mismanagement of that company's activities. There have only been three successful prosecutions under this Act, however, as it is still necessary to establish a directing mind or knowledge of the mismanagement, and prosecuting bodies are finding this difficult to establish. Moreover, none of these prosecutions resulted in anyone going to prison; instead the company itself had to pay fines.

The criminal responsibility of companies for death or injury was driven by two sets of developments.⁴ In 1988, there was the Piper Alpha⁵ oil rig explosion, in which 167

3 V.S. Khanna, *op. cit.*; K.F. Brickey, *Corporate Criminal Accountability: A Brief History and an Observation*, "Washington University Law Quarterly" 1981, no. 60, pp. 393, 396; L.H. Leigh, *The Criminal Liability of corporations in English Law*, London 1969, pp. 1–12.

4 C.M.V. Clarkson, H.M. Keating, S.R. Cunningham, *Clarkson and Keating Criminal Law: Text and Materials*, London 2007.

5 Following C.M.V. Clarkson *et al.*, *op. cit.*; Department of Energy, *The Public Inquiry into the Piper Alpha Disaster. The Cullen Report*, 1990.

people were killed. In 1987, there was the King's Cross⁶ fire, in which 31 people died, the cause being the failure of the various groups and individuals within the overall corporate structure to identify their respective areas of responsibility. Another tragic event was the 1987 Zeebrugge disaster, in which a ferry capsized, killing 192 people. The result of these developments was mounting pressure for the law to hold corporations criminally liable.⁷

Furthermore, there are many offences in England targeted at corporate entities and concerned with the regulation of business activity. Two recent high profile statutes have also specifically targeted corporate entities – the Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 (CMCHA) and the Bribery Act 2010 (Bribery Act) – both of which focus attention on the management systems and controls of a corporate entity. In particular, the Bribery Act, which imposes liability for failure to prevent an act of bribery unless the corporate entity can demonstrate that it had adequate procedures to prevent such an act occurring, is a considerable change in the approach towards corporate criminal liability. An important feature of the new Bribery Act is its extra-territorial reach and its application to English companies. A foreign company which carries on any “part of a business” in England could be prosecuted under the Bribery Act for failing to prevent bribery committed by any of its employees, agents or other representatives, even if the bribery takes place outside England and involves non-English persons.

The essence of the concept of corporate criminal liability

Criminal law is known especially as a mechanism for responding to individual wrongdoing. It seems to be obvious that natural persons can think, make decisions, commit crimes and be held criminally liable. Because of the fact that this individualistic notion of responsibility cannot automatically be assigned to legal entities such as companies, some argued that corporations cannot be held liable.⁸ This argument was rapidly abandoned due to the fact that the existence of corporations is an incontestable reality in the social, economic, and juridical life of society, as was mentioned above.

Firstly, it should be pointed out that corporations have legal capacity in the majority of areas of law, own real estate and goods distinct from those of their members, and have their own rights and obligations. While it seems to be obvious that a corporation can be held liable for pollution offences, or offences involving financial irregularities, it seems to be less obvious that a company could be said to commit crimes.

6 Following C.M.V. Clarkson *et al.*, *op. cit.*; *Investigation into the Kings Cross Underground Fire. Fennell Report*, London 1988.

7 Following C.M.V. Clarkson *et al.*, *op. cit.*

8 B. Fisse, J. Braithwaite, *The allocation of responsibility for corporate crime: Individualism, Collectivism and Accountability*, “Sydney Law Review” 1988, no. 11, p. 468.

There are three systems for determining which crimes corporations can be held liable for. Under the first system,⁹ general liability or plenary liability,¹⁰ the juristic persons' liability is similar to that of individuals, with corporations being virtually capable of committing any crime. The second system requires that the legislator mention for each crime whether corporate criminal liability is possible. The third system consists of listing all the crimes for which collective entities can be held liable.¹¹ The first system has been adopted by England.

It should be highlighted that company liability does not extend to human actions such as sexual offences and bigamy. Moreover, the only criminal penalty that can be imposed on a company in English law is a fine, since a company cannot be convicted of murder due to the impossibility of sentencing a company to life imprisonment.¹² Under the same principle, corporations are not liable for crimes expressly excluded by the legislator, or crimes that, due to their nature, cannot be committed by corporations. Hence, corporations cannot commit bigamy, incest, perjury, or rape¹³ even though some authors argue that such crimes could be committed by corporations as instigators. The English courts have held that corporations can be sued for manslaughter.

However, a final and critical point must be stressed here. The above argument is that companies should be capable of being held criminally liable. This does not mean that individuals within the company should be exempt from liability. In appropriate cases, where the individuals have committed the *actus reus* with the *mens rea* of the offence, they should be liable.

Corporate or individual liability?

In light of this, whether or not corporations or individuals within the company should be held to criminal liability should be considered. There are many pros and cons if either of the answers is chosen. Therefore, in order to try to find the answer, the consideration below is needed.

The argument for prosecuting individuals is that it is they who commit offences and blame can be ascribed to them. There is a belief that a corporation cannot have *mens rea* and therefore, cannot be guilty of any criminal offence. Those who are in favour of holding individuals within a company criminally liable argue that a corporate as a collective manages the corporation and makes decisions. Therefore, the *mens rea* element of

9 F. Streteanu, R. Chirita, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, Bucuresti 2002.

10 C. de Maglie, *Centennial Universal Congress of Lawyers Conference – Lawyers and Jurists in the 21st Century. Paper: Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law*, "Washington University Global Studies Law Review" 2005, no. 4, pp. 547, 552.

11 *Ibidem*.

12 C.M.V. Clarkson *et al.*, *op. cit.*

13 *Ibidem*.

a criminal offence does not belong to the company, but to the members who made the decision. If the corporation is punished, this would be against the principles of criminal law, because according to the above a corporation is not blameworthy. Further it is argued that:

[...] individuals within a company are the ones most amenable to deterrence. In order to deter the company itself fines would need to be huge. A company is only likely to be deterred if its expected costs exceed its expected gains. If a company anticipates making £10 million from a criminal act and the risk of apprehension is 20 per cent, it has been argued that the fine would need to be at least £50 million to have any hope of being an effective deterrent. There is a further problem here with the “deterrence trap”: this is where the risk of apprehension is so low that no penalty will operate as a deterrent. In terms of incapacitation and rehabilitation, it could be said that it is the particular individuals who should be removed from office or disciplined or made to improve their work practices.¹⁴

On the other hand, large corporations often have sophisticated structures which can cause difficulties for outsiders to ascertain who is responsible for particular decisions. Punishing the company can trigger the most appropriate institutional response, since the company is in the best position to identify and discipline its employees. In the case of small companies, particularly “one-person-companies,” imposing criminal liability on the company in addition to the individuals is pointless. With regard to larger companies, individual criminal liability should also be imposed – in addition to corporate criminal liability. In doctrine it is said that:

[...] organisations are systems [...] the entire personnel of an organization may change without reshaping the corporate culture; this may be so even if the new incumbents have personalities quite reshaping the corporate culture; this may be so even if the new incumbents have personalities quite different from those old. The fact is that organisations are blamed in their capacity as organisations for causing harm or taking risks in circumstances where in they could have acted otherwise. [...] When people blame corporations they are not pointing the finger at individuals behind the corporate. They are condemning the fact that the organization either implemented a policy of non-compliance or failed to exercise its collective capacity to avoid the offence for which blame attaches. We routinely hold organisations responsible for a decision when and because that decision instantiates an organiza-

¹⁴ *Ibidem.*

tional policy and instantiates an organizational decision-making process which the organization has chosen for itself.¹⁵

Moreover, in some cases it is easier to put the blame on corporations. It is said that:

Individual persons who are directly or indirectly implicated in offences may be difficult or impossible to prosecute successfully, and those who influence the omission of offences indirectly may fall outside the scope of liability for complicity or other ancillary heads of criminal liability. Companies value a good reputation for its own sake, just as do sporting clubs and government agencies. Individuals who take on positions of power within such organisations, even if they as individuals do not personally feel any deterrent effects of shaming directed at their organisations. Another factor which needs to limit the deterrent efficacy of individual criminal liability for corporate crime is the expendability of individuals within organisations [...].¹⁶

As was mentioned above, corporates can be held liable for criminal offences. There are two legal principles by which a company can be prosecuted for criminal offences: vicarious liability, which applies principally to offences where there is no requirement to prove any mental element and non-vicarious liability, which can apply under the “identification principle” to offences that include a mental element (such as intent, dishonesty or knowledge) within their definition. The general assumptions of each principle will be described below.

The doctrine of vicarious liability is well-established in English law in relation to strict liability offences dealing with matters such as pollution, food and drugs and health and safety at work.¹⁷

Vicarious liability is applicable to situations where an employee’s intent can be proven and it will suffice to prove the *mens rea* element required against an employer. In the case of *Allen v. Whitehead* (1930) the accused employed a manager for his café. The manager was instructed not to let prostitutes gather on the premises and the accused regularly checked. However, prostitutes were found there regularly because the manager did not prevent them from entering. As a result, despite his continued checks and instruction, the accused was found guilty through the principle of vicarious liability.

An employer – a company – is liable for a criminal offence resulting from its own operations carried out under its essential control, save only where some third party acts in such a way as to interrupt the chain of causation. It is sufficient that those immediately

¹⁵ B. Fisse, J. Braithwaite, *op. cit.*

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ *British Steel Plc* [1995] I.C.R. 586 as cited in C.M.V. Clarkson *et al.*, *op. cit.*

responsible on site were employees of the company and acting apparently within the course and scope of that employment.¹⁸

With regard to the vicarious doctrine, companies can be held criminally liable for the unlawful acts of their employees and agents under this principle. When the offence is one of strict liability, no mental element is required and nothing further needs to be proven beyond the existence of the facts amounting to the contravention. A number of statutes set out what are essentially strict liability offences, but the use of this principle as a basis for corporate prosecutions is most commonly found in quasi-regulatory areas of criminal law, such as health and safety and environmental law.

The second principle is by use of what is known as the “identification doctrine”¹⁹ whereby, subject to some limited exceptions, a corporate may be indicted and convicted for the criminal acts of the directors and managers who represent the directing mind and will and who control what it does. This concept has developed over decades. In the case of an offence involving proof of a mental element, such as many corruption offences, it is possible to combine proof of the act itself (*actus reus*), on the part of an employee or representative of the company who would not form part of the controlling mind with proof of *mens rea* on the part of a person who does form part of the controlling mind.

The general principle in common law is that corporate criminal liability requires personal corporate fault, a principle endorsed by the House of Lords in *Tesco Supermarkets v. Natrass*. This principle is unsatisfactory, primarily because it fails to reflect corporate blameworthiness. To prove fault on the part of the managerial representative of a company is not to show that the company was at fault as a company but merely that one representative was at fault. The *Tesco* principle does not reflect personal fault but amounts to vicarious liability for the fault of a restricted range of representatives exercising corporate functions. This compromised form of vicarious liability is doubly unsatisfactory because the compromise is struck in a way that makes it difficult to establish corporate criminal liability against large companies. Offences committed on behalf of large concerns are often visible only at the level of middle management, whereas the *Tesco* principle requires proof of fault on the part of a top-level manager.

A company can only be liable if a person representing the controlling mind of the company actually commits the offence.

Resumé

The English legal system is predictable and consistent with the general principles of criminal law. The arrival of Deferred Prosecution Agreements along with a prosecu-

18 S. Brown L.J., *National Rivers v. Alfred McAlpine Homes East Ltd.*, 1994, All E.R. 286, Queen’s Bench Divisional Court.

19 Following C.M.V. Clarkson *et al.*, *op. cit.*

tor's Code of Practice and new sentencing guidelines for corporate criminality have created a new era in corporate criminal liability.

The prosecution of corporations is very difficult due to the significant restrictions of these models. Thus, the retributive goal of the criminal law cannot be effectively achieved.

Corporations are independent legal persons that have legal capacity, and can act in their own name and cause harm. Therefore, companies should be responsible for their actions.

The corporate criminal liability models developed so far show that the only way to effectively punish and battle corporate crime is to criminally punish corporations. Prosecution of individuals only is unjust not only to them, but to society at large because convictions of individuals will rarely affect the way corporations conduct their business in the future. Moreover, the civil and administrative liability of corporations is not sufficient. Victims do not always have the financial resources to pursue a civil claim.

Literature

- Baysinger B.B., *Organization Theory and the Criminal Liability of Organizations*, "Boston University Law Review" 1991, no. 71.
- Brickey K.F., *Corporate Criminal Accountability: A Brief History and an Observation*, "Washington University Law Quarterly" 1981, no. 60.
- Brown S., L.J., *National Rivers v. Alfred McAlpine Homes East Ltd.*, 1994, All E.R. 286 (Queen's Bench Divisional Court).
- Clarkson C.M.V., Keating H.M., Cunningham S.R., *Clarkson and Keating Criminal Law: Text and Materials*, London 2007.
- Department of Energy, *The Public Inquiry into the Piper Alpha Disaster. The Cullen Report*, 1990.
- Fisse B., Braithwaite J., *The allocation of responsibility for corporate crime: Individualism, Collectivism and Accountability*, "Sydney Law Review" 1988, no. 11.
- Gruner R.S., *Corporate Crime and Sentencing § 1.9.2*, at 52–55, Charlottesville 1994.
- Investigation into the Kings Cross Underground Fire. Fennell Report*, London 1988.
- Khanna V.S., *Corporate criminal liability: what purpose does it serve?*, "Harvard Law Review" 1996, no. 7, vol. 109.
- Leigh L.H., *The Criminal Liability of corporations in English Law*, London 1969.
- Maglie C. de, *Centennial Universal Congress of Lawyers Conference—Lawyers and Jurists in the 21st Century: Paper: Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law*, "Washington University Global Studies Law Review" 2005, no. 4.
- Pitt L., Groskaufmanis K.A., *Minimizing Corporate Civil and Criminal Liability: A Second Look at Corporate Codes of Conduct*, "Georgetown Law Journal" 1990, no. 78.

Posner R.A., *Economic Analysis of Law*, 4th edition, Chicago 1992.

Streteanu F., Chirita R., *Raspundera penala a persoanei juridice*, Bucuresti 2002.

SUMMARY

Corporate criminal liability in English law

Juridical regimes have been created in order to punish corporate wrongdoing. Although the imposition of criminal liability on corporations, as opposed to managers or employees, has generate considerable debate, commentators have not comprehensively analyzed why corporate criminal liability exists. Furthermore, it is not clear that corporate criminal liability is the best way to influence corporate behavior. Following sections will try to find answers to the above mentioned questions.

Keywords: corporate criminal liability, english law, corruption offences

IWONA SEPIOŁO-JANKOWSKA, Adam Mickiewicz University Poznań, Faculty of Law and Administration, Al. Niepodległości 53, 61-714 Poznań, Republic of Poland, e-mail: iwona.sepiolo@amu.edu.pl.

TAINÁ CORRÊA BARBOSA RAMOS

Capital punishment: a theoretical and cooperative analysis

Introduction

The discussion about the legitimacy and legality of the death penalty crosses social, cultural, religious and historical fields, and, more importantly for the present article, it has both a great influence on, and connection with, the field of law studies.

In the present day, despite, for example, the United Nations' condemnation of the death penalty,¹ there are still a lot of countries that retain the provision of capital punishment in their legislation, and although it has been discussed for decades, there is still space and even necessity to expose the lack of both legal and moral justifications for the death penalty.

Some countries, such as Germany² and the United Kingdom,³ have already completely abolished the death penalty. Others, such as the Russian Federation,⁴ do not apply the death penalty in practice, although it is still present in their legislation. There are also

1 The Resolution 62/149, adopted by a majority of 104 United Nations member states in favor, on 18 December 2007, called for a worldwide moratorium on executions. V. http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/62/149 [access: 20.05.2015].

2 Germany banned the Death Penalty in its current Constitution, which came into effect on 23 May 1949. The Penal Code was formally amended in 1951 and capital punishment was replaced with life imprisonment.

3 In the United Kingdom capital punishment was only truly abolished in 1998, when the House of Lords' amendment to the Crime and Disorder Act 1998, forbade the death penalty for the crimes of treason and piracy with violence. Also, with the ratification of the 6th and the 13th Protocol of the European Convention on Human Rights, the United Kingdom reaffirmed the rejection of the death penalty.

4 The last execution in Russia was carried out in 1996. And in November 2009, the Russian Constitutional Court ruled capital punishment as unconstitutional. The Constitutional Court of the Russian Federation, Decision no. 1344-O-R/2009, Nov. 19, 2009. The decision extended indefinitely the 13-year-old moratorium on the death penalty. V. <http://www.reuters.com/article/2009/11/19/idUSLJ330478> [access: 2.02.2015].

some countries, such as Brazil,⁵ that abolished capital punishment for common/civil crimes, only maintaining it for military offenses.

On the other hand, some countries still have and apply the death penalty, including the United States of America⁶ and China, two of the richest, most powerful and, in certain aspects, developed countries, which together with more than 57 nations, form the group of States wherein a person can still lose their life due to the power of a legal, institutionalized penalty. As was mentioned above, a wide range of factors influence this legislation: social, cultural, religious and historical circumstances have a great influence. When it comes to the study of law, in order to be able to thoroughly discuss and form an opinion on the matter of the death penalty, it is indispensable to understand its justification by the most important theories of punishment. Therefore, the present article aims firstly to analyze how the death penalty is applied worldwide, and subsequently discuss the theories of punishment and how they relate to the death penalty.

Capital punishment in the world

Discussion concerning the legitimacy of the death penalty has grown in recent decades: not only is its legitimacy being questioned, but also its morality and utility. Lately, there has been an increase in international efforts to abolish the death penalty and, to this end treaties, decisions and resolutions have been made, all aiming at a moratorium on executions, and ultimately at a complete abolition of the death penalty. An important example is the Optional Protocol no. 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights,⁷ from December 1989, which states in Article 1:

1. No one within the jurisdiction of a State Party to the present Protocol shall be executed.
2. Each State Party shall take all necessary measures to abolish the death penalty within its jurisdiction.

5 In Brazil, the death penalty was abolished for common crimes in 1889, being applied for the last time in 1876. However, it still exists in the Military Criminal Code, Article 55.

6 As a Federation, The United States of America has different legislation regarding the death penalty. Some States still have it while others do not. As for the States that have it, they total 32: Alabama, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Delaware, Florida, Georgia, Idaho, Indiana, Kansas, Kentucky, Louisiana, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, New Hampshire, North Carolina, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Virginia, Washington and Wyoming. V. <http://www.ibtimes.com/death-penalty-us-which-states-still-practice-capital-punishment-what-methods-they-use-1785124> [access: 2.02.2015].

7 Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty. Adopted and proclaimed by General Assembly resolution 44/128 of 15 December 1989.

There are also several resolutions of The United Nations General Assembly calling for a moratorium on executions and for a complete abolition of the death penalty.⁸ It is also fundamental to highlight: a) the work of the UN Economic and Social Council, which adopted the Safeguards Guaranteeing Protection of the Rights of Those Facing the Death Penalty⁹ (resolution 1984/50 of 25 May 1984); and b) the contribution of both the UN Human Rights Committee¹⁰ and of the UN Human Rights Council.¹¹

In a 2003 landmark decision, the Human Rights Committee held that Canada was obliged to ensure that the death penalty would not be carried out on a proposed deportee. For countries that have abolished the death penalty, there is an obligation not to expose a person to the real risk of its application. Thus, they may not remove, either by deportation or extradition, individuals from their jurisdiction if it may be reasonably anticipated that they will be sentenced to death, without ensuring that the death sentence will not be carried out.

Regardless of all the international efforts to reduce and ultimately abolish the death penalty, there are countries that still have it in their criminal codes and legislation. One of the harshest death penalty applications – if not *the* harshest – belongs to China. In fact, three quarters of executions worldwide are carried out in Asia. China alone accounts for 90% of all executions in Asia and executes more people than all the other countries combined. The country executed approximately 1800 people in 2008, but precise numbers are unavailable because of secrecy rules.¹²

In the People's Republic of China there are more than fifty crimes punishable by death. Murder, terrorism, rape, drug trafficking, treason, economic crimes and even burglary are punishable by capital punishment. The methods of execution are both lethal injection and

8 V. for example, Resolution 62/149, "Moratorium on the use of the death penalty," adopted by the General Assembly on 18 December 2007; Resolution 67/176, "Moratorium on the use of the death penalty" adopted by the General Assembly on 20 December 2012; Moratorium on the use of the death penalty.

9 These set out the most basic guarantees to be observed in all death penalty cases and were endorsed by the UN General Assembly in 1984 by consensus.

10 In a 2003 landmark decision, the Human Rights Committee held that Canada was obliged to ensure that the death penalty would not be carried out on a proposed deportee. For countries that have abolished the death penalty, there is an obligation not to expose a person to the real risk of its application. Thus, they may not remove, either by deportation or extradition, individuals from their jurisdiction if it may be reasonably anticipated that they will be sentenced to death, without ensuring that the death sentence will not be carried out. UNHCR Roger Judge v. Canada, Communication no. 829/1998 (13 August 2003) UN Doc CCPR/C/78.D/829/1998.

11 It is important to highlight that such a decision had earlier been made by European Court of Human Rights (cf. 1/1989/161/217: *Söring vs. UK*) and it is now extended to life imprisonment without parole. Cf. 04: *Kafkaris vs. Cyprus*, 12.02.2008 (GK) – 21906/ and 9.07.2013 – 66069/09, 130/10 3896/10 (*Vinter u.a. vs. UK*).

12 V. <http://www.amnesty.org/en/death-penalty/death-sentences-and-executions-in-2008/asia> [access: 15.11.2014].

shooting. Besides China, the United States of America is another example of a country that still applies the death penalty. Being a Federation, this type of legislation changes from state to state, but currently there are still 31 states that apply the death penalty.¹³

Some studies indicate that capital punishment in the United States is connected with the race of the victim and of the criminal. In 96% of states where there have been reviews of race and the death penalty, there was a pattern of either race-of-victim or race-of-defendant discrimination, or both.¹⁴ A study in California found that those who killed white people were over 3 times more likely to be sentenced to death than those who killed black people, and over 4 times more likely than those who killed Latinos.¹⁵ Capital punishment proves to be not only racially biased, but it can also be socially discriminatory.¹⁶

As for the Muslim world, the practice of capital punishment is still common and most Muslim countries allow its use, including: Egypt, Jordan, Syria, Lebanon, Pakistan, Oman, Qatar, The United Arab Emirates, Iran, Iraq and Saudi Arabia.¹⁷ Crimes in Islamic law are divided into 3 basic categories: Hudud,¹⁸ Qisas¹⁹ and Tazir²⁰ offenses. Capital punishment is a sanction theoretically available for any of these categories.²¹ In Saudi Arabia, for example, the death penalty can be used for adultery, highway robbery, apostasy, sorcery and heresy, among others.²²

13 31 states still have the death penalty: Alabama, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Delaware, Florida, Georgia, Idaho, Indiana, Kansas, Kentucky, Louisiana, Mississippi, Missouri, Montana, Nevada, New Hampshire, North Carolina, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Virginia, Washington, Wyoming. V. <http://www.amnesty.org/en/death-penalty/death-sentences-and-executions-in-2009/americas> [access: 11.12.2015].

14 Professor Baldus report to the ABA, 1998.

15 G.L. Pierce, M.L. Radelet, *The impact of legally inappropriate factors on death sentencing for California homicides 1990-1999*, "Santa Clara Law Review" 2005, no. 46, <http://www.ccfaj.org/documents/reports/dp/expert/radelet.pdf> [access: 4.01.2015].

16 H. Chehata, *A penological critique of christian and islamic justifications of capital punishment*, School of Law, Brunel University, October 2006.

17 V. <http://www.amnesty.org/en/death-penalty/abolitionist-and-retentionist-countries> [access: 16.01.2016].

18 Hudud Crimes are offences for which there are fixed punishments The six crimes for which punishments are fixed are theft (amputation of the hand), illicit sexual relations (death by stoning or one hundred lashes), making unproven accusations of illicit sex (eighty lashes), drinking intoxicants (eighty lashes), apostasy (death or banishment), and highway robbery (death). V. <http://www.oxfordislamicstudies.com/article/opr/t125/e757> [access: 3.01.2015].

19 Qisas is the Law of Equality/Retaliation.

20 Tazir are the type of offences for which there are discretionary punishments.

21 V. above: H. Chehata, *op. cit.*

22 E. Peiffer, *The Death Penalty in Traditional Islamic Law and as Interpreted in Saudi Arabia and Nigeria*, "William & Mary Journal of Women and the Law" 2005, no. 507, <http://scholarship.law.wm.edu/wmjowl/vol11/iss3/9> [access: 16.12.2014].

The execution methods also vary, but among them are stoning, hanging, shooting and beheading. In theory, Islam permits the use of the death penalty,²³ but even this permission could not legitimize the death penalty being used as a tool for social and political oppression.²⁴ Indeed, the death penalty can be used as a cruel tool of racism, as has been shown in the United States of America, and it can also be a means of oppression, censorship and authoritarianism.

In the Americas, since 2003, when Cuba stopped carrying out executions,²⁵ the USA has been the only country to execute prisoners, except for one case in St Kitts and Nevis, in 2008.²⁶ Nevertheless, in Central America there are countries that still retain the death penalty in their legislation, such as Jamaica and Dominique. These countries consistently opposed the international initiatives for a worldwide abolition and it seems that they will continue to do so. In this regard, Amnesty International issued a report that contains both a background analysis of the Death Penalty in the region and recommendations for establishing a moratorium on executions.²⁷

As for South America, most countries are abolitionists, but some still retain capital punishment for special crimes, such as military offenses.²⁸ In Brazil, for example, the death penalty has been abolished for common crimes, though it is still included in the Military Penal Code, in articles 55 and 56, which assert that the death penalty will be execution by shooting. However, in order to apply this law, the country would have to be in a state of war. For common crimes, the last execution was in 1876, and since the Proclamation of the Republic, in 1989, it has not been used.

In Europe, the great majority of countries have abolished the death penalty, except for Belarus, which still has capital punishment for common crimes in its legislation. Currently, the abolition of the death penalty is included in the European Convention of Hu-

23 The Qur'dn mandates that that everyone has a right to life, unless a court of law demands killing: *Nor take life – which Allah has made sacred – except for just cause.*

24 H. Chechata, *op. cit.*, supra n. 45.

25 V. <http://www.amnesty.org/en/death-penalty/death-sentences-and-executions-in-2009/americas> [access: 20.11.2014].

26 V. <http://www.theguardian.com/world/2008/dec/23/capital-punishment-human-rights-caribbean> [access: 20.11.2014].

27 V. <http://www.amnesty.org/ar/library/asset/AMR05/001/2012/en/e17a43ad-54d7-4ea2-b93a-9c4d0b4821c1/amr050012012en.pdf> [access: 20.11.2014].

28 Special crimes are those committed under exceptional circumstances, such as crimes committed in war time. Peru, Chile, Bolivia (with the promulgation of the Bolivian Constitution, in 2004, its been argued that the death penalty was tacitly excluded, once it goes against the constitution) and Brazil are examples of this type of legislation, in South America. In the Asian world, Kazakhstan provides another example.

man Rights, more specifically on its Protocol no. 6²⁹ and Protocol no. 13.³⁰ Also, within the European Union, the Charter of Fundamental Rights of the European Union, in its Article 2 guarantees the right to life, stating that “no one shall be condemned to the death penalty, or executed.”

Theories of Punishment

The abolition of the death penalty is an ambition that has strong foundations in human and fundamental rights. Yet the legitimization of such a harsh and final punishment relies on theories and facts that aim to justify it. In the next part of this article, we shall analyze the retributive and the utilitarian theories of punishment, especially in the aspects that concern the possible justification of the death penalty.

The Retributive Theory of Punishment

An essential characteristic of the retributive theory of punishment is that it conceives of punishment as harm, as suffering, as “retribution” for the evil caused by a crime. Therefore, the imposition of punishment is justified not because of a future purpose, but for the value of punishing the past. Punishment is a criminal’s “just deserts.”³¹ And, at the same time, retribution, by its very definition,³² represents the idea of institutionalized vengeance³³. One might argue that this theory was sufficiently justified by its defenders, the most notorious being two German philosophers, Immanuel Kant³⁴ and Georg W.F. Hegel.³⁵

Immanuel Kant was in favor of the death penalty, especially for the crime of murder, and he justified it on the ground of just retribution. His thoughts on the death penalty can be exemplified with the following passage, from his book *The Metaphysics of Morals*:

29 Protocol no. 6 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Concerning the Abolition of the Death Penalty as Amended by Protocol no. II, Strasbourg 28.04.1983.

30 Protocol no. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Concerning the Abolition of the Death Penalty in All Circumstances, Vilnius, 3.05.2002.

31 The idea of just deserts is one of the most important aspects of retribution. It represents the belief of deserving punishment and what is a fair treatment for criminal offenders.

32 Retribution as Punishment inflicted on someone as vengeance for a wrong or criminal act: <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/retribution> [access: 18.05.2014].

33 The State, as the guardian of moral and justice, is the responsible of inflicting punishment.

34 I. Kant, *The metaphysics of morals* (1797), [in] *Practical Philosophy*, ed. M.J. Gregor, Cambridge 1996, pp. 353–604, *The Cambridge Edition of the Works of Immanuel Kant*, Cambridge Books Online: <http://dx.doi.org/10.1017/CBO9780511813306.013> [access: 15.12.2015].

35 G.W.F. Hegel, *Philosophy of Right*, London 1979.

What kind and what degree of punishment does public legal justice adopt as its principle and standard? None other than the principle of equality (illustrated by the pointer on the scales of justice), that is, the principle of not treating one side more favorably than the other. Accordingly, any underserved evil that you inflict on someone else among the people is one that you do to yourself. If you vilify him, you vilify yourself; if you steal from him, you steal from yourself. Only the law of retribution can determine exactly the kind and degree of punishment.³⁶

From the above remarks, it is fair to assume that for Kant just retribution requires the death penalty for the crime of murder. Nonetheless, we may take into account the fact that Kant lived between 1724 and 1804, and perhaps his ideas were more progressive than may seem to us nowadays.³⁷ Anyhow, the fact is that the death penalty is still a plausible punishment in the present day and the idea of retribution is central to that plausibility.

Both Kant's notion of just retribution and its role in the retributive theory of punishment are not isolated from other defenders of retribution that share the same basis and understandings. As a matter of fact, it is possible to establish the principle that represents the main aspects of a retributive theory of punishment, i.e. the following: "All and only those who commit legal offences may justly receive punishments so long as the punishments are in proportion to the seriousness of the respective crime."³⁸

The above mentioned principle can also be extracted from Hart's Model of Retributivism.³⁹ and even though there is no absolute consensus on the definition of retributivism, the following premises are almost always present in retributive theories of punishment: a) A person may be punished if and only if he has voluntarily done something wrong; b) The punishment must match, or be equivalent to, the wickedness of the offence; c) The justification for punishing persons is that the return of suffering for moral evil voluntarily done is itself morally good.⁴⁰

In this context of classification, we may refer to the above premises as the principle of responsibility, the principle of proportionality and the principle of just retribution, or just requit.⁴¹ Looking closely at this scheme and the theory that it embodies, one can deduce that it excludes the consequences of punishment from analysis, only focusing

36 V. above: I. Kant, *op. cit.*

37 For example, Kant's rejection of torture-executions might be considered as progress in the context of his lifetime, when cruel executions still took place. This is the view of N.T. Potter, Jr., *Kant and Capital Punishment Today*, "The Journal of Value Inquiry" 2002, no. 36, pp. 267–282.

38 D.E. Sheid, *Kant's Retributivism*, "Ethics" 1983, vol. 93, no. 2, pp. 262–282.

39 H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford 1968.

40 *Ibidem*, p. 231.

41 H.A. Bedau, *Retribution and the Theory of Punishment*, "The Journal of Philosophy" 1978, vol. 75, no. 11, pp. 601–620.

on the immediate deprivation that shall be inflicted on the criminal,⁴² the latter being a person who had voluntarily done something wrong.⁴³

Perhaps the most evident principle that distinguishes the retributive theory from the other theories of punishment is the principle of just requit, which aims to justify penalties in themselves. As was mentioned before, penalties are not justified by some future good they may bring to society, through deterrence, or by some good brought to the victim by compensation, or even to the criminal through reformation. Similarly, penalties are justified only on the grounds that they are morally good in themselves, regardless of any future benefit or loss.

This discussion grows in importance when we analyze the most severe of punishments, capital punishment.⁴⁴ Firstly, we must discuss the idea of proportionality and its aspects, since it is a principle present in most legal systems in the world.⁴⁵ Taking into account the general concept of proportion: what would be a proportional penalty for murder? If, to go further into the retributive theory of punishment, we may ask what would be a “just requit” or, in other words, what amount of suffering would be enough for somebody that committed such crime?⁴⁶

Well, according to retribution theories, death is definitely one of the options, if not the best one. It recalls the ancient *Lex Tallionis*: “An eye for an eye.” Clearly a tempting option for a lot of people, including lawmakers, as it appeals to the human emotion of vengeance. However, we should definitely not assume that death is the answer to death, because once we do that, we may as well assume that robbery is the answer to robbery and that rape is the answer to rape. This line of thinking must be rejected, once it threatens the principles and rights that the criminal law must respect, including, of course, the right to life. This the a basic human right, enshrined in the Universal Declaration of Human Rights⁴⁷ and solidified as a fundamental right in many constitutions in the world. The death penalty is the ultimate denial and violation of that right.

42 M. Lessnoff, *Two Justifications of Punishment*, “The Philosophical Quarterly” 1971, vol. 21, no. 83, p. 141.

43 This is one of the points on which the retributive theory contrasts with the utilitarian theory of punishment.

44 Of course some people may argue that life imprisonment is “worse” than the death penalty, because makes people suffer for a longer time. But this author cannot agree with that argument, since capital punishment is the only penalty that is absolute and irreversible.

45 Even though it may be interpreted in different ways, proportionality is a concept familiar to any jurisdiction.

46 The death penalty may be carried out in various ways, including electrocution, hanging, fatal injections, and others. When we discuss the death penalty from the point of view of retribution, we must ask ourselves not only if the death penalty is deserved, but how it should be executed, how cruel should it be.

47 UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights of 10 December 1948, Article 6.

The Utilitarian Theory of Punishment

The utilitarian theory of punishment is another important theory that aims to justify punishment and, with relevance to the present article, to justify capital punishment. It differs from the retributive theory of punishment on the basis that the utilitarian theory justifies a penalty not as retribution for a crime, but as a way of preventing future crimes.

Therefore, as one of the most prominent exponents of the utilitarian theory of punishment, Jeremy Bentham, would say, punishment is an evil that can only be used if it prevents a greater evil.⁴⁸ The idea that punishment breaks or decreases the number of crimes is called deterrence, and it is one of the most important utilitarian arguments in favor of the death penalty.

According to both Bentham and Beccaria, there are three aspects of deterrence that influence the rate at which crimes are committed: a) celerity; b) certainty; c) severity. Therefore, if punishment for a crime is swift, certain and severe, rational people would be deterred from committing the crime, once they measure the graveness that will come to them if they continue with it. Adding to deterrence, we can consider incapacitation, meaning that if the State executes a criminal, it will definitely prevent this person from, for example, murdering again.⁴⁹

In terms of the death penalty, both arguments can be proved wrong, or at least, cannot be proved right. Firstly, an argument against deterrence is that there has been no research, no data or statistics that proved the death penalty deters crimes.⁵⁰ Also, eminent criminologists have conducted research to examine whether the death penalty was a greater deterrent than other types of punishment, and their conclusion was that capital punishment is not more effective than imprisonment in deterring murder.⁵¹

Overall, it has never been proved that capital punishment is an effective deterrent against crimes. In that regard, there was a report released on April 18 by the National Research Council of the National Academies,⁵² based on a review of more than three decades of research, and which concluded that studies claiming that the death penalty

48 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1978), New York 1948.

49 Cf. J.P. Gibbs, *Crime, Punishment and Deterrence*, New York 1975; C. Beccaria, *On Crimes and Punishments*, New York 1963 [hereinafter cited as Beccaria]; J. Bentham, *Principles of Penal Law* (1843), Adelaide 2014.

50 *Deterrence and the Death Penalty*, eds. D. Nagin, J. Pepper, Washington 2012; D. Vergano, *NRC: Death penalty effect research 'fundamentally flawed'*, "USA Today" April 18, 2012.

51 W.C. Bailey, R. Peterson, *Murder, Capital Punishment, and Deterrence: A Review of the Evidence and an Examination of Police Killings*, Sociology & Criminology Faculty Publications, Paper 33, 1994, http://engagedscholarship.csuohio.edu/clsoc_crim_facpub/33 [access: 2.11.2014].

52 V. above: *Deterrence and the Death Penalty*, *op. cit.*

has a deterrent effect on murder rates fundamentally flawed.⁵³ As a matter of fact, Beccaria himself saw the death penalty as both unnecessary and useless.⁵⁴

As for the second utilitarian argument, i.e. incapacitation, some will argue that executed criminals will never commit a crime again, while at least some of the criminals that were sentenced to prison will murder again, after their release. Here we can also use research to show that the number of repeat murderers is not significant. James W. Marquart and Jonathan R. Sorensen conducted research⁵⁵ on 558 offenders that had their death penalty commuted to a prison sentence, or who had been released, after the Furman v. Georgia ruling.⁵⁶ The results indicates that convicts on parole do not represent an especially great threat to society, only one out of all the murderers researched committed a second murder while at liberty in society.

Of course, some defenders of the death penalty may still argue that this one murder, or that the few murderers that murder again are justification enough for capital punishment. But that would bring us back to the retributive theory of punishment, since its utility is hardly proved and even less guarantees the happiness of the majority.⁵⁷

In such a way, the majority of arguments in favor of the death penalty can be refuted, both by logic and statistics. To kill as vengeance for a killing, an eye for an eye, is no better than killing in the first place. If we were to follow this type of thinking, we would go back centuries in terms of the evolution of criminal law. Likewise, maintaining that the death penalty is a way of preventing new crimes is an unsure argument, nowhere near strong enough to justify such punishment. Not to mention that the criminal justice

53 V. the National Research Council's Report Brief, <http://www.deathpenaltyinfo.org/documents/NatResCouncil-Deterr.pdf> [access: 18.05.2014]. The mentioned report concluded: "The committee concludes that research to date on the effect of capital punishment on homicide is not informative about whether capital punishment decreases, increases, or has no effect on homicide rates. Therefore, the committee recommends that these studies not be used to inform deliberations requiring judgments about the effect of the death penalty on homicide."

54 C. Beccaria, *op. cit.*

55 J.W. Marquart, J.R. Sorensen, *A National Study of the Furman-Commuted Inmates: Assessing the Threat to Society from Capital Offenders*, "Loyola of Los Angeles Law Review" 1989, no. 5, <http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol23/iss1/2> [access: 20.01.2015].

56 The Court decided that the death penalty as it had been applied in the United States until that time violated the prohibition against cruel and unusual punishment contained in Eighth Amendment of the United States Constitution. The importance of this decision relies not only on its outcome, but also on the fact that the Court reached its conclusion based on the evidence that the application of the penalty was unequal, often discretionary and haphazard. Some of the Justices in the majority noted that the death sentence has been disproportionately imposed and carried out on the poor, black, and the members of unpopular groups. *Furman v. Georgia*. 408 U.S. 238 (1972). no. 69-5003. Argued in January 17, 1972. Decided in June 29, 1972.

57 According to John Stuart Mill, "actions are right in proportion as they tend to promote happiness, wrong as they tend to produce the reverse of happiness. By happiness is intended pleasure and the absence of pain."

system, like any other system, can fail, with the risk of executing the innocent, and the fact that this does happen should be reason enough to abolish the death penalty.

Conclusion

Certainly a reflection on the international and regional work on human rights during the last decades shows that there has been an increasing numbers of States that apply a moratorium on executions, with a turn towards complete abolition. Nonetheless, as shown in the current article, there are countries that still have and apply the death penalty. And they do so with different types of justifications, sometimes based on pure retribution, other times on a utility that, as argued in this article, cannot be proved.

On the other hand, it is accepted that the criminal systems can fail. There were cases when someone was wrongfully sentenced to the death penalty,⁵⁸ and others that went even further, when innocent people were wrongly executed by the State.⁵⁹ These mistakes can never be amended and it would be naïve to believe that the system will not fail. Moreover, an ultimate case can be made against the death penalty: affirming that there is no morality whatsoever to the death penalty. There is no morality in executing the innocent, or the guilty.

Such a harsh punishment goes against fundamental and human rights, the dignity of the human being, and against the right to life, the most basic human right enshrined in the Universal Declaration of Human Rights⁶⁰ and reiterated as a fundamental right in many constitutions in the world. The death penalty is the ultimate denial and violation of that right. Capital punishment is a cruel and inhuman penalty and it is equivalent to any other type of killing, the difference residing only in the fact that it is an institutionalized murder, carried out by the State. And, liking it or not, as an institutionalized type of killing, it is vulnerable to the pressures of power, to the will of the powerful.

In conclusion, the arguments in favor of the death penalty should be rethought. To admit the legality and legitimacy of the death penalty is to accept that innocents will be executed, it is also to give the State a power that opposes our fundamental and human rights, which were fought for and developed over centuries. Be that as it may, attempts at justification can be proved wrong, retribution is only another word for vengeance and the utility of capital punishment has not yet been demonstrated. A complete abolition of the death penalty is the ultimate goal that has yet to be reached, and, contrary to the at-

58 V. <http://time.com/79572/more-innocent-people-on-death-row-than-estimated-study/> [access: 16.12.2014]; <http://www.scientificamerican.com/article/many-prisoners-on-death-row-are-wrongfully-convicted/> [access: 16.12.2014].

59 V. <http://www.deathpenaltyinfo.org/executed-possibly-innocent> [access: 15.12.2014]. Cf. the Lena Baker case as well: <http://www.theguardian.com/world/2005/aug/17/usa.garyyounge> [access: 15.12.2014].

60 UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights of 10 December 1948, Article 6.

tempts at legitimization, the fight for abolition undeniably has strong theoretical, moral and legal justifications.

Literature

- Bailey C., Peterson R., *Murder, Capital Punishment, and Deterrence: A Review of the Evidence and an Examination of Police Killings*, Sociology & Criminology Faculty Publications, Paper 33, 1994, http://engagedscholarship.csuohio.edu/clsoc_crim_facpub/33 [access: 2.11.2014].
- Beccaria C., *On crimes and punishments*, transl. H. Paolucci, New York 1963.
- Bedau H.A., *Retribution and the Theory of Punishment*, "The Journal of Philosophy" 1978, vol. 75, no. 11.
- Bentham J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, New York 1948.
- Deterrence and the Death Penalty*, eds. D. Nagin, J. Pepper, Washington 2012.
- Hart H.L.A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford 1968.
- Lessnoff M., *Two Justifications of Punishment*, "The Philosophical Quarterly" 1971, vol. 21, no. 83.
- Marquart J.W., Sorensen J.R., *A National Study of the Furman-Commuted Inmates: Assessing the Threat to Society from Capital Offenders*, "Loyola of Los Angeles Law Review" 1989, no. 5, <http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol23/iss1/2> [access: 20.01.2015].
- Potter N.T., Jr., *Kant and Capital Punishment Today*, "The Journal of Value Inquiry" 2002, no. 36.
- Sheid D.E., *Kant's Retributivism*, "Ethics" 1983, vol. 93, no. 2.

SUMMARY

Capital punishment: a theoretical and cooperative analysis

Among all the different types of penalties that exist in the various juridical systems around the world, capital punishment, also known as the death penalty, is one of the most controversial ones. The discussion about its legitimacy and legality crosses social, philosophical, cultural, religious and historical fields. The present article aims to first analyze how capital punishment is treated in different parts of the world, whether it is present or not, and to later on focus on the attempts to justify such a harsh punishment, by both the retributive and utilitarian theories of punishment.

Keywords: capital punishment, theories of punishment, utilitarianism, retributivism

TAINÁ CORRÊA BARBOSA RAMOS, Federal University of Rio de Janeiro, Faculty of Law, Av. Pedro Calmon, 550 – Cidade Universitária, Brazil, e-mail: tainaramos@hotmail.com.

SOFIYA V. KULITSKA

Wrongfulness of a court's decisions, acts and/or omissions as a condition of tortious obligations in Ukraine

One of the general conditions determining the obligation to provide compensation for damage is the wrongfulness of the conduct of the person who caused such damage. There is no legal definition of unlawfulness in the civil legislation acts. However, the issue of wrongfulness in civil law is not new for legal science. Definitions of wrongfulness have been provided both by researchers who specialize in the general problems of responsibility in law¹ and by experts in the field of civil liability.² But almost all researchers have stated that different kinds of legal responsibility have their own specific features, and that the criteria of unlawfulness in criminal law cannot be completely applicable to civil relations. Generally, it can be noted that there are several key concepts (theories) concerning the definition of wrongfulness (wrongful conduct) as the condition for the compensation of damage in the doctrine of civil law: objective (normative)³ and objective-subjective.⁴ At the same time, wrongfulness has a special character and content in the process of evaluating the infliction of damage caused by public (including judicial) authorities.

1 Р.О. Халфина, *Общее учение о правоотношении* [*General theory of legal relationship*], Москва 1974, p. 324; Б.Т. Базылев, *Юридическая ответственность (теоретические вопросы)* [*Legal liability (theoretical issues)*]. Красноярск 1985, p. 25; К.В. Басін, *Юридична відповідальність: природа, форми реалізації та права людини* [*Legal liability: the nature, forms of implementation and human rights*], Київ 2006, p. 10.

2 V., for example: В.Л. Слесарев, *Объект и результат гражданского правонарушения* [*The object and the result of a civil offence*]: Свердловск 1974, p. 24; С.А. Коновалов, *Основание гражданско-правовой ответственности* [*The ground of civil liability*], Москва 2006, p. 28.

3 И.С. Канзафарова, *Гражданско-правовая ответственность (основные положения)* [*Civil liability (the main provisions)*], Одесса 1998, p. 16.

4 А.М. Савицька, *Поняття протиправності та її форми за радянським цивільним правом* [*The concept of wrongfulness and its forms under the Soviet civil law*], Львів 1974, p. 6.

In this context, the purposes of this research are: to identify the specificities of wrongfulness as a condition of the obligations determining the compensation of damage caused by the judicial authorities, namely the unlawfulness of their decisions, acts and/or omissions, and to make proposals on how to improve the legislation of Ukraine which governs this scope of legal relations.

The object of this analysis is the wrongfulness (unlawfulness) of a court's decisions, acts and/or omissions as a condition for tortious obligations.

The methodological basis of this analysis is presented by formal-logical, systemic, structural-functional and comparative methods, and by the method of analysis and synthesis.

The main body of research. First of all, it should be noted that we agree with the position of Olesia O. Otradsnova⁵ on a broad understanding of wrongfulness in tort relationships: any act that results in a violation of a person's rights, harming their property or moral interests, if the person was not entitled to harm-doing, is unlawful.

It is necessary to pay attention to the position of those experts⁶ who believe that unlawfulness in the harm caused by public authorities has a special character and specific content: there is a "double" complex wrongfulness in such relations that has both civil and administrative (criminal procedural) components. That is, when deciding on the issue of the state's tort liability for harm caused by the exercise of power, the civil wrongfulness of such harm will be expressed in the public illegality of the powerful act that caused this harm. In itself, the fact of the infliction of damage does not indicate wrongfulness. In this case, the fault should not be defined as a fault in causing harm, but rather as the fault in carrying out a wrongful (unlawful) act. Within these relations there is a conflict between the legal presumptions concerning the legality and illegality of harming in private (civil) and public law. On this basis, the experts have concluded that in this case the fault and wrongfulness should not be considered from the standpoint of general tort. Furthermore, they find the current version of sections 1173–1176 of the Civil Code of Ukraine (hereinafter – CC of Ukraine) unsuccessful, since the application of the terms "illegal" and "regardless of fault" is acceptable only for the construction of general tort, under which the fault should be regarded as a fault in harm-doing, and illegality regarded as the wrongfulness of the harming. However, in this regard there is an opposite position in legal doctrine: when determining the illegality of harm caused by the state we should follow the general rule of general tort, that is, any infliction of damage by the authorities and their officials is wrongful, except as otherwise expressly provided

5 O.O. Отраднова, *Недоговірні зобов'язання в цивільному праві України* [*Non-contractual obligations in civil law of Ukraine*], Київ 2009, p. 73.

6 М.М. Хоменко, *Особливості правового статусу держави як суб'єкта цивільно-правової відповідальності у деліктних зобов'язаннях* [*Peculiarities of the legal status of the state as a subject of civil liability in tortious obligations*], "Адвокат" 2011, no. 5(128), p. 31.

by law. In other words, there should not be any exceptions to the general tort system for the obligations arising out of harm caused by the state.⁷

We agree with the position of the scholars who think that the liability for wrongfulness in the infliction of damage by public (including judicial) authorities should not be considered from the standpoint of general tort. In these cases, the “illegality” indicates the presence of fault. So position of the scholars who propose applying the concept of “wrongful” or even “unfair” instead of the concept of “illegal” is, in our view, quite reasonable.⁸ Therefore, in view of the provisions concerning the current legislation governing the legal sphere analysed in this paper, we will use the category of the “wrongfulness (unlawfulness)” of a court’s decisions, acts and/or omissions. However, we believe that making changes to a number of legal acts governing relations on the compensation for damage caused by the judiciary, in replacement of the category of “illegal decisions, actions or omissions” in the category of “wrongful,” would be a proper solution for the legislation of Ukraine.

It should be noted that in general, there are three forms of unlawful behavior as a result of which may be prejudiced: decision; action; inaction.⁹ Decisions and actions as a form of expression of unlawful behavior are usually the same, because they express a certain activity. The difference between them is that decision is the kind of action that is provided by the legal actors (for example, government authorities, their officials) and is subject to an appropriate external design, making them suitable for enforcement. In contrast, with actions the external expression of wrongful conduct is quite possible without special design. Wrongful action against rules of law or subjective protected by the legal rights of the others is a form of unlawful behavior. With this form of unlawful behavior, a person carries out precisely the action that should not have been taken. This action violates a duty established by a legal prohibition.¹⁰ That is why we consider it necessary to note that the possibility of expressing three forms of unlawful behavior, namely deci-

7 Н.А. Кирилова, *Гражданско-правовая ответственность государства [Civil liability of the state]*, Москва 2003, p. 28.

8 С.В. Супрун, *Возмещение материального ущерба, причинённого гражданам при раскрытии и расследовании преступлений: уголовно-процессуальный и оперативно-розыскной аспекты [Compensation for pecuniary damage caused to the citizens in the course of detection and investigation of crimes: criminal procedure and operational search aspects]*, Омск 2001, p. 69; О.В. Михайленко, *Имущественная ответственность за вред, причиненный осуществлением публичной власти: теоретические аспекты и проблемы ее реализации на практике [Property liability for harm caused by exercise of public authority: theoretical aspects and problems of its realization in practice]*, Москва 2007, p. 167.

9 А.Д. Прусаков, *Действие и бездействие как формы юридически значимого поведения [Action and inaction as forms of legally significant behavior]*, Саратов 2008, p. 238.

10 М.К. Галянич, А.Б. Гриняк, А.І. Дрішлюк, Т.С. Ківалова, *Відшкодування моральної та матеріальної шкоди [Compensation for moral and material damage]*, Київ 2011, p. 58.

sions, acts and omissions, are related to the obligation to compensate for damage caused by the judicial authorities.

Having analyzed the international and national levels of legal regulation pertaining to such relations, we can note the variety of legal systems' approaches concerning the definition and the list of unlawful decisions, acts or omissions of the judiciary, which may do harm to a person. The illegal activity or inactivity of the judiciary in criminal proceedings is characterized by the category "miscarriage of justice" (in the narrow sense¹¹) in the legislation of many countries. The same approach is used at the international (subsection 6 of section 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights¹²) and regional levels of legal regulations pertaining to the obligation to compensate for the damage caused by the judicial authorities (Article 3 of Protocol no. 7 to the Convention on protection of human rights and fundamental freedoms,¹³ hereinafter – the ECHR). That is, a person's right to compensation for a miscarriage of justice in the exercise of criminal proceedings, such as an erroneous conviction, is envisaged. There are no normative definitions of a "miscarriage of justice" or specifying criteria for its concretization at the international and regional levels of legal regulation concerning compensation for damage caused by the judiciary. The opposite approach, namely the presence of legal definition or criteria specifying its content, can be observed at the level of national legal systems.¹⁴ In addition, the issue of the nature and meaning of "miscarriage of justice" has been considered in detail in foreign and domestic legal doctrine. However, one should note that the doctrinal definition and content of this category does not always coincide with its statutory understanding. Thus, some foreign scholars¹⁵ consider it necessary to interpret the category "miscarriage of justice" in several (or at least two) ways: narrowly (as noted above, refers to a miscarriage of justice in the exercise of criminal proceedings only) or broadly (a miscarriage of justice in the administration of justice, irrespective of the category of cases that may include not only the illegal final judgment, but also other illegal acts or omissions). As regards compensation for harm caused during the criminal

11 R. Iosof, *Abstract of doctoral thesis "Civil liability of the state for miscarriages of justice"*, Cluj-Napoca, 2013, <http://193.231.20.119/doctorat/teza/fisier/1171> [access: 28.03.2016].

12 International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, come into force 23 March 1976). GA res. 2200A (XXI), 21 UN GAOR Supp. (no. 16) at 52, UN Doc. A/6316 (1966); 999 UNTS 171; 6 ILM 368 (1967).

13 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Protocol no. 7 (22 November 1984).

14 V., for instance, D. Layne, *Compensation for Miscarriage of Justice*, "Journal of Criminology" 2010, http://www.internetjournalofcriminology.com/Layne_Compensation_for_Miscarriage_of_Justice.pdf [access: 28.03.2016].

15 R. Iosof, *op. cit.*, pp. 16–17.

proceedings, some scholars¹⁶ offer an alternative approach to focusing on the international and regional level for identifying forms of wrongful conduct by judicial authorities and their officials; namely, by formulating a list of wrongful (unlawful) decisions, acts and omissions that could cause harm to a person and take features of a criminal, disciplinary offense or a judicial error. In other words, in this case “miscarriage of justice” is not a generic term used to name other forms of wrongful behavior, but only one of the special terms used when denoting various forms of misconduct. In fact, a similar approach can be identified at the national level of regulating the analyzed sphere of legal relations.

In our opinion, based on an analysis of the international, regional and domestic levels of legal regulation pertaining to the compensation for damage caused by the judiciary, and doctrinal approaches to this issue, it is feasible to employ the following categories for different types of wrongful behavior: “unlawful decisions, acts or omissions,” or “wrongful activity, inactivity,” or “wrongful act in the form of an offense or objectively wrongful conduct,” and so on. We believe that the category “miscarriage of justice,” due to its content and scope, cannot be used as a generic term (that is, as an analogue of the category “unlawful behavior”) for special terms (i.e. forms of wrongful behavior). Therefore we consider the implementation of the provisions of international instruments into national legislation inappropriate, given the state’s obligation to comply with an adequate level of guarantees of rights and freedoms of person, to prevent the narrowing of the content or scope of these rights and freedoms, and to ensure that effective mechanisms are in place to protect them in case of violation, non-recognition or challenge.

Thus, as has already been noted in this paper, the legislation of Ukraine describes the wrongful conduct of judicial officials as “illegal decisions, actions or inaction.” This raises the issue of whether the statutory list of “illegal decisions, actions or omissions of the court” is exhaustive (closed). Based on a systematic interpretation of the provisions of section 1176 of CC of Ukraine¹⁷ (especially subsections 1 and 6 of this section) and section 1 of the Law of Ukraine On the Procedure of Compensation Damage Caused to a Citizen by Illegal Actions of Inquest, Pre-Trial Investigation, Office of Public Prosecu-

16 Л.А. Прокудина, *Возмещение ущерба, причиненного гражданину незаконными действиями должностных лиц в сфере уголовного судопроизводства* [*Compensation of damage caused to a citizen by illegal actions of officials in criminal proceedings*], Москва 1987, p. 24; Н.В. Ильютченко, *Возмещение ущерба, причиненного личности в уголовном процессе незаконными действиями органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда* [*Compensation of damage caused to an individual in criminal proceedings by illegal actions of inquiry, preliminary investigation, prosecution and trial bodies (agencies)*], Москва 1995, p. 20.

17 Цивільний кодекс України [Civil Code of Ukraine], 16.01.2003, no. 435-IV, із змінами і доповненнями; Відомості Верховної Ради України, 3.10.2003, no. 40, item 356.

tor and Judicial Bodies¹⁸ (hereinafter – the Law no. 266/94-VR), we can conclude that the list of different types of the judiciary and officials' illegal behavior that may harm a person is of inexhaustible (open) character. Moreover, the legislator pays particular attention to court decisions, acts or omissions, and wrongfulness (illegality) which leads to a significant restriction or violation of rights, freedoms and legitimate interests of persons, namely: unlawful conviction,¹⁹ unlawful criminal prosecution²⁰ (under the Law no. 266/94-VR – unlawful notification of suspicion of a criminal offense²¹), unlawful use of preventive punishment, unlawful apprehension²² (under the Law no. 266/94-VR – illegal detention), and in accordance with the Law no. 266/94-VR: illegal conducting of search or capture caption, unlawful seizure of property, unlawful removal from work

-
- 18 Закон України Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду, 1.12.1994, no. 266/94-ВР, із змінами і доповненнями, Відомості Верховної Ради України, 3.01.1995, no. 1, item 2.1.
- 19 It is obvious that unlawful conviction is mentioned as first in the list of wrongful (illegal) acts of judiciary not without grounds, because it always leads to infliction of damage to person. The issues of the adequacy of the scope and composition, effectiveness of the procedure of compensation for such damage remain one of the most problematic and controversial both in domestic and in foreign doctrine and practice. V., for example: A. Bernhard, *When Justice Fails: Indemnification for Unjust Conviction*, "University of Chicago Roundtable" 1999, vol. 73, no. 6, <http://ssrn.com/abstract=1316583> [access: 28.03.2016]; idem, *Justice Still Fails: A Review of Recent Efforts to Compensate Individuals Who Have Been Unjustly Convicted and Later Exonerated*, "Drake Law Review" 2004, vol. 52, <http://ssrn.com/abstract=1396849> [access: 28.03.2016]; H.-B. Schäfer, V. Fon, *Incentive Effects of State Liability for Wrongful Conviction on the Level of Crime*, Washington 2005, <http://ssrn.com/abstract=999606> [access: 28.03.2016]; A.I. Kaplan, *The Case for Comparative Fault in Compensating the Wrongfully Convicted*, "UCLA Law Review" 2008, vol. 56, no. 227, pp. 227–269 <http://www.uclalawreview.org/pdf/56-1-6.pdf> [access: 28.03.2016].
- 20 Attracting the criminal responsibility, as a stage of criminal prosecution, begins with bringing an accusation of commission of crime: п. 1.2. резолютивної частини рішення Конституційного Суду України у справі про депутатську недоторканність [р. 1.2. of ratio decidendi of the judgement of the Constitutional Court of Ukraine in the case of deputy immunity], 27.11.1999, no. 9, p. 99; Офіційний вісник України, 19.11.1999, no. 44, item 71, 12591/1999. Attracting the criminal responsibility is a stage of criminal prosecution, that begins with notification of suspicion of a criminal offense: п. 14 ч. 1 ст. 3 чинного Кримінального процесуального кодексу (КПК) України [pars 14 of subsection 1 of section 3 of the effective Criminal Procedural Code (CPC) of Ukraine], 13.04.2012, no. 4651-VI, із змінами і доповненнями, Відомості Верховної Ради України, 8.03.2013, no. 9-10, item 474, 88.
- 21 Сф. главу 22 (pp. 276–279) КПК України [chapter 22 (sections 276–279) of CPC of Ukraine], 13.04.2012, no. 4651-VI, із змінами і доповненнями, Відомості Верховної Ради України, 8.03.2013, no. 9-10, item 474, 88.
- 22 There are such preventive punishments: personal obligation, personal surety, bail, house arrest, detention. Apprehension is a temporary preventive punishment. V. главу 18 КПК України [chapter 18 of CPC of Ukraine], 13.04.2012, no. 4651-VI, із змінами і доповненнями, Відомості Верховної Ради України, 8.03.2013, no. 9-10, item 474, 88.

(position), and other procedural actions that limit the rights of citizens in the course of criminal proceedings,²³ illegal use of simple detention²⁴ or corrective labor,²⁵ illegal forfeiture of estate,²⁶ unlawful imposition of fine,²⁷ illegal conducting of operative investigation activities, envisaged by the laws of Ukraine On Operative Investigation Activity, On Organizational Legal Principles of Struggle against the Organized Crime and other legislative acts,²⁸ and execution of which entails the compensation in full for the harm caused, regardless of judicial official's fault.

However, in current legal research, scholars²⁹ seek to extend the list of illegal actions of judicial bodies and their officials by setting additional conditions of objective (absolute, strict) state liability, such as: delayed admission of defense counsel, inhuman and cruel treatment during prosecution,³⁰ violation of procedures for issuing perpetrators of criminal offenses (extradition³¹), all of which could be considered as a practice of

23 В. глави 10, 14-17, 20, р. 333 КПК України [chapters 10, 14-17, 20, section 333 of CPC of Ukraine], 13.04.2012, no. 4651-VI, із змінами і доповненнями, Відомості Верховної Ради України, 8.03.2013, no. 9-10, item 474, 88.

24 В. ст. 32 Кодексу України про адміністративні правопорушення (КУпАП) [section 32 of Code of Ukraine on Administrative Infractions (CUAI)], 7.12.1984, no. 8073-X, із змінами і доповненнями, Відомості Верховної Ради УРСР, 18.12.1984, no. 51, item 1122.

25 В. ст. 31 КУпАП [section 31 of CUAI], 7.12.1984, no. 8073-X, із змінами і доповненнями, Відомості Верховної Ради УРСР, 18.12.1984, no. 51, item 1122.

26 В. ст. 29 КУпАП [section 29 of CUAI], 7.12.1984, no. 8073-X, із змінами і доповненнями, Відомості Верховної Ради УРСР, 18.12.1984, no. 51, item 1122; ст. 59 Кримінального кодексу (КК) України [section 59 of Criminal Code (CrC) of Ukraine], 5.04.2001, no. 2341-III, із змінами і доповненнями, Відомості Верховної Ради України, 29.06.2001, no. 25, item 131.

27 В. ст. 27 КУпАП [section 27 of CUAI], 7.12.1984, no. 8073-X, із змінами і доповненнями, Відомості Верховної Ради УРСР, 18.12.1984, no. 51, item 1122; ст. 53 КК України [section 53 of CrC of Ukraine], 5.04.2001, no. 2341-III, із змінами і доповненнями, Відомості Верховної Ради України, 29.06.2001, no. 25, item 131.

28 В. главу 21 КПК України [chapter 21 of CPC of Ukraine], 13.04.2012, no. 4651-VI, із змінами і доповненнями, Відомості Верховної Ради України, 8.03.2013, no. 9-10, item 474, 88.

29 В., for example: В. Буткевич, *Якість закону і питання ефективності застосування рішень Європейського суду з прав людини судами України (виступ на Міжнародній конференції)* [Quality of law and the issue of effectiveness of application of the European Court of Human Right's judgements by courts of Ukraine (presentation at the International Conference)], "Право України" 2011, no. 7, pp. 48-63; В.П. Паліюк, *Застосування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод у випадку прогалин українського законодавства* [Application of the Convention on protection of human rights and fundamental freedoms in the case of gaps in the Ukrainian legislation], [in] *Актуальні проблеми формування громадянського суспільства та становлення правової держави*, ред. П. Міжнар, Черкаси 2012, р. 378.

30 В.Ю. Горелова, *Відповідальність держави перед особою за завдання шкоди незаконними діями органів досудового розслідування, прокуратури і суду* [State liability for the damage caused by illegal actions of pre-trial investigation, office of public prosecutor and judicial bodies], Київ 2012, р. 20.

31 В.П. Паліюк, *Застосування судами загальної юрисдикції України Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод у разі «неякісного» законодавства (цивільно-*

the European Court of Human Rights (hereinafter – the ECHR) as a source of law in Ukraine.³² We support the position of these scholars and think that it would be suitable to expand the list of unlawful acts of judicial bodies and their officials, following the approaches of the ECHR.

Particular attention should be paid to the case of compensation for damage caused to an individual or legal entity as the result of a court rendering an illegal decision in a civil case (subsection 5 of section 1176 of CC of Ukraine). Based on the literal wording of the text of the analyzed provision of CC of Ukraine, we can conclude that it only concerns compensation for damage caused as a result of rendering an illegal decision in a civil case. That is, when the illegal decision has been delivered on an administrative or commercial matter, compensation for damage under subsection 5 of section 1176 of CC of Ukraine is impossible. Obviously, in this case, we should apply the provisions of subsection 6 of section 1176 of CC of Ukraine, with the possibility of compensation for damage on the general terms established by sections 1173, 1174 of CC of Ukraine. This raises the issue of the feasibility and effectiveness of such an approach to the legal regulation of analyzed relations, because actually the legislator establishes different modes of regulation for identical (same type) relations, since, in contrast to subsection 5 of section 1176 of CC of Ukraine, under sections 1173, 1174 of CC of Ukraine, damage is compensated for regardless of the fault of the public authority or official. We believe that there are no convincing arguments in support of, or rationale for, this legislative approach, so there are substantial doubts concerning its further preservation.

In this regard, it is necessary to amend subsection 5 of section 1176 of CC of Ukraine, as follows³³:

The damage caused to an individual or legal entity as a result of the court rendering a wrongful (illegal) decision³⁴ in a civil, commercial or administrative case shall

правовий аспект) [*Application of the Convention on protection of human rights and fundamental freedoms by courts of general jurisdiction of Ukraine in the case of “poor” legislation (civil legal aspect)*], “Часопис цивільного і кримінального судочинства” 2013, no. 5(14), pp. 105–106; also Dubovik v. Ukraine, no. 33210/07, 41866/08, § 71–75, ECHR 2009; Kaboulov v. Ukraine, no. 41015/04, § 155, 159, ECHR 2009.

32 Ст. 17 ЗУ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини [section 17 of the Law of Ukraine On the Fulfillment of Decisions and Application of Practice of the European Court of Human Rights], 23.02.2006, no. 3477-IV, із змінами та доповненнями, Відомості Верховної Ради України, 28.07.2006, no. 30, item 1114, 260.

33 Similar proposals have been already expressed in the legal literature. Cf. О.О. Боярський, *Відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю суду* [*Compensation of damage caused by illegal decisions, actions or omissions of court*], Одеса 2008, pp. 11, 86.

34 We believe that it is appropriate to use the term “judicial decision” (similar to the subsection 3 of section 61 of the Civil Procedural Code of Ukraine: *judicial decision in civil, commercial or administrative case...*) because, in accordance with the current procedural law of Ukraine (subsection 1 of section 95, subsection 1 of section 208 of the Civil Procedural Code, sections

be fully compensated by the state, in the case of finding that judge's acts led to the delivery of the wrongful (illegal) decision by a court's conviction, that has come into force.

It should be noted that the proposed legislative change corresponds to the current procedure of compensation for damage caused by the judiciary. That is why, taking into account the procedure of compensation for such damage proposed in this author's recent publication,³⁵ the above-mentioned wording of subsection 5 of section 1176 of CC of Ukraine will require additional changes to determine the source of the compensation:

The damage caused to an individual or legal entity as a result of the court rendering a wrongful (illegal) decision in an civil, commercial or administrative case shall be fully compensated from the special accumulative account of the individual judge for funds with the intended purpose, in the case of finding that judge's acts led to the delivery of the wrongful (illegal) decision by a court's conviction, that has come into force, and proportionally, as determined by the court, or in the case of the failure of such a determination – jointly and severally.³⁶ If there are insufficient funds in the judge's accounts, the sums due as compensation are paid by the state.

It should be noted that some scholars³⁷ consider the rule of damage compensation only in case when the judge's guilt is specified in the court's sentence, as an arbitrary

4-5 of Commercial and Procedural Code, subsections 12, 13 of section 3, section 158 of the Code of Administrative Proceedings), the judgment is only one of the forms (correctly – a type of) judicial decisions.

35 С.В. Куліцька, *Проблемні питання порядку відшкодування (компенсації) шкоди, заподіяної неправомірними (незаконними) рішеннями, діями чи бездіяльністю суду (судді, суддів)* [*The issues of procedure of compensation of damage caused by court's (judge's) wrongful (unlawful) decisions, acts or omissions*], "Науковий вісник Ужгородського національного університету," Серія "Право," Випуск 35, Ч. 1, Т. I, 2015, pp. 142–143.

36 В. ч. 1 ст. 1190 ЦК України [subsection 1 of section 1190 of CC of Ukraine] and абз. 2 п. 3 постанови Пленуму Верховного Суду України "про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди", 27.03.1992, no. 6 [§ 3 of the resolution of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine "On the practice of judicial consideration of civil cases for damages"], <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0006700-92> [access: 28.03.2016]: persons who jointly caused damage that is caused indivisible damage by interrelated, cumulative actions or by actions of the same purposes, are jointly and severally liable before the injured persons.

37 И.А. Тактаев, *Ответственность публично-правовых образований за вред, причиненный их органам и должностным лицам* [*Liability of public law entities for damage caused by their bodies and officials*], Москва 2003, pp. 9–10; А.Э. Колиева, *Ответственность за вред, причиненный актами правоохранительных органов и суда: гражданско-правовой аспект* [*Liability for damage caused by acts of law enforcement agencies and courts: civil legal aspect*], Краснодар 2007, pp. 7–8, 17; М.М. Хоменко, *Відшкодування шкоди, завданої органами*

limitation of the responsibility of the state, which violates the constitutional rights of access to justice and compensation of damage. Limitations of compensation duty can be either substantive, relating to the conditions of compensation, or procedural, directly related to the procedure of compensation. Obviously, the rule of subsection 5 of section 1176 of CC of Ukraine envisages both types of limitations. The substantive aspect is to change the presumptions: from the civil presumption of the wrongdoer's guilt (subsection 2 of section 1166 of CC of Ukraine) to the criminal presumption of innocence (subsection 2 of section 2 of the Criminal Code of Ukraine). In addition, there is a paradoxical situation: the possibility of the liability of the actor (the state) is made dependent on whether one of the bodies of this actor will be able to prove the guilt of another of his body. At the same time, a wronged person has limited opportunities to prove one of the conditions of liability – guilt. Therefore scholars propose establishing a broader liability for damage caused in the course of justice, noting that for the purpose of revision of judgments and of liability for damage resulting from the exercise of judicial power, it is necessary to establish the following statutory rules: compulsory previous recognition of the judicial act which caused damage to the person as wrongful (illegal); and prior use of all possible legal remedies to review and appeal against the judicial act which caused damage. We consider the position of these scholars one that deserves attention, because it is also confirmed by the approaches of national jurisprudence. Thus, the Higher Administrative Court of Ukraine in its ruling from May, 10, 2006 pointed out that the courts could only appeal acts, actions or omissions of the judicial officials, if those acts, actions or omissions belonged to the managerial rather than procedural activity of the judge. An appeal against the procedural activity of the judge in the course of justice cannot be made by submission of the civil claim.³⁸ In accordance with the resolution of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine from June, 12, 2009 no. 6: On some issues arising in the judicial practice in taking proceedings before administrative courts and their consideration of administrative lawsuits against the courts and judges³⁹ it is clarified that in understanding the provisions of subsection 1 of section 2, §§ 1,

державної влади, їх посадовими та (або) службовими особами [Compensation of damage caused by public authorities and their officials], Київ 2012, p. 142.

38 Ухвала Вищого адміністративного суду України, 10.05.2006 [Ruling of the Higher Administrative Court of Ukraine] <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/n0030760-06> [access: 28.03.2016].

39 Постанова Пленуму Верховного Суду України “Про деякі питання, що виникають у судовій практиці при прийнятті до провадження адміністративних судів та розгляді ними адміністративних позовів до судів і суддів,” 12.06.2009, no. 6 [Resolution of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine On some issues arising in the judicial practice in taking proceedings before administrative courts and their consideration of administrative lawsuits against the courts and judges], <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0006700-09> [access: 28.03.2016].

7, 9 of section 3, section 17, subsection 3 of section 50 of the Code of Administrative Proceedings of Ukraine, courts and judges in their consideration of civil, commercial, criminal, administrative cases and cases of administrative offenses are not actors vested with authoritative powers, performing powerful managerial functions, and cannot be defendants in cases of appeal against their decisions, actions or omissions committed in connection with the litigation. According to the position of the civil cases chamber of the Higher specialized court of Ukraine for consideration of civil and criminal cases,⁴⁰ the aforementioned explanations of the Supreme Court of Ukraine correspond to the provisions of Articles 62, 126 and 129 of the Constitution of Ukraine, which stipulates that a judgement and the acts or omissions of the courts connected with it in matters of justice related to the preparation, consideration of cases in courts, etc., may be appealed in accordance with the procedural laws, not by appealing their actions to another court, as this violates the principle of judicial independence and the prohibition of interference with the settlement of the case by the proper court. In this connection the rules of the Civil Procedural Code of Ukraine (hereinafter – CPC of Ukraine) or other laws of Ukraine do not provide the court examination of the plaintiff's counts, regardless of their presentation and purport, the subject-matter of which, in fact, is, an appeal against the procedural activity of the court (judge), related to the proceedings. Thus, in this case the opening of the proceedings should be refused under § 1 of subsection 2 of section 122 of CPC of Ukraine, and in the event that the proceedings are opened they should be closed under § 1 of subsection 1 of section 205 of CPC of Ukraine.

Therefore, in our opinion, the establishment of a uniform rule on state responsibility for any wrongful (illegal) decisions, actions or omissions of the judiciary or their officials — which resulted in damage to the rights, freedoms or legally protected interests of a person, regardless of whether the damage was caused in the course of justice or due to other procedural activity, and regardless of whether there was a court sentence which established the judge's guilt — is one of the key directions for future legal reform in Ukraine. Such an approach to the legal regulation of the analyzed relations will correspond with the international standards of judicial independence and facilitate the formation of an effective means of protection of a person's right to compensation for damage caused by the judicial authority and provide additional guarantees of the realization of this right in Ukraine. Furthermore, we believe that the procedure of compensation for damage that was analyzed in detail in the author's aforementioned publication, and the legislative changes and amendments proposed in this paper, should be introduced in Ukraine.

⁴⁰ *Інформаційний лист судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ по. 6-182/0/4-12, 13.02.2012 [Information letter of the civil cases chamber of the Higher specialized court of Ukraine for consideration of civil and criminal cases], <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v-182740-12> [access: 28.03.2016].*

The wrongfulness of liabilities for the infliction of damage by judicial authorities takes on a special character and specific content, so it should not be considered from the standpoint of general tort. In connection with this, making changes to a number of legal acts governing relations on compensation for damage caused by the judiciary, to replace the category of “illegal decisions, actions or omissions” in the category of “wrongful (unlawful),” might be proper or the legislation of Ukraine.

Three forms of unlawful behavior: namely decisions, acts and omissions, are related to the obligations of compensation for damage caused by the judicial authorities. Analysis of the international, foreign and national levels of legal regulation of the studied relations illustrates the variety of the legal system’s approaches concerning the definition and the list of unlawful decisions, acts or omissions of the judiciary, which may do harm to a person. The category “miscarriage of justice” is used as a generic term for the aforementioned forms of wrongful behavior under the provisions of some international instruments and legislation of some foreign countries. In our opinion, usage of the categories “unlawful decisions, acts or omissions” or “wrongful activity, inactivity” or “wrongful act in the form of an offense or objectively wrongful conduct” and so on, is appropriate for different types of wrongful behavior.

The problem of extending the list of wrongful actions of judicial bodies and their officials is particularly relevant for Ukraine, considering the practice of the European Court of Human Rights.

Particular attention should be paid to the case of compensation for damage caused to an individual or legal entity as a result of a court rendering an illegal decision in a civil case (subsection 5 of section 1176 of CC of Ukraine). We believe that it is necessary to amend subsection 5 of section 1176 of CC of Ukraine, as follows:

The damage caused to an individual or legal entity as a result of a court rendering a wrongful (illegal) decision in a civil, commercial or administrative case shall be fully compensated from the special accumulative account of the individual judge from funds with the intended purpose, in the event of finding the corpus of criminal offense in the judge’s acts that affected the delivery of the wrongful (illegal) decision by a court’s conviction, that has come into force. The damage caused to an individual or legal entity as a result of a panel of judges acting as a court rendering a wrongful (illegal) decision in civil, commercial or administrative case shall be fully compensated from the special accumulative account of the particular judges, who have comprised the panel, from funds with the intended purpose, in the case of corpus of criminal offense in judge’s acts that affected the delivery of the wrongful (illegal) decision by a court’s conviction, that has come into force, and proportionally, as determined by the court, or in the case of failure of such determination – jointly and

severally. If there are insufficient funds in a judge's accounts, sums due for compensation are paid by the state.

Literature

- Басін К.В., *Юридична відповідальність: природа, форми реалізації та права людини* [Legal liability: the nature, forms of implementation and human rights], Київ 2006.
- Базылев Б.Т., *Юридическая ответственность (теоретические вопросы)* [Legal liability (theoretical issues)], Красноярск 1985.
- Боярський О.О., *Відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю суду* [Compensation of damage caused by illegal decisions, actions or omissions of court], Одеса 2008.
- Буткевич В., *Якість закону і питання ефективності застосування рішень Європейського суду з прав людини судами України (виступ на Міжнародній конференції)* [Quality of law and the issue of effectiveness of application of the European Court of Human Right's judgements by courts of Ukraine (presentation at the International Conference)], "Право України" 2011, no. 7.
- Галянтич М.К., Гриняк А.Б., Дрішлюк А.І., Ківалова Т.С. та ін., *Відшкодування моральної та матеріальної шкоди*, ред. М.К. Галянтич [Compensation for moral and material damage], Київ 2011.
- Горелова В.Ю., *Відповідальність держави перед особою за завдання шкоди незаконними діями органів досудового розслідування, прокуратури і суду* [State liability for the damage caused by illegal actions of pre-trial investigation, office of public prosecutor and judicial bodies], Київ 2012.
- Ильютченко Н.В., *Возмещение ущерба, причиненного личности в уголовном процессе незаконными действиями органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда* [Compensation of damage caused to an individual in criminal proceedings by illegal actions of inquiry, preliminary investigation, prosecution and trial bodies (agencies)], Москва 1995.
- Канзафарова И.С., *Гражданско-правовая ответственность (основные положения)* [Civil liability (the main provisions)], Одесса 1998.
- Кирилова Н.А., *Гражданско-правовая ответственность государства* [Civil liability of the state], Москва 2003.
- Колиева А.Э., *Ответственность за вред, причиненный актами правоохранительных органов и суда: гражданско-правовой аспект* [Liability for damage caused by acts of law enforcement agencies and courts: civil legal aspect], Краснодар 2007.
- Коновалов С.А., *Основание гражданско-правовой ответственности* [The ground of civil liability], Москва 2006.

- Куліцька С.В., *Проблемні питання порядку відшкодування (компенсації) шкоди, заподіяної неправомірними (незаконними) рішеннями, діями чи бездіяльністю суду (судді, суддів)* [*The issues of procedure of compensation of damage caused by court's (judge's) wrongful (unlawful) decisions, acts or omissions*], "Науковий вісник Ужгородського національного університету," Серія "Право," Випуск 35, Ч. 1, Т. I, 2015.
- Михайленко О.В., *Имущественная ответственность за вред, причиненный осуществлением публичной власти: теоретические аспекты и проблемы ее реализации на практике* [*Property liability for harm caused by exercise of public authority: theoretical aspects and problems of its realization in practice*], Москва 2007.
- Отрадна О.О., *Недоговірні зобов'язання в цивільному праві України* [*Non-contractual obligations in civil law of Ukraine*], Київ 2009.
- Паліюк В.П., *Застосування судами загальної юрисдикції України Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод у разі «неякісного» законодавства (цивільно-правовий аспект)* [*Application of the Convention on protection of human rights and fundamental freedoms by courts of general jurisdiction of Ukraine in the case of "poor" legislation (civil legal aspect)*], "Часопис цивільного і кримінального судочинства" 2013, no. 5(14).
- Паліюк В.П., *Застосування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод у випадку прогалін українського законодавства* [*Application of the Convention on protection of human rights and fundamental freedoms in the case of gaps in the Ukrainian legislation*], *Актуальні проблеми формування громадянського суспільства та становлення правової держави: зб. наук. пр. II-ї Міжнар. наук.-практ. конф.*, Черкаси 2012.
- Прокудина Л.А., *Возмещение ущерба, причиненного гражданину незаконными действиями должностных лиц в сфере уголовного судопроизводства* [*Compensation of damage caused to a citizen by illegal actions of officials in criminal proceedings*], Москва 1987.
- Прусаков А.Д., *Действие и бездействие как формы юридически значимого поведения* [*Action and inaction as forms of legally significant behavior*], Саратов 2008.
- Савицька А.М., *Поняття протиправності та її форми за радянським цивільним правом* [*The concept of wrongfulness and its forms under the Soviet civil law*], Львів 1974.
- Слесарев В.Л., *Объект и результат гражданского правонарушения* [*The object and the result of a civil offence*], Свердловск 1974.
- Супрун С.В., *Возмещение материального ущерба, причинённого гражданам при раскрытии и расследовании преступлений: уголовно-процессуальный и оперативно-розыскной аспекты* [*Compensation for pecuniary damage caused to the citizens in the course of detection and investigation of crimes: criminal procedure and operational search aspects*], Омск 2001.

Тактаев И.А., *Ответственность публично-правовых образований за вред, причиненный их органам и должностным лицам* [*Liability of public law entities for damage caused by their bodies and officials*], Москва 2003.

Халфина Р.О., *Общее учение о правоотношении* [*General theory of legal relationship*], Москва 1974.

Хоменко М.М., *Відшкодування шкоди, завданої органами державної влади, їх посадовими та (або) службовими особами* [*Compensation of damage caused by public authorities and their officials*], Київ 2012.

Хоменко М.М., *Особливості правового статусу держави як суб'єкта цивільно-правової відповідальності у деліктних зобов'язаннях* [*Peculiarities of the legal status of the state as a subject of civil liability in tortious obligations*], "Адвокат" 2011, no. 5(128).

SUMMARY

Wrongfulness of a court's decisions, acts and/or omissions as a condition of tortious obligations in Ukraine

An attempt to analyze one of the necessary conditions determining the obligations to compensate for damage caused by the judiciary is made in the article. The author focuses on the wrongfulness of a court's decisions, acts and/or omissions as a condition of such obligations. It is emphasized that the category "miscarriage of justice" is used as a generic term for the aforementioned forms of wrongful behavior under the provisions of some international instruments and the legislation of some foreign countries. Meanwhile, the author shows that the incorporation of such an approach into national legislation is inappropriate. It is concluded that the problem of extending the list of wrongful actions of judicial bodies and their officials is particularly relevant for Ukraine, considering the practice of the ECHR. Special attention is given to the case of compensation for damage caused to an individual or legal entity as a result of a court rendering an illegal decision in a civil case.

Keywords: wrongfulness, unlawfulness, court's decisions, acts, omissions, compensation of damage, tortious obligations

SOFIYA V. KULITSKA, Faculty of Law, Taras Shevchenko National University of Kyiv, Volodymyrska 60, Kiev 01033, Ukraine, e-mail: svkulitska@gmail.com.

PAWEŁ BORECKI

Państwo laickie w świetle dorobku współczesnego konstytucjonalizmu europejskiego

Wprowadzenie. Specyfika religijno-światopoglądowa Europy

Pojęcie państwa laickiego (świeckiego) posiada ugruntowaną interpretację w doktrynie prawa wyznaniowego¹. Jako najistotniejsze cechy tego typu państwa wskazuje się jego rozdzielenie organizacyjne wobec związków wyznaniowych, odrębność funkcjonalną wymienionych podmiotów, niekompetencję państwa w sprawach religii, w tym w sprawach wewnętrznych wspólnot konfesyjnych, a zarazem niekompetencję związków wyznaniowych w dziedzinie sprawowania władzy publicznej. Konsekwencją tego jest względna niezależność związków wyznaniowych wobec państwa, przejawiająca się w ich autonomii prawnej oraz wewnętrznej samorządności. Zwraca się uwagę na niewyznaniowy charakter państwa, brak wyznania oficjalnego (państwowego). Państwo świeckie jest co do zasady niezainteresowane kwestią religii czy światopoglądów wyznawanych przez obywateli. Korelatem tego jest zapewnienie jednostce tzw. prawa do milczenia we wspomnianych sprawach. Podkreśla się, że państwo laickie winno być neutralne światopoglądowo. W państwie świeckim człowiek indywidualnie oraz w mniejszym lub większym kolektywie ma zapewnioną w wymiarze prawnym wolność sumienia i wyznania. W szczególności nauczanie religii w szkolnictwie publicznym (państwowym) ma charakter fakultatywny albo w ogóle nie występuje.

Pojęcie „kontynent europejski” jest terminem umownym, o charakterze geograficzno-kulturowym. Stary Kontynent stanowi zachodnią część Eurazji, którą zajmują w całości

1 M. Pietrzak, *Demokratyczne, świeckie państwo prawne*, Warszawa 1999, s. 123–153; idem, *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 2010, s. 92–101; P. Borecki, *Laickość państwa w świetle dorobku powojennego konstytucjonalizmu*, [w:] *Cuius regio, eius religio? Publikacja po Zjeździe Historyków Państwa i Prawa*, t. I, Lublin 2006, t. II, Lublin 2008, s. 484–504; R.M. Małajny, *Państwo świeckie (rozdział kościoła od państwa)*, [w:] *Leksykon prawa wyznaniowego. 100 podstawowych pojęć*, red. A. Mazgłowski, Warszawa 2014, s. 271–290. Cf. G. Haarscher, *Laickość*, Warszawa 2004, s. 21.

bądź częściowo terytoria 47 państw². Są one skupione, z wyjątkiem Białorusi, w Radzie Europy, do której należą także państwa południowego Kaukazu, znajdujące się poza granicami geograficznymi Europy: Gruzja, Armenia i Azerbejdżan³. Czynnikiem w istotnej mierze określającym zakres Europy jest szeroko rozumiana kultura, której jednym z fundamentów jest chrześcijaństwo.

Europa jest kontynentem szczególnym pod względem religii i innych odmian światopoglądów. Dotyczy to zarówno dziejów rzeczonych zjawisk w wymiarze społecznym, jak i ich odniesień do państwa. Na Starym Kontynencie tradycja kościoła (wyznania) państwowego jest wciąż żywotna⁴. Należy przy tym zwrócić uwagę na zróżnicowanie doświadczeń historycznych mieszkańców Europy. Wśród mieszkańców zachodniej części Starego Kontynentu, a także Niemiec i Czech zakorzeniona jest pamięć o wojnach na tle religijnych, szczególnie w wiekach XVI i XVII. Religia jawi się im zatem jako pierwiastek konfliktogenny, katalizujący podziały społeczne, zagrażający jednoci państwowości. Natomiast w Europie Środkowej, Wschodniej, częściowo Południowej, a także w Irlandii religia i będące jej nośnikami właściwe Kościoły chrześcijańskie – katolicki, prawosławne i protestanckie – okazały się czynnikami służącymi wykształceniu i zachowaniu tożsamości narodowej. Kler był niejednokrotnie warstwą przywódczą w walce o narodową emancypację.

Znamienny dla Europy jest relatywnie wysoki, wyższy niż na innych kontynentach, odsetek ateistów, agnostyków i osób nieidentyfikujących się z żadnym z oficjalnie działających związków wyznaniowych. Na początku XXI wieku 73,5% ludności Europy stanowili chrześcijanie, 1,6% – muzułmanie, 0,3% – żydzi, 0,1% – hindusi, 0,04% – buddyści, 0,07% – wyznawcy innych religii, lecz aż 24,4% populacji to ateści i bezwyznaniowcy⁵. Uznawia to, że szczególnie Europa doświadczyła procesów laicyzacji oraz prywatyzacji przekonań w sprawach religijnych. Należy zaznaczyć, że w dziedzinie religijności utrzymują się znaczne różnice między poszczególnymi państwami europejskimi⁶. Fala

2 W granicach Europy znajdują się w całości 44 państwa. Republika Kosowo nie cieszy się powszechnym uznaniem międzynarodowym. Ponadto należy odnotować, że państwem faktycznie niepodległym, lecz niemającym uznania międzynarodowego jest Naddniestrze. Stary Kontynent obejmuje także 25% terytorium Rosji, niewielką część Turcji – 23 tys. km kw. oraz część terytorium Kazachstanu – 123 tys. km kw. Cf. *Religia. Encyklopedia PWN*, red. T. Gadacz, B. Milerski, t. 3, Warszawa 2001, s. 468.

3 W Azerbejdżanie w 2015 r. odbyły się I Europejskie Igrzyska Olimpijskie.

4 Cf. L. Garlicki, *Wolność sumienia i wyznania – status wspólnot religijnych*, „Biuletyn Trybunału Konstytucyjnego”, 1999, nr specjalny, s. 34 i 39–40.

5 *Religia. Encyklopedia PWN, op. cit.*, s. 469.

6 Według badań Instytutu Gallupa z 2014 r. określiły się odpowiednio, że są osobami religijnymi, niereligijnymi, ateistami, albo nie udzieliły odpowiedzi następujące odsetki badanych w wybranych państwach europejskich: Polska – 86%, 10%, 2%, 2%; Turcja – 79%, 13%, 2%, 6%; Rumunia – 77%, 16%, 1%, 6%; Włochy – 74%, 18%, 6%, 3%; Grecja – 71%, 15%, 6%, 8%; Rosja – 70%, 18%, 5%, 8%; Portugalia – 60%, 28%, 9%, 2%; Bułgaria – 52%, 36%, 3%, 8%; Irlandia – 45%, 41%, 10%,

masowej migracji wyznawców islamu z rejonu Bliskiego i Środkowego Wschodu oraz Afryki czyni sytuację religijną w wymiarze demograficznym dynamiczną⁷. Ujawniają się nowe napięcia i konflikty na tle religijnym i obyczajowym w społeczeństwach dotychczas stabilnych. Wzrostowi ich konfesyjnej i etnicznej heterogeniczności towarzyszy m.in. wzrost ksenofobii oraz poczucia zagrożenia przez terroryzm islamski. Opisane zjawiska znajdują odzwierciedlenie m.in. w zmianach prawa wyznaniowego i polityki wyznaniowej w niektórych państwach.

Charakter państwa ze względu na religię i światopogląd w pierwszej kolejności powinna określać jego konstytucja (ustawa zasadnicza). Zgodnie z powszechnie przyjętą w Europie kontynentalnej zasadą konstytucjonalizmu ustawa zasadnicza ma najwyższą moc prawną w państwie. Powinna zatem determinować inne akty normatywne w analizowanym zakresie, zarówno co do ich treści, jak i formy prawnej oraz trybu ustanowienia. Należy zaznaczyć, że niejednokrotnie postanowienia konstytucji dotyczące: charakteru państwa ze względu na religię lub światopogląd oraz systemu relacji między państwem a związkami wyznaniowymi mają charakter lapidarny, wręcz ogólnikowy. Mają formę kilku krótkich przepisów zawierających klauzule generalne. Nie należą do wyjątków przypadki unormowania tych kwestii w pojedynczych jednostkach redakcyjnych konstytucji⁸. Taki stan normatywny wskazuje, że kwestie wyznaniowe nie należą do istotnych w życiu publicznym w danym państwie. W konsekwencji określenie charakteru państwa pod względem religijno-swiatopoglądowym jedynie na podstawie treści aktów ustawodawczych nie daje jednoznacznych rezultatów, a niekiedy okazuje się niemożliwe, gdy konstytucja w tej dziedzinie milczy⁹. Główny ciężar regulacji wspomnianych zagadnień spoczywa na ustawodawcy oraz na orzecznictwie sądowym, przede wszystkim orzecznictwie sądów (trybunałów) konstytucyjnych. Należy zauważyć, że regulacje ustawowe odbiegają, i to istotnie, od znaczenia konstytucyjnych klauzul wyznaniowych¹⁰. Wreszcie

5%; Belgia – 44%, 30%, 18%, 7%; Dania – 42%, 40%, 12%, 7%; Francja – 40%, 35%, 18%, 7%; Łotwa – 40%, 41%, 9%, 10%; Austria – 39%, 44%, 10%, 6%; Szwajcaria – 38%, 46%, 12%, 4%; Hiszpania – 37%, 35%, 20%, 8%; Niemcy – 34%, 42%, 17%, 7%; Zjednoczone Królestwo – 30%, 53%, 13%, 4%; Niderlandy – 26%, 51%, 15%, 8%; Czechy – 23%, 45%, 30%, 2%; Szwecja – 19%, 59%, 17%, 6%. V. <http://www.eurel.info/spip.php?article2588&clang=fr> [dostęp: 18.12.2015].

7 Według Biura Wysokiego Komisarza ONZ ds. Uchodźców tylko w 2015 r. do Europy przybyło ponad 1 mln migrantów. Mężczyźni stanowią 58% migrantów, kobiety – 17%, a dzieci – 25%. Syryjczycy to 49% rzeszonej grupy, Afgańczycy – 21%, Irakijczycy – 8%. Pozostali migranci wywodzą się z: Erytrei, Pakistanu, Nigerii, Somalii, Sudanu, Gambii i Mali.

8 Art. 8 konstytucji Republiki Kosowa z 2008 r. i art. 9 konstytucji Księstwa Monako z 1962 r.

9 Przykładem współczesnej europejskiej ustawy zasadniczej przemilczającej zagadnienie stosunku państwa do religii, światopoglądów oraz związków wyznaniowych jest konstytucja Holandii z 1815 r. w jej aktualnym brzmieniu, konstytucja Finlandii z 1999 r. oraz konstytucja Szwajcarii z 1999 r.

10 Na przykład pomimo tego, że konstytucja Rosji z 1993 r. w art. 14 określa to państwo jako świeckie, oddzielone od związków wyznaniowych, to ustawodawca federalny wyraźnie dowartościowuje prawosławie. W arendzie ustawy z września 1997 r. o wolności sumienia i związ-

realia polityki wyznaniowej państwa mogą być w ograniczonym zakresie determinowane zarówno przez postanowienia ustawy zasadniczej, jak i treść aktów ustawodawczych dotyczących kwestii konfesyjnych. Wymownym przykładem w tym zakresie jest Rzeczpospolita Polska, która zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania¹¹ „jest państwem świeckim, neutralnym w sprawach religii i przekonań”, to w praktyce życia publicznego, w mniejszym stopniu w ustawodawstwie, ujawnia wiele cech państwa wyznaniowego o charakterze chrześcijańskim (katolickim)¹².

Świeckość państwa, jego awyznaniowy charakter

Klauzula świeckości (laickości) państwa nie jest często wprost artykułowana w konstytucjach państw europejskich. Ma to miejsce w ustawach zasadniczych 14% państw terytorialnie należących (w całości bądź w części) do Starego Kontynentu lub będących członkami Rady Europy. Są to konstytucje: francuska z 1958 r. (art. 1)¹³, turecka z 1982 r. (art. 2)¹⁴, rosyjska z 1993 r. (art. 14 ust. 1)¹⁵, kazachska z 1995 r. (art. 1)¹⁶, azerbejdżańska z 1995 r. (art. 18), serbska (art. 11)¹⁷ oraz kosowska z 2008 r. (art. 8)¹⁸. Znamienne, że wspomnianej zasadzie, jako określającej charakter, a wręcz istotę danej państwowości, ustrojodawca nadał wysoką rangę. Jest wyrażana w czołowych jednostkach systematycznych konstytucji, dotyczących głównych (podstawowych) zasad ustroju. Można tę klauzulę uznać za trwały element europejskiego konstytucjonalizmu. W ciągu ponad

kach wyznaniowych czytamy m.in. „[...] uznając szczególną rolę prawosławia w historii Rosji, w kształtowaniu i rozwijaniu jej życia duchowego, szanując chrześcijaństwo, islam, buddyzm, judaizm i inne religie stanowiące nieodłączną część spuścizny historycznej narodów Rosji [...]”.

11 T.j. Dz.U. 2005 nr 231 poz. 1965 z późn. zm.

12 P. Borecki, *Elementy konfesjonalizacji państwa we współczesnej Polsce*, [w:] *Państwo wyznaniowe. Doktryna, prawo i praktyka*, red. J. Szymanek, Warszawa 2011, s. 148–164.

13 *Konstytucje państw Unii Europejskiej*, red. W. Staśkiewicz, Warszawa 2011, s. 273. Zasada, że Francja jest państwem laickim, została wyrażona po raz pierwszy w konstytucji IV Republiki z 1946 r. Zapewne pod wpływem wzorców francuskich zasadę świeckości państwa wprost wyartykułowano w konstytucjach innych państw powstałych po II wojnie światowej w wyniku rozpadu francuskiego imperium kolonialnego: Mali z 1960 r., Nigru z 1960 r., Republiki Wybrzeża Kości Słoniowej z 1960 r., Kamerunu z 1961 r., Konga-Brazzaville z 1963 r., Senegalu z 1963 r., Dahomeju z 1964 r. czy Republiki Środkowoafrykańskiej z 1964 r.

14 https://www.constituteproject.org/constitution/Turkey_2002.pdf [dostęp: 14.12.2015]. W Turcji zasadę państwa świeckiego pierwszy raz konstytucjonalizowano w 1961 r. Pomimo zniesienia kalifatu konstytucja z 1924 r. stanowiła jeszcze, że religią państwa tureckiego jest islam (art. 2). Cf. <http://genckaya.bilkent.edu.tr/1924constitution.pdf> [dostęp: 14.12.2015].

15 <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/rosja.html> [dostęp: 14.12.2015].

16 ftp://ftp.fao.org/upload/eims_object/Photo_library/KazakhstanConstitution.pdf [dostęp: 14.12.2015].

17 http://wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=191258 [dostęp: 23.12.2015].

18 <http://www.assembly-kosova.org/common/docs/Constitution1%20of%20the%20Republic%20of%20Kosovo.pdf> [dostęp: 15. 12. 2015].

60 lat została ona upowszechniona w państwach europejskich o różnym położeniu geograficznym, o zróżnicowanej tradycji ustrojowej i konfesyjnej.

Znamienne, że we Francji w XX wieku pojęcie laickości ewoluowało. W 1905 r. laickość państwa, rozumiana jako „laickość agresywna” (*laïcisme agressif*), była doktryną polityczną zmierzającą do eliminacji z obszaru spraw publicznych wpływów religijnych, w szczególności Kościoła katolickiego. Obecnie laickość państwa, rozumiana jako „laickość pozytywna” (*laïcité positive*), służy jako podstawa zasad prawnych mających na celu zapewnienie neutralności władz państwowych w sprawach religii oraz zabezpieczenia równego traktowania różnych przejawów życia religijnego¹⁹. Laickie państwo republikańskie jest przestrzenią chroniącą prawa człowieka i obywatela – to podstawowa teza doktryny państwa i prawa współczesnej Francji²⁰. Nie jest ono utożsamiane z państwem ateistycznym. Jak stwierdził w 1976 r. sekretarz generalny Francuskiej Partii Komunistycznej Georges Marchais:

Chcemy, aby we Francji socjalistycznej respektowane były prawa i swobody wszystkich obywateli, wierzących i niewierzących. Chcemy państwa, które nie będzie własnością żadnej partii, żadnej grupy ludzi, państwa ani ateistycznego, ani chrześcijańskiego, ale po prostu świeckiego. To znaczy państwa, które zapewni materialne i polityczne warunki swobodnego rozwoju i swobody wypowiedzania się wszystkim kierunkom myślowym. W tym zawiera się prawo do wolności sumienia i religii²¹.

Według sentencjonalnej opinii większości Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych Ameryki (SN USA) w sprawie *Allegheny County v. Greater Pittsburgh ACLU* z 1989 r.:

Państwo świeckie nie jest tym samym, co państwo ateistyczne czy antyreligijne. Państwo świeckie nie czyni swoją ideologią ani ateizmu, ani religii. W państwie świeckim nie występuje ortodoksja w sprawach religijnych²².

Reasumując, częstokroć ustalenie, czy dana ustawa zasadnicza wyraża ideę państwa świeckiego, wymaga uwzględnienia także innych klauzul konstytucyjnych. Są to przede wszystkim te określające charakter państwa ze względu na religię, światopogląd czy ideologię lub dotyczące jego relacji ze związkami wyznaniowymi bądź – co zdecydowanie rzadsze – z organizacjami światopoglądowymi.

19 Orzecznictwo konstytucyjne w sprawach wolności religijnej oraz system wyznań i swobody wyznaniowej we Francji. Referat Francuskiej Rady Konstytucyjnej, dane zebrał B. Gaudemet-Basdevant [mps powiel.], Archiwum Trybunału Konstytucyjnego (ATK), s. 9.

20 H. Łakomy, *Państwo a Kościół we Francji. Historia i współczesność*, Kraków 1999, s. 62.

21 „*L'Humanité*” z 11 czerwca 1976 r., *cit. per.* M. Pietrzak, *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 1988, s. 89.

22 S. Frankowski, R. Goldman, E. Łętowska, *Sąd Najwyższy USA. Prawa i wolności obywatelskie*, Warszawa 1996, s. 168.

Świeckość (laickość) państwa jest przede wszystkim konsekwencją odrzucenia religii państwowej (oficjalnej). Analizowany model państwa stanowi antytezę państwa wyznaniowego, czyli takiego, w którym istnieje konfesja czy też Kościół oficjalny. Za państwa świeckie w minimalnym znaczeniu można uznać te, które w swych ustawach zasadniczych deklarują nieistnienie wyznania (religii) czy związku wyznaniowego (Kościoła) o charakterze państwowym (oficjalnym). Nieistnienie Kościoła państwowego deklarują konstytucje: Niemiec z 1949 r. (art. 137 utrzymanych w mocy postanowień konstytucji niemieckiej z 1919 r.) i Estonii z 1992 r. (§ 40). Stwierdzenia, że żadna religia nie może być uznana za państwową lub obowiązującą czy też nieistnienie religii państwowej (wyznania państwowego) zawarto odpowiednio w konstytucjach: Hiszpanii z 1978 r. (art. 16 ust. 3), Litwy z 1992 r. (art. 43), Rosji z 1993 r. (art. 14), Ukrainy z 1996 r. (art. 35), Albanii z 1998 r. (art. 10 ust. 1)²³ i Serbii z 2006 r. (art. 11).

Awyznaniowości państwa niektóre ustawy zasadnicze nadają szerszy zakres, odrzucając, zapewne pod wpływem doświadczeń państwowości komunistycznej, także wszelką ideologię państwową²⁴. Świeckość państwa w świetle dorobku niektórych państw postkomunistycznych, zwłaszcza europejskich, oznacza jego aideoogiczność²⁵. Współczesne państwo demokratyczne, jak czytamy w konstytucjach rosyjskiej i kazachskiej uznaje ideologiczną różnorodność. Żadna ideologia nie może być zatem uznana za oficjalną (państwową)²⁶. Według czeskiej Karty Podstawowych Praw i Wolności z 1992 r. państwo jest oparte na wartościach demokratycznych i nie może być skrępowane ani wyłączną ideologią, ani wyznaniem religijnym. Oddzielone od państwa zostają nie tylko związki wyznaniowe, ale także – jak stanowi konstytucja Słowacji z 1992 r. – partie i ruchy polityczne oraz związki, towarzystwa i inne zrzeszenia.

Zasada rozdziału państwa i związków wyznaniowych

Świecki charakter państwa jest generalnie oceniany jako konsekwencja przyjęcia zasady rozdziału państwa i związków wyznaniowych. Niektórzy przedstawiciele doktryny pra-

23 <http://www.osce.org/albania/41888?download=true> [dostęp: 17.12.2015].

24 Konstytucja Ludowej Socjalistycznej Republiki Albanii z 1976 r. wprost stanowiła, że ideologią panującą jest marksizm-leninizm. Podobnie ustrojodawca chiński w 1978 r. jako kierowniczą ideologię państwa uznał marksizm-leninizm oraz idee Mao Tse-tunga, zaś konstytucja wietnamska z 1980 r. czyniła marksizm-leninizm ideologią wytyczającą kierunek rozwoju społeczeństwa. Państwa komunistyczne były zatem strukturami *sui generis* wyznaniowymi. Władze dążyły bowiem do narzucenia całemu społeczeństwu ideologii ateistycznej, która miała zastąpić religię. Towarzyszyły temu próby wprowadzenia surogatów świąt religijnych, ceremoniałów inicjacyjnych czy wręcz kultu przywódców partyjno-państwowych.

25 Szerzej: B. Górowska, *Stosunki państwo – Kościół w konstytucjach państw postkomunistycznych*, „Więź” 1993, nr 6, s. 66–79.

26 Cf. m.in. art. 13 konstytucji Rosji z 1993 r., art. 5 konstytucji Mołdowy z 1994 r., art. 15 konstytucji Ukrainy z 1996 r.

wa wyznaniowego utożsamiają wręcz te zasady ustrojowe. Owa prawidłowość ma jednak wyjątki. W kręgu europejskiego konstytucjonalizmu istnieją państwa, które deklarując w swych ustawach zasadniczych rozdział wobec związków wyznaniowych wskazują za razem na szczególną pozycję określonego Kościoła lub wyznania (religii). Można przyjąć, iż w istocie państwa te mają cechy państw konfesyjnych.

W konstytucji bułgarskiej z 1991 r. uznano wyznanie prawosławne za religię tradycyjną w Republice Bułgarii²⁷. Ustrojodawca armeński stwierdza, że Republika Armenii uznaje szczególną rolę Świętego Armeńskiego Kościoła Apostolskiego jako kościoła narodowego w życiu duchowym, dla rozwoju kultury narodowej i zachowaniu tożsamości narodowej narodu Armenii²⁸. Konstytucja Gruzji stanowi w art. 9 ust. 1, że związki wyznaniowe są niezależne od państwa²⁹. Dokonuje zarazem wyrażnej aprecjacji Apostolskiego Ortodoksyjnego Kościoła Gruzji, uznając jego historyczną rolę oraz przewidując regulacje jego odniesień z państwem w formie Porozumienia Konstytucyjnego. W przypadku ustrojodawcy węgierskiego można mówić o odejściu od neutralności światopoglądowej skoro mimo jurydyzacji zasady rozdzielenia państwa i związków wyznaniowych³⁰, arenda konstytucji z 2011 r. rozpoczyna się od wezwania: Boże, błogosław Węgrów!³¹. Współczesna ustawa zasadnicza Węgier ma wyraźnie charakter filochrześcijański. W jej preambule wyraża się dumę, iż „król, Święty Stefan [...] uczynił naszą ojczyznę częścią chrześcijańskiej Europy, uznaje się, że chrześcijaństwo miało szczególną rolę w przetrwaniu narodu”. Korelatem dowartościowania jednego wyznania czy związku konfesyjnego jest przemilczenie w wymienionych konstytucjach zasady równości czy równoprawnienia związków wyznaniowych.

We współczesnej Europie zakres konstytucjonalizacji formuły rozdziału, oddzielenia, czy separacji państwa od/i związków wyznaniowych pozwala odrzucić pogląd formułowany przez jej krytyków, że jest to zasada charakterystyczna dla konstytucjonalizmu komunistycznego, mająca komunistyczny rodowód³². Historycznie prekursorem jurydyzacji formuły oddzielenia (rozdziału) państwa od/i Kościoła była rewolucyjna Francja, której parlament – Konwent – 21 lutego 1795 r. przyjął dekret o rozdziale państwa i Kościoła³³.

27 <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/portugalia.html> [dostęp: 14.12.2015].

28 <http://www.ilo.org/dyn/travail/docs/960/Constitution%20of%20the%20Republic%20of%20Armenia.pdf> [dostęp: 14.12.2015].

29 http://www.parliament.ge/files/68_1944_951190_CONSTIT_27_12.06.pdf [dostęp: 14.12.2015].

30 Zasadę, że kościół jest oddzielony od państwa, wprowadziła konstytucja Węgierskiej Republiki Ludowej z 18 sierpnia 1949 r. Nastąpiło to zapewne pod wpływem stalinowskiej konstytucji ZSRR z 1936 r. Trzeba jednak zaznaczyć, że wspomniana zasada została utrzymana w wielokrotnie nowelizowanej po przełomie ustrojowym lat 1989–1990 konstytucji Republiki Węgierskiej. Cf. <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/wegry.html> [dostęp: 14.12.2015].

31 <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/wegry2011.html> [dostęp: 14.12.2015].

32 „Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego. Biuletyn” 1995, t. XIV, s. 70.

33 Jurydyzacji odpowiedniej formuły (i zasady ustrojowej) dokonano ponownie we Francji dekretem Komuny Paryskiej z dnia 2 kwietnia 1871 r. o rozdziale Kościoła od państwa oraz ustawą

Współcześnie powyższe sformułowania zawierają odpowiednio konstytucje: Portugalii z 1976 r. (art. 41 ust. 4)³⁴, Chorwacji z 1990 r. (art. 41)³⁵, Bułgarii z 1991 (art. 13 ust. 2), Macedonii z 1991 r. (art. 19)³⁶, Słowenii z 1991 r. (art. 7), Rosji z 1993 r. (art. 14 ust. 2), Mołdawii z 1994 r. (art. 31 ust. 6)³⁷, Azerbejdżanu z 1995 r. (art. 18)³⁸, Armenii z 1995 r. (art. 8 ust. 1), Ukrainy (art. 35), Serbii z 2006 r. (art. 44)³⁹, Czarnogóry z 2007 r. (art. 14)⁴⁰ czy Węgier z 2011 r. (art. VII ust. 2). Spotykamy je więc w ustawach zasadniczych 25% analizowanych państw.

Ponieważ zasada rozdziału państwa i związków wyznaniowych w państwach demokratycznych ma utrwaloną i szczegółową wykładnię, to już samo jej bezpośrednie sformułowanie w konstytucji można uznać za wystarczające dla określenia relacji między rzeszonymi podmiotami. Ustrojodawca w wielu państwach Europy od początku lat 90. XX wieku, zapewne pod wpływem negatywnych doświadczeń okresu rządów komunistycznych, doprecyzowuje zasadę rozdziału państwa i związków wyznaniowych lub wprowadza klauzule wyznaniowe o charakterze zastępczym. Można przypuszczać, że ma to zapewnić nieantagonistyczne relacje między państwem i Kościołem, względnie ochronę związków wyznaniowych przed różnymi formami presji ze strony państwa.

Niezależność organizacyjna i funkcjonalna państwa i Kościoła. Autonomia związków wyznaniowych

Rozdział państwa i związków wyznaniowych oznacza przede wszystkim oddzielenie organizacyjne tych podmiotów. W szczególności powinien temu towarzyszyć zakaz łączenia stanowisk kierowniczych w aparacie państwowym oraz w związkach wyznaniowych. Nie spotykamy się jednak *expressis verbis* z tego rodzaju zakazem w konstytucjach państw europejskich, które mogłyby być zaklasyfikowane jako państwa świeckie (laickie). Współcześnie w Europie nie występuje też konstytucyjne ograniczenie praw wyborczych duchowieństwa. Tego typu ograniczenia występowały w aktach ustrojodawczych niektórych państw komunistycznych w pierwszych latach umacniania się nowego

z dnia 9 grudnia 1905 r. o rozdziale Kościołów od państwa. Dopiero dekret Rady Komisarzy Ludowych z 28 stycznia 1918 r. o oddzieleniu Kościoła od państwa i szkoły od Kościoła ustanowił specyficzną formę rozdziału w Rosji bolszewickiej. Cf. H. Świątkowski, *Stosunek państwa do kościoła w różnych krajach*, Warszawa 1952, s. 78–84, 107–108.

34 <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/portugalia.html> [dostęp: 14.12.2015].

35 *Konstytucja Republiki Chorwacji*, tłum. T.M. Wójcik, wstęp A. i L. Garliccy, Warszawa 1995, s. 26.

36 <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/macedonia.html> [dostęp: 14.12.2015].

37 http://swp4.wspolnotapolska.org.pl/prawa_mniejszosci/art/Konstytucja-Republiki-Moldowy,41.html [dostęp: 15.12.2015].

38 <http://icla.up.ac.za/.../Azerbaijan/Constitution> [dostęp: 15.12.2015].

39 http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=191258 [dostęp: 14.12.2015].

40 http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=187544#LinkTarget_1462 [dostęp: 14.12.2015].

reżimu⁴¹. Obecnie jako wyjątek potwierdzający ową regułę należy traktować postanowienia konstytucji Azerbejdżanu, która pozbawia m.in. duchowieństwo biernego prawa wyborczego do parlamentu (art. 86 ust. III). W konsekwencji zgodnie z art. 100 rzeczonoego aktu duchowni stanowią jedną z grup pozbawionych prawa kandydowania na urząd prezydenta Azerbejdżanu. Ograniczenia w sprawowaniu stanowisk we władzach publicznych mogą natomiast wynikać z prawa wewnętrznego związków wyznaniowych. Kodeks prawa kanonicznego z 1983 r. w kan. 285 § 3 zabrania duchowieństwu Kościoła katolickiego przyjmowania urzędów, z którymi łączy się wykonywanie władzy świeckiej⁴². Tak jednoznaczną regulację należy jednak uznać za wyjątek niż regułę wśród związków wyznaniowych działających na Starym Kontynencie.

Zasada świeckości państwa oznacza wykluczenie bezpośredniego wpływu religii, w tym związków wyznaniowych, na proces sprawowania władzy państwowej (publicznej). Bodaj najbardziej jednoznaczny zakaz tego rodzaju w Europie formułuje konstytucja Turcji z 1982 r. (art. 24), która zapewniając każdemu prawo do wolności sumienia, wyznania oraz przekonań, zabrania zarazem wykorzystywania i nadużywania religii lub rzeczy świętych w celu oparcia, choćby częściowo, podstawowego porządku społecznego, ekonomicznego, politycznego i prawnego państwa na dogmatach religijnych. W szerszym ujęciu zakaz taki przewidują konstytucje Federacji Rosyjskiej z 1993 r., Kazachstanu z 1995 r. oraz Ukrainy z 1996 r., ustanawiając kategoryczny zakaz uzurpacji władzy państwowej m.in. przez organizacje społeczne, w tym związki wyznaniowe. Swoistą formułę zakazu angażowania się związków wyznaniowych w działalność polityczną jest zakaz tworzenia partii o charakterze religijnym. Współcześnie taki zakaz przewidują konstytucje Bułgarii z 1991 r. (art. 11 ust. 4) oraz Kazachstanu z 1993 r. (art. 5). Jest to prawdopodobnie próba zapobieżenia rozwojowi fundamentalizmu islamskiego. Natomiast ustrojodawca portugalski w 1976 r. ustanowił bardziej subtelne ograniczenia. Wyklucza bowiem używanie przez partie polityczne oraz związki zawodowe, przy zachowaniu ich autonomii programowej, m.in. nazw zawierających określenia związane z jakąkolwiek religią lub Kościołem oraz emblematów, które mogą być mylone z symbolami religijnymi. Według orzecznictwa portugalskiego Trybunału Konstytucyjnego zakaz konstytucyjny

41 Konstytucja Rosyjskiej Socjalistycznej Federacyjnej Republiki Rad z 1918 r. pozbawiała praw wyborczych *zakonników i władze duchowne kościołów i kultów religijnych*, kwalifikując ich *à priori* jako przeciwników nowego reżimu. Restrykcje te utrzymała konstytucja Rosyjskiej Socjalistycznej Federacyjnej Republiki Sowieckiej z 1925 r. Na jej wzór ograniczenia wprowadzały ustawy zasadnicze innych republik sowieckich. Podobnie konstytucja Mongolskiej Republiki Ludowej z 1924 r. pozbawiała praw wyborczych wyższe duchowieństwo lamaickie. Także twórcy konstytucji meksykańskiej z 1917 r. upatrywali w duchowieństwie przeciwników politycznych, skoro pozbawili księży biernego i czynnego prawa wyborczego, a także prawa tworzenia zrzeseń dla celów.

42 Zgodnie z Kan. 287 § 2 duchowni nie mogą brać czynnego udziału w partiach politycznych ani w kierowaniu związkami zawodowymi, chyba że – zdaniem kompetentnej władzy kościelnej – będzie wymagała tego obrona praw Kościoła lub rozwój dobra wspólnego.

ma uniemożliwić wszelkie naruszenie dobrej wiary obywateli i zagwarantować warunki przejrzystości ich udziału w życiu politycznym, wyłączając możliwość lekceważenia religii lub Kościołów oraz chroniąc zasadę państwa niewyznaniowego i wolność sumienia⁴³.

Niekiedy ustrojodawca wskazuje na szczególne aspekty odrębności organizacyjnej państwa i związków wyznaniowych. Konstytucja Belgii z 1831 r., ustanawiając swoisty system oddzielenia państwa od związków wyznaniowych, głosi:

Państwo nie ma prawa interweniować ani w mianowanie, ani we wprowadzanie na urząd duchownych jakiegokolwiek wyznania, jak też zabraniać im utrzymywania kontaktów ze swymi przełożonymi lub publikowania swych aktów; w tym ostatnim przypadku stosuje się zwykle zasady odpowiedzialności w dziedzinie prasy i publikacji⁴⁴.

System belgijski dotyczący relacji państwo – związki wyznaniowe można określić jako rozdział selektywny⁴⁵.

Odrębność organizacyjna związków wyznaniowych wobec państwa służy ich wewnętrznej samorządności i niezależności. Na ów komponent idei państwa świeckiego zwraca uwagę konstytucja Słowacji z 1992 r., stanowiąc: „Kościoły i wspólnoty religijne zarządzają samodzielnie swoimi sprawami, zwłaszcza ustanawiając swoje organy, swoich duchownych, zapewniając naukę religii i zakładając zakonne i inne kościelne instytucje niezależne od organów państwowych” (art. 24 ust. 3)⁴⁶. Podobne sformułowania zawiera w art. 16 ust. 2 Karty Podstawowych Praw i Wolności Republiki Czeskiej z 1992 r.⁴⁷

43 J. de Sousa E. Brito, *Orzecznictwo konstytucyjne w dziedzinie wolności wyznaniowej w Portugalii* [mps. powiel.], ATK, s. 15.

44 Zarazem jednak zgodnie z konstytucją ślub wyznaniowy winien być poprzedzony ślubem cywilnym, z wyjątkiem przypadków, które w razie potrzeby określi ustawa. V. <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/belgia.html> [dostęp: 15.12.2015].

45 Podobne gwarancje, ale jedynie dla Kościoła katolickiego, zawiera konstytucja Luksemburga z 1868 r. Zgodnie z art. 22 tegoż aktu ingerencja państwa w powoływanie i obejmowanie stanowisk przez zwierzchników wspólnot kościelnych, tryb powoływania i odwoływania pozostałych duchownych, swoboda komunikowania się jednych i drugich ze swoimi przełożonymi i publikowania swoich aktów oraz stosunki Kościoła z państwem są przedmiotem umów podlegających przedłożeniu Izbie Deputowanych w zakresie przepisów, które wymagają jej interwencji. Cf. <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/luksemburg.html> [dostęp: 15.12.2015]. W sumie można rzeczzone gwarancje uznać pod względem proceduralnym za lepsze niż przewidziane przez ustrojodawcę belgijskiego, ponieważ ingerencja państwa w sferę organizacyjną Kościoła katolickiego uzależniona została w istocie od jego zgody wyrażonej w formie umowy. Luksemburg trudno jest wszakże w świetle jego ustawy zasadniczej zaliczyć do państw laickich (świeckich). Podczas referendum konstytucyjnego w czerwcu 2015 r. obywatele opowiedzieli się przeciwko zniesieniu finansowania przez państwo uznanych związków wyznaniowych.

46 <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/slowacja.html> [dostęp: 15.12.2015].

47 http://swp4.wspolnotapolska.org.pl/prawa_mniejszosci/art/Karta-Podstawowych-Praw-i-Wolnosci,16.html [dostęp: 15.12.2015].

Konstytucja Litwy z 1992 r. podkreśla niezależność związków wyznaniowych od państwa w sferze ściśle konfesyjnej, stanowiąc: „Kościoły i organizacje religijne bez przeszkód głoszą swą naukę, odprawiają obrzędy, mają domy modlitwy, instytucje dobroczynne i szkoły przygotowujące duchownych” (art. 43 zd. 3)⁴⁸. W tym przypadku można mówić o gwarancjach wolności kolektywnej praktykowania religii.

Niektóre ustawy zasadnicze państw klasyfikowanych jako państwa świeckie akcentują autonomię związków wyznaniowych, czyli ich prawo do samodzielnego tworzenia i rządzenia się własnym prawem wewnętrznym. Ustrojodawca litewski stanowi jednoznacznie, że „Kościoły i organizacje religijne bez przeszkód rządzą się swymi kanonami i statutami” (art. 43 zd. 4). Konstytucja Rumunii z 1991 r. stwierdza, iż „Wyznania religijne są wolne i organizują się zgodnie z ich statutami, na warunkach określonych ustawą” (art. 29 zd. 3)⁴⁹. Zbliżoną treść zawiera art. 31 ust. 4 konstytucji Mołdawii. Wynika z tego, że autonomia związków wyznaniowych w państwie świeckim nie ma charakteru absolutnego, nie oznacza immunitetu prawnego związków wyznaniowych. Jej granicą jest ustawodawstwo (prawo) powszechnie obowiązujące.

Istnieje wreszcie nieliczna grupa konstytucji europejskich, która ogranicza się do zapewnienia związkom wyznaniowym niezależności lub autonomii w relacjach z państwem w sposób ogólny, wręcz ogólnikowy, tzn. bez precyzowania przedmiotu owej niezależności czy autonomii⁵⁰. Specyficznym określeniem stosunki między państwem a Kościołem katolickim w konstytucji włoskiej (art. 7), stanowiąc: „Państwo i Kościół katolicki są, każde we własnym zakresie, niezależne i suwerenne”⁵¹. Należy odnotować, że postanowienie to nie przesądziło o świeckim charakterze Republiki Włoskiej. Do 1984 r. współobowiązywało bowiem z postanowieniem konkordatu laterańskiego z 1929 r. stanowiącym, że katolicyzm jest jedyną religią państwa włoskiego.

Zasada równości związków wyznaniowych

O wiele bardziej niż konstytucyjna formuła rozdziału państwa i związków urzeczywistnieniu koncepcji państwa świeckiego (laickiego) służy jurydyzacja w ustawie zasadniczej zasady równości związków wyznaniowych, równości wobec prawa tych podmiotów czy ich równouprawnienia. Przyjęcie tych norm wyklucza nadanie prawnie określonego wyznaniu czy związkowi konfesyjnemu statusu państwowego lub dominującego. Powyższe zasady nieczęsto są konstytucjonalizowane w państwach europejskich mających charakter państw świeckich (laickich). Zasada równości wyznań wyprowadzana jest pośrednio z zasady równości obywateli wobec prawa czy zakazu dyskryminacji z powodów reli-

48 <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/litwa-a.html> [dostęp: 15.12.2015].

49 <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/rumunia-2.html> [dostęp: 15.12.2015].

50 Art. 25 ust. 3 Konstytucji RP z 1997 r., art. 10 ust. 4 konstytucji Albanii z 1998 r.

51 *Konstytucja Republiki Włoskiej*, tłum. i wstęp. Z. Witkowski, Warszawa 2004, s. 58.

gijnych. Różnie jest artykułowana przez ustrojodawcę. Konstytucja albańska z 1998 r. stwierdza bezpośrednio, że państwo uznaje równość wspólnot religijnych, konstytucje: Chorwacji z 1990 r., Macedonii z 1991 r., Rosji z 1993 r., Białorusi z 1994 r., Azerbejdżanu z 1995 r., Czarnogóry z 2007 r. mówią o równości wobec prawa. Ustrojodawcy słoweński w 1991 r. i polski w 1997 r. podkreślili, co zdecydowanie rzadsze, pozytywny aspekt omawianej zasady, deklarując równouprawnienie wspólnot wyznaniowych. Wyjątkowo mocno zasadę równości związków wyznaniowych podkreśla ustrojodawca serbski. W art. 44 konstytucji z 2006 r. dwukrotnie wyraża bezpośrednio zasadę równości Kościołów i wspólnot religijnych. Owa równość wiąże się zarazem z gwarancjami takiej samej wolności dla wymienionych podmiotów w dziedzinach: organizacji ich struktur wewnętrznych, w sprawach religijnych, w wykonywaniu obrzędów w miejscach publicznych, w tworzeniu i zarządzaniu szkołami religijnymi, instytucjami społecznymi i religijnymi.

Orzecznictwo konstytucyjne odrzuca z reguły bezwzględny egalitaryzm, pojmuje go w sposób relatywny. Niemiecki Związkowy Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „ustawa zasadnicza nie nakazuje, aby państwo schematycznie jednakowo traktowało wszystkie wspólnoty religijne”⁵², zaś belgijska Rada Stanu w 1966 r. uznała, iż równouprawnienie wyznań nie oznacza, że ten sam status ma być stosowany do wszystkich wyznań⁵³. Nawet we francuskim systemie relacji państwo – związki wyznaniowe, który jest systemem ścisłego równouprawnienia wyznań, stwierdza się, że to równouprawnienie nie jest *de facto* ścisłą równością⁵⁴. Niekiedy konstytucja dopuszcza różnicowanie statusu związków wyznaniowych. Niemiecka ustawa zasadnicza wyróżnia związki wyznaniowe mające osobowość prawa publicznego, co oznacza posiadanie prawa do tzw. podatku kościelnego, oraz konfesje niemające tej cechy. Konstytucji litewskiej odnajdujemy bardziej rozbudowaną gradację. Dzieli ona związki wyznaniowe na uznane i nieuznane oraz wyróżnia tzw. tradycyjne Kościoły i organizacje religijne Litwy⁵⁵. Wyrażną aprecjacje Kościoła katolickiego zakłada konstytucja włoska z 1947 r., przewidując relacje państwa z tym kościołem na zasadach swoistej równorzędności (art. 7), odmiennie niż stosunki

52 D. Hömig, W. Hassemer, *Orzecznictwo sądów konstytucyjnych w dziedzinie wolności wyznania. Krajowy raport Niemiec na XI Konferencję Europejskich Sądów Konstytucyjnych, 17–21 maja [1999 r.] w Warszawie* [mps powiel.], ATK, s. 14, nlb.

53 E. Cerexhe, H. Boel, *Orzecznictwo konstytucyjne w sprawach religijnych. Referat belgijski* [mps powiel.], ATK, s. 28.

54 *Orzecznictwo konstytucyjne w sprawach wolności religijnej...*, *op. cit.*, s. 44–45.

55 Szerzej: J. Kuznecoviene, *Państwo i kościół na Litwie*, [w:] *Państwo i kościół w krajach Unii Europejskiej*, red. G. Robbers, Wrocław 2007, s. 219–221. Podobnie w Austrii panuje zasada „równego (parytetowego) uznania”, w prawie państwowym nie ma zasady „absolutnie” równego traktowania towarzystw religijnych. Parytet w prawie materialnym dopuszcza zróżnicowanie pod warunkiem „merytorycznego uzasadnienia”, które może zwłaszcza wynikać z cech szczególnych danego związku wyznaniowego. Cf. G. Kucsko-Stadlmayer, *Raport krajowy Austrii. Sytuacja prawna w kwestii wolności sumienia* [mps powiel.], ATK.

z pozostałymi związkami wyznaniowymi, dla których wyraźnie wskazano włoski porządek prawny jako granicę swobody działalności (art. 8). Najsłabszą formą aprecjacji jednego ze związków wyznaniowych jest wymienienie go z nazwy przez konstytucję, ale bez przyznawania mu szczególnych uprawnień materialnoprawnych. Ma to miejsce np. w konstytucji Hiszpanii z 1978 r. (art. 16 ust. 3) oraz w konstytucji polskiej z 1997 r. (art. 25 ust. 4). Wydaje się, że – zgodnie ze standardami prawnomiędzynarodowymi – granicą dopuszczalnego zróżnicowania statusu prawnego związków wyznaniowych powinien być zakaz dyskryminacji ze względu na religię lub światopogląd. W państwie świeckim każdej grupie religijnej powinna być zapewniona możliwość prawnego istnienia.

Neutralność światopoglądowa państwa

Współcześnie za najistotniejszą cechę państwa laickiego (świeckiego) należy uznać jego neutralność światopoglądową. Neutralność, od łac. *neutalis*, semantycznie oznacza obojętność, bezstronność państwa, które powinno zachować „równą odległość” w stosunku do wszystkich występujących w społeczeństwie postaw światopoglądowych. Ugruntowanie analizowanej zasady ustrojowej w Europie to przede wszystkim rezultat orzecznictwa sądów konstytucyjnych oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Zasada neutralności światopoglądowej państwa (władz publicznych) rzadko podlega bezpośredniej jurydykacji w konstytucjach państw naszego kontynentu⁵⁶. Konstytucja Albanii z 1998 r. w art. 10 ust. 2 stanowi, że państwo jest neutralne w sprawach wiary i sumienia oraz gwarantuje wolność ich ekspresji w życiu publicznym. Natomiast konstytucja Kosowa z 2008 r. wskazuje na bezpośredni związek świeckości państwa i jego neutralności światopoglądowej, stwierdza bowiem w art. 8: „Republika Kosowa jest państwem świeckim i neutralnym w sprawach wierzeń religijnych”⁵⁷. Ustrojodawca polski głosi z kolei, że władze publiczne zachowują bezstronność w sprawach przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych gwarantując swobodę ich wyrażania w życiu publicznym (art. 25 ust. 2). Wykładnia językowa, a przede wszystkim historyczna terminu „bezstronność” nakazuje traktować go jako synonim terminu „neutralność”⁵⁸.

56 Zasada neutralności państwa wobec religii została pierwszy raz bezpośrednio wyrażona w konstytucji Republiki Malgaskiej z 1960 r. W art. 2 czytamy m.in. „Stwierdza ona [Republika Malgaska – P.B.] swoją neutralność wobec różnych religii. Państwo i Kościoły korzystają z autonomii odpowiednich dziedzinach. Zakazane jest wszelkie ingerowanie w dziedzinę, która do nich nie należy”. Ustrojodawca malgaski nie zachował się przy tym konsekwentnie, ponieważ przewidział zarazem obowiązkową przysięgę prezydenta państwa z elementami religijnymi (art. 9). Cf. Konstytucje państw afrykańskich, oprac. i wstęp L. Gelberg, t. II, Warszawa 1965, s. 118–121.

57 <http://www.assembly-kosova.org/common/docs/Constitution1%20of%20the%20Republic%20of%20Kosovo.pdf> [dostęp: 17.12.2015].

58 Wyczerpującą analizę konstytucyjnej zasady bezstronności światopoglądowej władz publicznych w prawie polskim przeprowadził W. Brzozowski w monografii pt. *Bezstronność światopoglądowa władz publicznych*, Warszawa 2011.

Z neutralnością światopoglądową państwa wiąże się neutralność szkolnictwa publicznego i odrzucenie w warunkach pluralizmu oświatowego modelu publicznej szkoły wyznaniowej. Państwo nie może, jak stwierdził w 1976 r. ustrojodawca portugalski, opracowywać programów edukacyjnych i kulturalnych, kierując się jakimikolwiek dyrektywami filozoficznymi, estetycznymi, politycznymi, ideologicznymi bądź religijnymi. Natomiast według konstytucji belgijskiej neutralność zakłada respektowanie koncepcji filozoficznych, ideologicznych lub religijnych rodziców i uczniów. Jednakże w opinii z 1989 r. włoskiego Sądu Konstytucyjnego, zbieżnej z przytoczonym wyżej stanowiskiem polskiego Trybunału Konstytucyjnego z 1991 r., zasada laickości państwa „nie zakłada obojętności państwa wobec religii, ale nakazuje państwu stworzenie gwarancji wolności religijnej w systemie pluralizmu wyznaniowego i kulturalnego”⁵⁹. W obliczu przemian ustrojowych w Europie Środkowej i Wschodniej widoczne jest zwłaszcza zjawisko odchodzenia od czysto laickiego charakteru szkoły państwowej, charakterystycznego głównie dla ustrojodawstwa wprowadzającego system rozdziału w pierwszej połowie minionego wieku⁶⁰.

Współdziałanie państwa i związków wyznaniowych

Świeckość państwa nie wymaga, aby ignorowało ono związki wyznaniowe jako uczestników życia społecznego. Państwo laickie może, a nawet powinno, podejmować współdziałanie czy wręcz współpracę w sprawach o charakterze ogólnospołecznym, takich jak pomoc społeczna, ochrona zabytków. Współdziałanie czy współpracę państwa i związków wyznaniowych przewidują ustrojodawcy: polski (art. 25 ust. 3), albański (art. 10 ust. 4) i hiszpański (art. 16 ust. 3). Pomoc państwa dla związków wyznaniowych w niektórych aspektach ich działalności przewidują konstytucje: Chorwacji (art. 41), Rumunii (art. 29 ust. 5) oraz Mołdowy (art. 31 ust. 5).

Z zasadą świeckości państwa nie koliduje zapewnienie przezeń opieki duszpasterskiej w państwowych instytucjach o charakterze zamkniętym, takich jak siły zbrojne, zakłady karne, skoszarowane jednostki policji, szpitale czy domy opieki. Wydaje się natomiast, że duchowni pełniący posługę w powyższych instytucjach, z uwagi na konieczność utrzymania rozdziału instytucjonalnego państwa i związków wyznaniowych, nie powinni posiadać statusu funkcjonariuszy państwowych, co najwyżej być zatrudnieni na podstawie takiego samego stosunku pracy jak pracownicy cywilni. Ustrojodawca niemiecki przewiduje dopuszczenie związków wyznaniowych do odprawiania czynności religijnych w wojsku, szpitalach, więzieniach i innych zakładach publicznych stosownie do odpowiednich potrzeb ludności, w wyłączeniem jednak wszelkiego przymusu⁶¹. Po-

59 L. Garlicki, *op. cit.*, s. 44.

60 Cf. np. art. 3 ust. IV konstytucji Meksyku z 1917 r., art. 124 konstytucji ZSRR z 1936 r., art. 55 konstytucji Kuby z 1940 r., art. 201 konstytucji Salwadoru z 1950 r.

61 Cf. utrzymany w mocy art. 141 konstytucji weimarskiej z 11 sierpnia 1919 r.

dobnie konstytucje Rumunii z 1991 r. i Mołdowy z 1994 r. gwarantują wyznaniom religijnym ułatwienie wsparcia religijnego w wojsku, w szpitalach, zakładach karnych, domach starców czy sierocińcach. Ich zniesienie sygnalizowałoby przyjęcie przez państwo nie polityki neutralności, lecz wrogości wobec religii⁶².

System rozdziału nie wyklucza pewnej interferencji funkcjonalnej państwa i związków konfesyjnych. Kontynuując tradycje historyczne oraz uznając rolę społeczną dwóch wielkich Kościołów: katolickiego i ewangelickiego⁶³ niemiecka ustawa zasadnicza przyznała związkom wyznaniowym o charakterze publicznoprawnym prawo pobierania podatków na podstawie cywilnych list podatkowych. Tzw. podatek kościelny (*Kirchensteuer*) jako „podatek członkowski” jest zatem egzekwowany przez państwowe organy finansowe⁶⁴. Współcześnie odstępstwa od zasady separacji funkcjonalnej uzasadniane są dążeniem do zapewnienia pełnej realizacji wolności sumienia i wyznania⁶⁵. Konstytucja litewska uznaje w związku z tym kościelną rejestrację małżeństw, przyznając duchownym *de facto* funkcję urzędników stanu cywilnego. Państwo podejmuje się także zapewnienia zainteresowanym nauki religii, co wyraźnie dopuszczają ustawy zasadnicze m.in. Rumunii, Czech, Niemiec, Belgii, Litwy, Polski czy Turcji. Symptomatyczne wydaje się w związku z tym stanowisko polskiego Trybunału Konstytucyjnego, który uznając konstytucyjność wprowadzenia nauki religii w szkołach publicznych, stwierdził, że świeckość i neutralność państwa nie tylko nie może być podstawą wprowadzenia obowiązku nauczania religii w szkołach państwowych, ale nie może też oznaczać zakazu takiego nauczania, jeśli tego sobie życzą zainteresowani obywatele. Na tym właśnie polega, zdaniem Trybunału, świeckość i neutralność państwa. Inne rozumienie tych pojęć oznaczałoby nie neutralność, a ingerencję państwa w wolność sumienia i wyznania obywateli⁶⁶.

Obecność pierwiastka religijnego w szkolnictwie państwowym (publicznym) to kwestia wciąż wywołująca dyskusje w wielu państwach europejskich. W europejskich państwach świeckich przeważa model fakultatywnej edukacji religijnej w szkołach podstawowych i ponadpodstawowych. Jest to uzasadniane przede wszystkim koniecznością uwzględnienia w procesie edukacji szkolnej prawa rodziców do wychowania dzieci zgodnie z ich przekonaniami w sprawach religijnych⁶⁷. Laicki model edukacji szkolnej

62 R. Gordis, *Separation – Theory and Practice*, [w:] *Religion and the Public Order*, red. D.A. Gianella, Chicago 1963, s. 332, 333, 335.

63 Cf. W. Pięciak, *Kryzys wiary czy kryzys systemu?*, Warszawa 1999, s. 39–50.

64 Wyjątek stanowi Bawaria, gdzie ściąganiem podatku zajmują się urzędy kościelne. Cf. P. Leszczyński, *O stosunkach państwo – Kościoły w Niemczech*, „Res Humana” 1997, nr 6, s. 11–12.

65 Cf. J. Krukowski, *Konkordat polski. Znaczenie i realizacja*, Lublin 1999, s. 193–194.

66 Orzeczenie z dnia 30 stycznia 1991 r. (K. 11/90).

67 Np. art. 53 ust. 3 i 4 Konstytucji RP z 1997 r. czy art. 40 konstytucji Litwy z 1992 r.

realizowany jest tylko w kilku państwach analizowanej grupy. Są to: Francja (z wyjątkiem Alzacji i Lotaryngii), Holandia, Słowenia, Ukraina, Białoruś, Rosja i Azerbejdżan⁶⁸.

Zakończenie

We współczesnej Europie przeważają państwa, które w świetle ich aktów ustrojodawczych można zaklasyfikować jako państwa świeckie (laickie) przynajmniej w podstawowym znaczeniu tego terminu, czyli jako państwa niewyznaniowe. Zasada świeckości państwa nie jest obecnie wykorzystywana w Europie do walki ze związkami wyznaniowymi czy religią w ogóle. Przeważają państwa świeckie w znaczeniu laickości pozytywnej, otwartej, akceptującej obecność pierwiastka religijnego w sferze publicznej. Przyczyną upowszechnienia tego rodzaju państwowości było stanowisko Soboru Watykańskiego II (lata 1962–1965) oraz papieży posoborowych, odrzucające model państwa katolickiego jako model optymalny dla Kościoła katolickiego⁶⁹. Innym czynnikiem sprzyjającym popularyzacji idei państwa świeckiego (niekonfesyjnego) był zapewne rozwój doktryny wolności i praw człowieka. Wyrazem tego procesu jest zwłaszcza Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPC) z 1950 r. oraz sformułowane na jej podstawie orzecznictwo w sprawach wyznaniowych organów Rady Europy,

68 Cf. *Lekcje religii w szkołach publicznych wybranych państw europejskich*, „Gość Niedzielny” 2006, nr 36, s. 27. W Rosji i na Białorusi od 2010 r. może być nauczany fakultatywnie przedmiot o charakterze niekonfesyjnym Podstawy kultury prawosławnej. Jest on prowadzony przez nauczycieli świeckich dla starszej młodzieży szkolnej.

69 W Konstytucji duszpasterskiej o Kościele w świecie współczesnym stwierdzono m.in.: „Wspólnota polityczna i Kościół są w swoich dziedzinach od siebie niezależne i autonomiczne. Obydwie jednak wspólnoty, choć z różnego tytułu, służą powołaniu jednostkowemu i społecznemu tych samych ludzi. Tym skuteczniej będą wykonywać tę służbę dla dobra wszystkich, im lepiej będą rozwijać między sobą zdrową współpracę uwzględniając także okoliczności miejsca i czasu. [...] Nie pokłada [Kościół – P.B.] jednak swoich nadziei w przywilejach ofiarowanych mu przez władzę państwową; co więcej, wyrzeknie się korzystania z pewnych praw legalnie nabytych, skoro się okaże, że korzystanie z nich podważa szczerłość jego świadectwa albo że nowe warunki życia domagają się innego układu stosunków. Kościół winien mieć jednak zawsze i wszędzie prawdziwą swobodę w głoszeniu wiary, w uczeniu swojej nauki społecznej, w spełnianiu nieskrępowanie wśród ludzi swego zadania, a także w wydawaniu oceny moralnej nawet w kwestiach dotyczących spraw politycznych, kiedy domagają się tego podstawowe prawa osoby lub zbawienie dusz, stosując wszystkie i wyłącznie te środki, które zgodne są z Ewangelią i dobrem powszechnym według różnorodności czasu i warunków”. V. *Sobór Watykański II. Konstytucje. Dekrety. Deklaracje*, Poznań 1967, s. 604. Z kolei w dekreście o działalności misyjnej Kościoła znalazła się o wiele bardziej jednoznaczna deklaracja, iż Kościół „w żadnym wypadku nie chce wtrącać się w rządy ziemskiego państwa. Nie żąda dla siebie żadnej prerogatywy oprócz tej, aby pomocą Bożą mógł służyć miłością i wiernym posługiwaniem” (*Sobór Watykański II...*, op. cit., 448). Państwo świeckie zaakceptował wprost papież Paweł VI, stwierdzając w 1968 r.: „Kościół dzisiejszy nie boi się uznać wartości świata świeckiego, [...] nie boi się potwierdzić tego, co już otwarcie przyznał – słusznej i zdrowej świeckości państwa za jedną z zasad doktryny katolickiej” (M. Pietrzak, *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 2010, s. 110).

przede wszystkim Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Obowiązek zachowania neutralności przez władze publiczne w sprawach religijnych to jedna z zasadniczych i trwałych tez orzecznictwa strasburskiego w związku z art. 9 EKPC, gwarantującym wolność myśli, sumienia i wyznania⁷⁰. Tendencja do odchodzenia od modelu państwa wyznaniowego widoczna jest zwłaszcza w państwach nordyckich.

Nie ma powszechnie przyjętej w praktyce politycznej i ustrojowej szczegółowej koncepcji państwa laickiego (świeckiego)⁷¹. W Europie od ponad stu lat podlega ewolucji warunkowanej zarówno przez czynniki partykularne, charakterystyczne dla poszczególnych krajów jak i przez czynniki uniwersalne – paneuropejskie. Wyzwaniem dla koncepcji państwa świeckiego (laickiego) staje się współcześnie fundamentalizm islamski i stanowiąca reakcję nań ksenofobia ujawniająca się w wielu społeczeństwach europejskich. Część klasy politycznej w państwach Starego Kontynentu na tego rodzaju postawach buduje poparcie społeczne dla siebie i swoich partii. Religia znów okazuje się narzędziem mobilizacji elektoratu i uzyskania wpływów politycznych. Zorientowany ksenofobicznie elektorat oczekuje nadania państwu znamion etnicznych (nacjonalistycznych) lub konfesyjnych. Zasada państwa świeckiego (laickiego) jawi się jako bariera dla opisanych wyżej dążeń. Sprzyja ona inkluzywnej wizji państwa oraz pluralistycznej koncepcji społeczeństwa. Reasumując, można stwierdzić, że utrzymanie ustrojów demokratycznych w Europie wiąże się z respektowaniem zasady świeckości państwa, której najważniejszą cechą powinna być jego neutralność światopoglądowa.

Literatura

- Borecki P., *Elementy konfesjonalizacji państwa we współczesnej Polsce*, [w:] *Państwo wyznaniowe. Doktryna, prawo i praktyka*, red. J. Szymanek, Warszawa 2011.
- Borecki P., *Laickość państwa w świetle dorobku powojennego konstytucjonalizmu*, [w:] *Cuius regio, eius religio? Publikacja po Zjeździe Historyków Państwa i Prawa*, t. I, Lublin 2006, t. II, Lublin 2008.
- Cerexhe E., Boel H., *Orzecznictwo konstytucyjne w sprawach religijnych. Referat belgijski* [mps powiel.], ATK.

⁷⁰ *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. I. *Komentarz do artykułów 1-18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 560.

⁷¹ G. Haarscher wyróżnił dwie odmiany laickości państwa: tzw. laickość twardą, charakteryzującą się przede wszystkim absolutyzacją rozdziału (separacją) państwa i Kościoła, oraz tzw. laickość otwartą (szeroką), której zasadniczą cechą miałyby być neutralność państwa w sprawach religijnych czy niedyskryminacja z powodów religijnych. Jako przykład realizacji pierwszej koncepcji laickości wskazana została Francja (z wyjątkiem Alzacji i Lotaryngii), natomiast jako przykład tzw. laickości otwartej podaje się Stany Zjednoczone Ameryki. V. G. Haarscher, *op. cit.*, s. 113–120.

- Frankowski S., Goldman R., Łętowska E., *Sąd Najwyższy USA. Prawa i wolności obywatelskie*, Warszawa 1996.
- Garlicki L., *Wolność sumienia i wyznania – status wspólnot religijnych*, „Biuletyn Trybunału Konstytucyjnego” 1999.
- Gordis R., *Separation – Theory and Practice*, „Religion and the Public Order” 1963.
- Górowska B., *Stosunki państwo – Kościół w konstytucjach państw postkomunistycznych*, „Więź” 1993, nr 6.
- Haarscher G., *Laickość*, Warszawa 2004.
- Hömig D., Hassemer W., *Orzecznictwo sądów konstytucyjnych w dziedzinie wolności wyznania. Krajowy raport Niemiec na XI Konferencję Europejskich Sądów Konstytucyjnych, 17–21 maja [1999 r.] w Warszawie [mps powiel.]*, ATK.
- Kuznecoviene J., *Państwo i kościół na Litwie*, [w:] *Państwo i kościół w krajach Unii Europejskiej*, red. G. Robbers, Wrocław 2007.
- Konstytucje państw Unii Europejskiej*, red. W. Staśkiewicz, Warszawa 2011.
- Konstytucja Republiki Chorwacji*, tłum. T.M. Wójcik, wstęp A. i L. Garliccy, Warszawa 1995.
- Konstytucja Republiki Włoskiej*, tłum. i wstęp. Z. Witkowski, Warszawa 2004.
- Konstytucje państw afrykańskich*, t. II, oprac. i wstęp L. Gelberg, Warszawa 1965.
- Krukowski J., *Konkordat polski. Znaczenie i realizacja*, Lublin 1999.
- Leszczyński P., *O stosunkach państwo – Kościoły w Niemczech*, „Res Humana” 1997, nr 6.
- Łakomy H., *Państwo a Kościół we Francji. Historia i współczesność*, Kraków 1999.
- Pietrzak M., *Demokratyczne, świeckie państwo prawne*, Warszawa 1999.
- Pietrzak M., *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 2010.
- Małajny R.M., *Państwo świeckie (rozdział kościoła od państwa)*, [w:] *Leksykon prawa wyznaniowego. 100 podstawowych pojęć*, red. A. Mazgłowski, Warszawa 2014.
- Pięciak W., *Kryzys wiary czy kryzys systemu?*, Warszawa 1999.

SUMMARY

The secular state in the context of the contemporary European constitutionalism

In today's Europe the secular state dominates. Disseminating the principles of the secular state in Europe promotes the diversity of religious and philosophical populations. The principle of the secular state no longer serves to reduce the social significance of religion or religious organizations. A way of expressing the principle of secularism in constitutional acts is diverse – it is often necessary for complex analysis of the content of the constitution. The principle of the secular state is expressed in the constitutions of approximately 14% of European countries. State Secularism is often equated with the principle of separation of church and state. In Europe, however, there are examples

of countries that are exceptions to this rule. In total, the formal separation of church and state is expressed in approximately 25% of the constitutions of European countries. Often the principle of this separation in the Basic Law is expressed in a veiled manner. The most important feature of a secular state is considered to be the modern principle of neutrality. However, it is rarely explicitly expressed in the Basic Law in Europe. Its spread was mostly driven by the constitutional court decisions and statements of the doctrine of the law.

Keywords: secularity, secular state, separation of church and state, neutral outlook of the state

PAWEŁ BORECKI, University of Warsaw, Faculty of Law and Administration, Institute of History of Law, Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa, Republic of Poland, e-mail: pawelborecki@op.pl.

REMIGIUSZ CHĘCIŃSKI, TOMASZ MARZEC

Służebność gruntowa o treści służebności przesyłu jako problem konstytucyjny

Wprowadzenie

Od momentu uchwalenia przepisów wprowadzających do Kodeksu cywilnego służebność przesyłu (ustawa z dnia 30 maja 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw¹) w doktrynie toczy się ożywiona dyskusja nad ich interpretacją. Stopień skomplikowania spraw zainicjowanych wnioskami o ustanowienie służebności przesyłu, które zawisły przed sądami powszechnymi miarodajnie oddaje liczba orzeczeń wydanych w tych sprawach przez Sąd Najwyższy. Wykładnia przepisów przyjęta przez naczelny organ władzy sądowniczej budzi jednak istotne wątpliwości konstytucyjne. Pojawiające się kontrowersje sprawiły, że w ostatnim czasie do Trybunału Konstytucyjnego skierowane zostały trzy pytania prawne dotyczące tematyki służebności przesyłu. Pytania te stanowią przyczynek do dyskusji nad zgodnością przyjętych rozwiązań z zasadami konstytucyjnymi, w szczególności z systemem ochrony praw i wolności.

W pracy tej autorzy rozważają kwestię konstytucyjności zagadnień związanych ze służebnością przesyłu. Największe wątpliwości konstytucyjne wywołują: konstrukcja służebności gruntowej o treści służebności przesyłu, możliwość jej zasiadywania, a także zaliczanie biegu zasiedzenia służebności gruntowej o treści służebności przesyłu w zakres zasiedzenia służebności przesyłu. Niniejsza praca zawiera analizę rozwoju prawodawstwa zakończonego nowelizacją Kodeksu cywilnego wprowadzającą instytucję służebności przesyłu. Rozważania dotyczą też linii orzeczniczej Sądu Najwyższego oraz kwestii pytań prawnych kierowanych do Trybunału Konstytucyjnego. Opis procesu prawodawczego został uzupełniony o rys historyczny związany z budową urządzeń przesyłowych w Polsce, a także instrumentów prawnych pozwalających na wywłaszczenie właścicieli nieruchomości w okresie Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej.

1 Dz.U. 2008 nr 116 poz. 731.

Powyższe rozważania stanowią tło analizy orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, który rozpoznając pytania prawne Sądu Okręgowego we Wrocławiu² oraz Sądu Rejonowego w Grudziądzu³, postanowił umorzyć postępowania ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku. Autorzy poprzez interpretację pytań prawnych sądów oraz stanowiska Trybunału Konstytucyjnego odtwarzają przesłanki będące podstawą rozstrzygnięć oraz rozważają możliwość wydania orzeczenia zakresowego.

Poruszany w pracy problem prawny wydaje się szczególnie aktualny w kontekście kolejnego pytania prawnego skierowanego przez Sąd Rejonowy w Grudziądzu do Trybunału Konstytucyjnego w kwietniu 2016 r. Pytanie prawne dotyczy zasady nabycia w drodze zasiedzenia służebności gruntowej odpowiadającej treści służebności przesyłu przez przedsiębiorcę przesyłowego lub Skarb Państwa. Rozpatrywane wraz z wcześniejszym pytaniem zadany przez ten sam sąd rozpoznawane jest pod wspólną sygnaturą P 10/16, natomiast na dzień zakończenia prac nad artykułem data rozprawy w przedmiotowej sprawie nie została jeszcze wyznaczona.

Należy przede wszystkim zauważyć, że sądy kierujące pytania prawne rozważają niezgodność rozumienia przepisów wskazanych w pytaniach nie tylko z Konstytucją RP, ale także międzynarodowym prawem obowiązującym Polskę w kontekście przyjętych standardów ochrony praw człowieka. Zagadnienie to, niezwykle istotne, z uwagi na złożoność problemu i oddzielną problematykę nie mieści się jednak w ramach niniejszej pracy, stąd rozważania na jego temat nie zostały do niej włączone, a ono samo jest jedynie sygnalizowane.

Służebność przesyłu w polskim systemie prawnym

W pierwszej kolejności zostanie przedstawiona geneza oraz najważniejsze orzeczenia związane z tematem artykułu. W analizowanych w niniejszej pracy zapytaniach prawnych sądy oczekiwały od Trybunału Konstytucyjnego odpowiedzi na temat zgodności z Konstytucją przyjętej przez Sąd Najwyższy interpretacji przepisów dotyczących służebności przesyłu oraz zasiedzenia służebności. Należy więc przede wszystkim przedstawić genezę instytucji służebności przesyłu w polskim prawie cywilnym.

Instytucja ta jest bezpośrednio związana z faktem pobudowania urządzeń przesyłowych. Główne trasy instalacji tego typu, m.in. linie elektroenergetyczne, powstały w trakcie prac związanych z akcjami odbudowy miast oraz wsi po II wojnie światowej. Większość linii doprowadzających energię elektryczną czy gaz i wodę na tereny wiejskie powstawała w okresie „wielkiej elektryfikacji” – w latach 60. i później⁴. Niestety w wa-

2 Postanowienie TK z dnia 17 lipca 2014 r., sygn. akt P 28/13.

3 Postanowienie TK z dnia 14 lipca 2015 r., sygn. akt P 47/13.

4 *Ibidem*; także postanowienia SR w Grudziądzu z dnia 9 października 2013 r., sygn. akt I Ns 638/13, s. 6.

runkach realnego socjalizmu, planując usytuowanie sieci przesyłowych, nie zadawano sobie trudu, by dostosować ich trasę do potrzeb właścicieli gruntów, przez które miały przebiegać. Taki stan rzeczy, pomimo szkód wyrządzonych obywatelom, nie spotkał się z protestami – ówczesne procedury chroniły własność w stopniu o wiele niższym niż ma to miejsce obecnie, niższe były także ceny nieruchomości, a społeczeństwo dostrzegało potrzebę dostarczenia energii czy bieżącej wody i gazu do zamieszkanym terenów, które były ich pozbawione⁵. Stąd w niektórych przypadkach instalacje budowano w sposób uciążliwy dla właścicieli, znacznie ograniczając możliwość korzystania z nieruchomości. Na grunty prywatne wkraczano oraz sytuowano urządzenia przesyłowe bez tytułu prawnego oraz zgody właścicieli. P. Lewandowski szacuje liczbę instalacji przesyłowych posadowionych bezprawnie na ok. 40%⁶. Należy wskazać, że istniały środki prawne, głównie o charakterze administracyjnym, umożliwiające legalne zajmowanie nieruchomości na potrzeby posadowienia urządzeń przesyłowych. W przypadkach posadawiania najbardziej uciążliwych instalacji można było wydawać decyzje o wywłaszczeniu lub wywłaszczeniu częściowym na podstawie art. 35 ustawy o zasadach i trybie wywłaszczania nieruchomości z dnia 12 marca 1958 r.⁷ (dalej u.z.t.w.n.).

W związku z ukształtowaniem się po 1990 r. systemu gwarancji praw obywatelskich, w tym praw majątkowych, właściciele nieruchomości, na których posadowione zostały urządzenia przesyłowe zaczęli występować z roszczeniami wynikającymi z faktu ograniczania ich prawa własności.

Zgłaszane roszczenia wynikały z braku odpowiedniej rekompensaty dla właścicieli nieruchomości w przypadku ich budowy bez ważnej decyzji wydanej na podstawie art. 35 u.z.t.w.n. W przypadku gdy usytuowanie urządzeń odbywało się na podstawie wskazanej decyzji, zgodnie z art. 36 u.z.t.w.n. wywłaszczany właściciel miał prawo zwrócić się z żądaniem wypłacenia odszkodowania. Jeżeli prezydium powiatowej rady narodowej uznało takie odszkodowanie za zasadne, jego wartość liczył państwowy biegły, z czym związane były liczne nadużycia oraz zaniżanie należnego odszkodowania⁸.

Jednak, jak nadmieniono wyżej, posadawiając urządzenia przesyłowe, często nie korzystano z dostępnych środków prawnych. Konsekwencją takiego postępowania było to, że przedsiębiorstwa przesyłowe jako profesjonalne podmioty obrotu cywilnoprawnego działały na własne ryzyko i szkodę⁹. Niewystąpienie o przedmiotowe decyzje czy też niesprostanie obowiązкови przechowywania ich w archiwum może także świadczyć o niedołożeniu należytej staranności.

5 *Ibidem*, s. 114–116.

6 P. Lewandowski, *Sluzebność przesyłu w prawie polskim*, Warszawa 2014, s. 50.

7 Dz.U. 1958 nr 17 poz. 70.

8 T. Radziwiłski, *Wynagrodzenia za korzystanie z nieruchomości obciążonej po zasiedzeniu sluzebności przesyłu*, „Rejent” 2011, nr 10, s. 132.

9 J. Wszolek, *Zasiedzenie sluzebności przesyłu*, „Rejent” 2012, nr 1, s. 119.

Właściciele nieruchomości, na których posadowione zostały urządzenia przesyłowe, wysuwali różnego rodzaju żądania. Droga powództwa negatoryjnego usiłowano doprowadzić do usunięcia instalacji z nieruchomości, występowano także z powództwem o zapłatę odszkodowania za bezumowne korzystanie z gruntu. Z problemami borykali się także przedsiębiorca, którym właściciele zakazywali wstępu na nieruchomość. Stąd w celu przeprowadzenia niezbędnych prac konserwacyjnych lub modernizacyjnych zabiegali oni o uzyskanie stosownego tytułu prawnego. W celu prawnego uregulowania sytuacji faktycznego współkorzystania z gruntu sięgano po umowy obligacyjne oraz instytucję służebności gruntowej.

Przy ustanawianiu służebności gruntowej na potrzeby eksploatacji sieci przesyłowych pojawił się zasadniczy problem. Zgodnie z art. 285 § 2 k.c. „służebność gruntowa może mieć jedynie na celu zwiększenie użyteczności nieruchomości władnącej lub jej oznaczonej części”. W opinii wielu w myśl przytoczonego przepisu nie sposób było ustanowić służebności gruntowej na potrzeby przedsiębiorców przesyłowych. Ustanawiając bowiem służebność na rzecz przedsiębiorcy przesyłowego, dokonuje się zwiększenia użyteczności, ale całego przedsiębiorstwa, natomiast nie jest możliwe wykazanie zwiększenia użyteczności konkretnej nieruchomości gruntowej. Aby sieć przesyłowa była użyteczna – spełniała swoje zadanie, musiała faktycznie być nośnikiem danego przedmiotu przesyłu – energii elektrycznej, wody, gazu. Jest to możliwe jedynie wtedy, gdy sieć ma dostateczną długość, czego w Polsce nie można osiągnąć bez wkraczania na nieruchomość stanowiącą własność prywatną. Zależność ta pozostaje jednak bez związku z wartością samej nieruchomości, którą można byłoby określić jako władnącą. Wszak to, czy dane urządzenia są czynne, nie ma wpływu na użyteczność (rozumianą jako wartość) nieruchomości władnącej – w tym przypadku nieruchomość, na której znajdują się instalacje inicjujące przesył w ramach sieci.

Interpretacja przytoczonego przepisu okazała się na tyle ważnym zagadnieniem prawnym, że została dookreślona w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 stycznia 2003 r.¹⁰ Sąd Najwyższy stwierdził, że ustanowienie takiej służebności zwiększy użyteczność całego przedsiębiorstwa. Jako że przedsiębiorstwo przesyłowe stanowi zorganizowany zespół składników, zwiększenie użyteczności całego przedsiębiorstwa będzie równoznaczne ze zwiększeniem użyteczności poszczególnych jego składników, a co za tym idzie – także nieruchomości wskazanej jako władnąca.

Orzeczenie to było szeroko komentowane przez doktrynę¹¹. Pojawiły się opinie przychylnie orzeczeniu – głównie z uwagi na pragmatyczną wartość wniosków z niego wyni-

10 Uchwała SN z dnia 17 stycznia 2003 r., sygn. akt III CZP 79/02.

11 E. Gniewek, *Glosa do uchwały SN z dnia 17 stycznia 2003 r., III CZP 79/02*, „Rejent” 2003, nr 5, s. 149; G. Bieniek, *Glosa do uchwały SN z dnia 17 stycznia 2003 r., III CZP 79/02*, „Rejent” 2003, nr 3, s. 122; M. Balwicka-Szczyrba, *Glosa do uchwały SN z dnia 7 października 2008 r., III CZP 89/08*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa”.

kających. Jednak niektórzy przedstawiciele doktryny krytycznie odnieśli się do orzeczenia. Wskazali, że argumentacja odchodzi od dotychczasowego rozumienia służebności gruntowej. Zarzut stanowiło także pominięcie wniosków wynikających z literalnej wykładni przepisu zawartego w art. 285 § 2 k.c.

Wskazane orzeczenie stanowiło asumpt dla Sądu Najwyższego do rozważań zawartych w postanowieniu wydanym 8 września 2006 r. w sprawie o sygn. akt II CSK 112/06. Powołując się na analizowane orzeczenie, Sąd Najwyższy stwierdził, że istniała możliwość zasiadywania służebności gruntowej ustanowionej na rzecz przedsiębiorcy przesyłowego – powielając argumentację dotyczącą samej kwestii zwiększenia użyteczności nieruchomości władnącej. Powyższe orzeczenia zostały przytoczone, gdyż to treść orzeczeń Sądu Najwyższego została wskazana w analizowanych w niniejszej pracy pytaniach prawnych do Trybunału Konstytucyjnego jako prawdopodobnie niezgodne z Konstytucją rozumienie przepisów Kodeksu cywilnego.

Institucję służebności przesyłu wprowadzono do polskiego systemu prawnego ustawą z dnia 30 maja 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw¹². Nowelizacja ta wywołała ożywioną dyskusję w doktrynie. Podstawową kwestią, która wymagała rozstrzygnięcia, okazała się kwalifikacja wprowadzonych przepisów. G. Bieniek uznał, że służebność przesyłu należy uznać za rodzaj służebności gruntowej. Odmienne stanowisko zajął B. Rakoczy, według którego służebność przesyłu to odrębna instytucja – trzeci rodzaj służebności. Biorąc pod uwagę wszystkie wyrażone w przedmiotowej sprawie poglądy, należy uznać, że służebność przesyłu jest odrębną instytucją prawną – najmłodszą ze służebności, których katalog znajduje się w Kodeksie cywilnym¹³. Za przeważającym w doktrynie stanowiskiem przemawia przede wszystkim odrębna konstrukcja prawna instytucji¹⁴ oraz przepis zawarty w art. 305⁴ k.c., który stanowi, że przepisy dotyczące służebności gruntowych stosuje się odpowiednio do służebności przesyłu, wskazując, że rozpatrywane są dwie oddzielne instytucje.

Istotnym mankamentem nowelizacji był brak przepisów intertemporalnych. Wprowadzona do Kodeksu cywilnego instytucja reguluje przede wszystkim stany faktyczne trwające wiele lat, mające początek w okresie Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Brak takiej regulacji skutkowało tym, że sprawy dotyczące służebności przesyłu znajdowały rozstrzygnięcie dopiero przed Sądem Najwyższym, który bardzo szeroko i niejednokrotnie kontrowersyjnie¹⁵ wskazywał, w jaki sposób należy rozumieć przepisy o służebności przesyłu. Najbardziej znaczące w kontekście rozpatrywanego problemu orzeczenie zawarte zostało w uchwale Sądu Najwyższego z 7 października 2008 r., wydanej w sprawie

12 Dz.U. 2008 nr 116 poz. 731.

13 A. Korusiewicz, *Zasiedzenie służebności – aspekty przedmiotowe*, „Rejent” 2012, nr 11, s. 51.

14 J. Pokrzywniak, *Kluczowe dylematy związane z regulacją służebności przesyłu*, „Rejent” 2010, nr 4, s. 89.

15 Szerzej: J. Wszolek, *op. cit.*

o sygn. akt III CZP 89/08. Sąd Najwyższy stwierdził w nim: „Przed ustawowym uregulowaniem służebności przesyłu (art. 305¹–305⁴ k.c.) dopuszczalne było nabycie w drodze zasiedzenia służebności odpowiadającej treści służebności przesyłu na rzecz przedsiębiorstwa”. Powyższe stwierdzenie jest *de facto* wykreowaniem instytucji nieznannej dotąd prawu cywilnemu – służebności gruntowej o treści służebności przesyłu. Ponadto Sąd Najwyższy dopuścił możliwość zasiadywania tego prawa. Przedmiotowe tezy wywołały liczne spory w doktrynie oraz zaważyły na treści orzeczeń wielu sądów powszechnych. Wszystkie przywołane orzeczenia wskazywane były także w pytaniach prawnych do Trybunału Konstytucyjnego analizowanych w niniejszej pracy.

Zakończone postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym

Sąd Okręgowy we Wrocławiu oraz Sąd Rejonowy w Grudziądzu we wskazanych powyżej pytaniach prawnych¹⁶ przedstawiły wątpliwości powstałe w zakresie przyjętej interpretacji przepisów umożliwiających zasiedzenie służebności gruntowej o treści służebności przesyłu. Pierwsze z pytań, skierowane do Trybunału Konstytucyjnego¹⁷ postanowieniem z 6 marca 2013 r., a skorygowane postanowieniem z 26 kwietnia 2013 r., dotyczyło zgodności art. 292 k.c. w zw. z art. 172 § 2 k.c. oraz art. 385 § 2 k.c. w zakresie, w jakim stanowią podstawę prawną nabycia służebności gruntowej odpowiadającej treści służebności przesyłu na rzecz przedsiębiorstwa przesyłowego z następującymi przepisami Konstytucji RP – art. 64 ust. 3 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 64 ust. 2 w zw. z art. 32 ust. 1, art. 21 ust. 1 oraz art. 2¹⁸. Sąd Okręgowy we Wrocławiu zawarł także w pytaniu rozważania na temat zgodności wskazanych przepisów Kodeksu cywilnego z obowiązującym Rzeczpospolitą Polską prawem międzynarodowym – art. 1 protokołu nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹⁹.

W pytaniu SO we Wrocławiu przedstawił stan faktyczny sprawy zawisłej przed Sądem Rejonowym w Trzebnicy. W przedmiotowym postępowaniu sąd pierwszej instancji oddalił wniosek właściciela nieruchomości o ustanowienie służebności przesyłu na rzecz przedsiębiorcy przesyłowego z uwagi na fakt, że uczestnik postępowania przedstawił w toku sprawy zarzut zasiedzenia służebności gruntowej o treści służebności przesyłu. Od powyższego postanowienia wnioskodawca złożył apelację do sądu drugiej instancji, który wniósł pytanie prawne do Trybunału Konstytucyjnego. Analiza podstawy prawnej rzeczzonego zarzutu zasiedzenia wiązała się z licznymi wątpliwościami sądu okręgowego-

16 Postanowienia SR w Grudziądzu z dnia 9 października 2013 r., sygn. akt I Ns 638/13, oraz z dnia 1 kwietnia 2016 r., sygn. akt I Ns 1843/15; postanowienie SO we Wrocławiu z dnia 26 kwietnia 2013 r., sygn. akt II Ca 1372/12.

17 Sprawa zawisła przed Trybunałem Konstytucyjnym pod sygn. akt P 28/13.

18 Postanowienie SO we Wrocławiu z dnia 26 kwietnia 2013 r., sygn. akt II Ca 1372/12.

19 Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284.

go. Wykładnia zaproponowana przez przedsiębiorcę przesyłowego była ugruntowana w jednolitej, zdaniem sądu kierującego pytanie prawne, linii orzeczniczej Sądu Najwyższego. Stąd przepisy w rozumieniu wskazanym przez przedsiębiorcę przesyłowego stały się treścią pytania prawnego.

Sąd kierujący pytanie prawne przedstawił proces stanowienia prawa oraz rozwoju judykatury w zakresie służebności przesyłu. W pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że ustawa wprowadzająca służebność przesyłu do Kodeksu cywilnego nie zawierała przepisów intertemporalnych, w związku z czym instytucja służebności przesyłu, zgodnie z zasadą *lex retro non agit*, mogła być stosowana jedynie od dnia wejścia ustawy w życie, tj. od 3 sierpnia 2008 r. Następnie tłumacząc pojawienie się terminu „służebności gruntowej o treści służebności przesyłu”, sąd wskazał na orzecznictwo Sądu Najwyższego, w którym wyinterpretowano wskazaną instytucję²⁰. Sąd Okręgowy, reasumując rozważania na temat orzecznictwa, stwierdził, że:

[...] przyjęta przez judykaturę wykładnia funkcjonalna przepisów art. 292 k.c. w zw. z art. 72 § 1 i art. 285 § 1 i 2 k.c. dopuszczająca nabycie w drodze zasiedzenia przed dniem 3 sierpnia 2008 r. służebności gruntowej odpowiadającej treści służebności przesyłu na rzecz przedsiębiorstwa przesyłowego w znacznym zakresie modyfikuje treść klasycznej służebności gruntowej, którą *de iure* musi pozostać. Podkreślenia wymaga, że wykładnia prawa nie powinna mieć charakteru prawotwórczego tj. nie powinna pod pozorem interpretacji tworzyć nowych norm, stąd powinna się ona mieścić w ramach dopuszczalnego znaczenia językowego²¹.

Co warte zauważenia, podkreślił też:

[...] ostatecznie należy uznać, że wyżej opisany sposób wykładni przepisów prawa określonych w pytaniu prawnym może pozostawać (pozostaje) w sprzeczności z przepisami konstytucji RP oraz przepisem art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, które dotyczą ochrony prawa własności²².

Następnie sąd przedstawia rozważania, których konkluzją jest stwierdzenie, że w rozpatrywanym przypadku prawo własności obywateli zostało ograniczone w sposób nie-

20 Wskazano następujące orzeczenia: uchwała SN z dnia 7 października 2008 r., sygn. akt III CZP 89/08; wyrok SN z dnia 12 grudnia 2008 r., sygn. akt II CSK 389/08; postanowienie SN z dnia 13 października 2011 r., sygn. akt V CSK 502/10; postanowienie SN z dnia 6 lipca 2011 r., sygn. akt I CSK 157/11.

21 Postanowienie SO we Wrocławiu z dnia 26 kwietnia 2013 r., sygn. akt II Ca 1372/12, s. 6–7.

22 *Ibidem*.

przejrzysty, niejawnny, a także sprzeczny z pojęciem sprawiedliwości społecznej – inaczej niż gdyby było efektem prawidłowo przeprowadzonego procesu legislacyjnego oraz w zamian za stosowny ekwiwalent rekompensujący ograniczenie prawa zagwarantowanego konstytucyjnie. Należy także odnotować istotną opinię sądu, który określił ochronę właściciela przed wprowadzeniem do Kodeksu cywilnego regulacji o służebności przesyłu jako „iluzoryczną”. W kontekście postawionej tezy rozumienie przepisów stanowiących treść pytania prawnego sąd określił jako naruszające zaufanie obywatela do państwa. Z takim zdaniem należy się zgodzić, gdyż w przypadku współkorzystania z nieruchomości przez przedsiębiorcę przesyłowego przed wprowadzeniem do systemu prawa polskiego służebności przesyłu można mówić o swoistej pułapce prawnej. Obywatel nie mógł wiedzieć ani przewidzieć, nawet przy zachowaniu najwyższej staranności, że biegnie przeciwko niemu termin zasiedzenia, oraz nie dysponował środkami prawnymi, aby przedmiotowy bieg przerwać.

Trybunał Konstytucyjny odniósł się do zadanego pytania prawnego w postanowieniu z dnia 17 lipca 2014 r.²³ Podjął on ostatecznie decyzję o umorzeniu postępowania ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku, jednak tezy zawarte w uzasadnieniu postanowienia z uwagi na ich kluczowe znaczenie dla rozpatrywanego problemu zasługują na przytoczenie. Należy także zaznaczyć, że zarówno Marszałek Sejmu, jak i Prokurator Generalny wnieśli o umorzenie postępowania w przedmiotowej sprawie z uwagi na niedopuszczalność wydania wyroku. Jako uzasadnienie wniosków wskazali, że pytanie prawne nie spełnia przesłanek przedmiotowej i funkcjonalnej – gdyż pytanie to zarzut dotyczący błędnej wykładni prawa oraz ukryty wniosek o dokonanie przez Trybunał Konstytucyjny wiążącej interpretacji kwestionowanych przepisów.

Trybunał Konstytucyjny przychylił się do zdania Prokuratora Generalnego oraz Marszałka Sejmu, w uzasadnieniu powziętej decyzji stwierdzając:

Sąd pytający nie ma wątpliwości co do konstytucyjności wskazanych przepisów, kwestionuje bowiem w sposób jednoznaczny wyłącznie ich interpretację sądową, opisaną zakresowo w petitum pytania prawnego²⁴.

Jednak głównym powodem stwierdzenia, że wydanie wyroku w przedmiotowej sprawie jest niedopuszczalne, było stwierdzenie przez Trybunał braku jednolitej wykładni Sądu Najwyższego. Jak stwierdzono w uzasadnieniu, Trybunał Konstytucyjny nie pełni funkcji *superinstancji*, która weryfikuje ostateczne orzeczenia sądowe oraz administracji publicznej²⁵. Należy jednak odnotować ważną tezę zawartą w orzeczeniu:

23 Postanowienie TK z dnia 17 lipca 2014 r., sygn. akt P 28/13.

24 *Ibidem*, s. 6.

25 *Ibidem*.

[...] w orzecznictwie TK dopuszcza się, przy obwarowaniu licznymi warunkami, możliwość oceny konstytucyjności treści normatywnych nadanych przepisowi prawa przez praktykę jego stosowania. W orzecznictwie TK przyjmuje się, że „jeżeli określony sposób rozumienia przepisu ustawy utrwalił się już w sposób oczywisty, a zwłaszcza jeśli znalazł jednoznaczny i autorytatywny wyraz w orzecznictwie Sądu Najwyższego bądź Naczelnego Sądu Administracyjnego, to należy uznać, że przepis ten – w praktyce swego stosowania – nabrał taką właśnie treść, jaką odnalazły w nim najwyższe instancje sądowe naszego kraju”²⁶.

Trybunał Konstytucyjny przyznał też, że służebność gruntowa o treści służebności przesyłu oraz możliwość jej zasiedzenia zostały wykreowane przez Sąd Najwyższy. Dopatrzone się jednak, że dotychczas jednolita wykładnia została przerwana przez uchwałę 7 Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 8 kwietnia 2014 r.²⁷, w wyniku czego „Tribunał Konstytucyjny [...] uznał, że nie ma bezspornie jednolitej praktyki stosowania prawa, która nadała kwestionowanym przepisom jednoznaczne treści tak, jakby uczynił to sam ustawodawca”²⁸. Powyższy argument, który zaważył na decyzji w przedmiotowej sprawie wydaje się jednak kontrowersyjny. Teza wskazanej przez Trybunał uchwały brzmiała: „Wykonywanie uprawnień w zakresie wynikającym z decyzji wydanej na podstawie art. 35 ust. 1 i 2 uz.t.w.n. stanowiącej tytuł prawny do ich wykonywania, nie prowadzi do nabycia przez zasiedzenie służebności gruntowej odpowiadającej treści służebności przesyłu”. W kontekście przedstawionych w niniejszej pracy rozważań dotyczących wykonywania decyzji wywłaszczeniowej nie sposób nie zgodzić się z tezą Sądu Najwyższego.

Podobną do wspomnianego pytania prawnego treść miały pytania skierowane przez Sąd Rejonowy w Grudziądzu. Pierwsze z nich, zawarte w postanowieniu z 9 października 2013 r.²⁹, jest utrzymane w podobnym tonie oraz nawiązuje do pytania Sądu Okręgowego we Wrocławiu. Zawiera również szczegółową krytykę linii orzeczniczej Sądu Najwyższego. Ważne twierdzenie Sąd Rejonowy przedstawił natomiast, oceniając reperkusje przytoczonego orzecznictwa:

Na kanwie takiego orzecznictwa zakłady energetyczne lawinowo wnoszą o stwierdzenie zasiedzenia służebności gruntowych o treści odpowiadającej służebności przesyłu, związanych z liniami energetycznymi budowanymi po II wojnie światowej, w poprzednim systemie ustrojowym, w ramach obrony przed roszczeniami

²⁶ *Ibidem*, s. 6 wraz ze wskazanym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego.

²⁷ Uchwała SN 7 sędziów z dnia 8 kwietnia 2014 r., sygn. akt III CZP 87/13.

²⁸ Postanowienie TK z dnia 17 lipca 2014 r., sygn. akt P 28/13, s. 8.

²⁹ Postanowienie SR w Grudziądzu z dnia 9 października 2013 r., sygn. akt I Ns 638/13.

właściciele nieruchomości, domagającymi się wynagrodzeń za korzystanie z tych nieruchomości³⁰.

Cytowany fragment wskazuje, jak ważką społecznie sprawą są roszczenia właścicieli gruntów w kontekście faktu współkorzystania z ich gruntów przez przedsiębiorców przesyłowych. Konkluzją rzeczonoego pytania prawnego jest natomiast stwierdzenie, że tak ukształtowana linia orzecznicza nie może być akceptowana w świetle konstytucyjnej ochrony prawa własności. Trybunał Konstytucyjny po rozpoznaniu pytania prawnego postanowił ponownie umorzyć postępowanie ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku. Uzasadniając tę decyzję, dobitnie wskazał:

Trybunał Konstytucyjny, zestawiając uzasadnienie pytania prawnego z analizą orzecznictwa Sądu Najwyższego, stwierdził, że pytanie prawne w istocie jest skierowane przeciwko procesowi wykładni, a nadto wykładnia, co do której sąd powziął wątpliwości, dotyczy szeregu zagadnień szczegółowych, nasuwających się na tle różnych stanów faktycznych³¹.

Ponownie wskazał też na niespełnienie przez pytanie prawne przesłanek przedmiotowej i funkcjonalnej³².

Sprawa zawisła przed Trybunałem – pytanie prawne P 10/16

Najnowsze pytanie prawne Sądu Rejonowego w Grudziądzu z dnia 1 kwietnia 2016 r.³³ uwzględniło postanowienie zapadłe w sprawie zainicjowanej pytaniem prawnym SO we Wrocławiu – w treści pytania wskazano, że dotyczy ono przepisów art. 292 k.c. „stosowany w związku z art. 285 § 1 i 2 k.c., rozumiany w ten sposób, że umożliwiał nabycie przed wejściem w życie art. 305 1–305 4 k.c. w drodze zasiedzenia służebności gruntowej odpowiadającej treści służebności przesyłu przez przedsiębiorcę przesyłowego lub Skarb Państwa, w sytuacji, w której nie wydano decyzji na podstawie art. 35 ust. 1 u.z.t.w.n.”³⁴ W ten sposób sąd kierujący pytaniem chciał uniknąć decyzji o umorzeniu postępowania, podjętej analogicznie jak w obu omawianych wyżej sprawach. W uzasadnieniu decyzji o skierowaniu pytania do Trybunału Konstytucyjnego dokładnie przedstawiony został

³⁰ *Ibidem*, s. 5–6.

³¹ Postanowienie TK z dnia 9 października 2013 r., sygn. akt P 47/13.

³² *Ibidem*.

³³ Postanowienie SR w Grudziądzu z dnia 1 kwietnia 2016 r., sygn. akt I Ns 1843/15.

³⁴ *Ibidem*.

rozwój orzecznictwa ze wskazaniem na prawotwórczy charakter wykładni oraz jednolite przyjmowanie przez sądy powszechne interpretacji, którą posłużył się Sąd Najwyższy. Odniósł się on także do faktu umorzenia postępowania w dwóch poprzednich sprawach, w których pytania prawne dotyczyły przepisów regulujących służebność przesyłu. Argumentacja zamieszczona w wydanym postanowieniu w sposób kompleksowy podsumowała spór dotyczący służebności gruntowej o treści przesyłu – sąd pytający po kolei podaje w wątpliwość proces wykładni Sądu Najwyższego, możliwość złamania przez niego zasady *numerus clausus* ograniczonych praw rzeczowych, niezgodność takiego rozumienia poszczególnych przepisów z poszczególnymi zasadami oraz przepisami Konstytucji RP oraz przedstawia wpływ, jaki na orzeczenie w sprawie, która stała się kanwą pytania prawnego, będzie miało orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego. Trybunał nie wydał jeszcze orzeczenia w rzeczonyj sprawie – została zarejestrowana ona pod sygnaturą P 10/16.

Rozważając możliwe postępowanie Trybunału we wskazanej sprawie, w pierwszej kolejności można postawić pytanie, czy jej rozpatrzenie merytoryczne jest dopuszczalne. Dość prawdopodobne jest odrzucenie przez Trybunał pytania prawnego jako niedopuszczalnego, podobnie jak w poprzednich sprawach, z powodu stwierdzenia braku przesłanki przedmiotowej. Jest to jednak stanowisko, z którym można polemizować. Wątpliwości budzi uznanie przez Trybunał w wyrokach braku jednolitej wykładni. Uchwała Sądu Najwyższego z 8 kwietnia 2014 r., wskazana w sprawie P 28/13, rozróżnia współkorzystanie z nieruchomości, na której posadowione zostały urządzenia przesyłowe przez przedsiębiorcę przesyłowego, wynikające z decyzji administracyjnej z domniemanym posiadaniem służebności gruntowej o treści służebności przesyłu (z uwagi na brak *animus* po stronie przedsiębiorcy – nie mógł wszak wyrażać chęci zachowania dla siebie prawa, które nie obowiązywało). Teza ta nie przeczy dotychczasowej wykładni Sądu Najwyższego, gdyż pytanie skierowane przez Sąd Okręgowy we Wrocławiu dotyczyło rozumienia przepisów prawa cywilnego w zakresie możliwości zasiadywania służebności gruntowej o treści służebności przesyłu. W tym kontekście rozróżnienie posiadania wynikającego z tytułu prawnego w postaci decyzji administracyjnej z posiadaniem prowadzącym do zasiedzenia nie stanowi przykładu wykładni, która przerywa jednolite orzecznictwo Sądu Najwyższego.

Ponadto wydaje się, że we wskazanym przypadku Trybunał mógłby wydać wyrok zakresowy. W tej sytuacji nie orzekałby wobec normy prawnej wytworzonej w wyniku wykładni, lecz o przepisach, na podstawie których Sąd Najwyższy dopuścił funkcjonowanie służebności gruntowej o treści służebności przesyłu oraz zasiadywanie służebności przesyłu przed jej ustanowieniem.

W orzeczeniu zakresowym Trybunał Konstytucyjny stwierdza zgodność przepisu z konstytucją, gdy wobec wielu możliwych dróg interpretacji tylko jedna może zostać

uznana za zgodną z konstytucją³⁵. Niedawnym przykładem orzeczenia był wyrok z dnia 3 grudnia 2015 r. (sygn. akt K 34/15) w sprawie wniosku o zbadanie zgodności z konstytucją ustawy o Trybunale Konstytucyjnym z dnia 25 czerwca 2015 r., w którym Trybunał uznał, że art. 21 ust. 1 badanej ustawy, rozumiany w sposób inny niż przewidujący obowiązek prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej niezwłocznego odebrania ślubowania od sędziego Trybunału wybranego przez Sejm, jest niezgodny z art. 194 ust. 1 konstytucji. Istotne dla orzeczeń tego typu jest rozróżnienie oceny przepisu od oceny normy. Orzeczenie zakresowe podejmowane jest w przypadku, gdy istnieją drogi wykładni prowadzące do wyinterpretowania z przepisu odmiennych norm, które stosowane są przez organy państwa. W orzeczeniu zakresowym Trybunał stwierdza niezgodność z konstytucją przepisu w każdym innym rozumieniu niż wskazane przez Trybunał.

W odniesieniu do służebności gruntowej o treści służebności przesyłu Trybunał mógłby oceniać konstytucyjność przepisów rozumianych w ten sposób, że dopuszczają możliwość wyinterpretowania z nich tego rodzaju konstrukcji. W odniesieniu do służebności przesyłu Trybunał powinien ocenić konstytucyjność normy dopuszczającej zasiadanie instytucji powstałej w wyniku pawotwórczej wykładni oraz charakteryzującej się cechami instytucji wprowadzonej do polskiego systemu dopiero nowelizacją Kodeksu cywilnego z 30 maja 2008 r.

Pierwszym zagadnieniem, którego konstytucyjność można podać w wątpliwość, jest wyinterpretowanie służebności gruntowej o treści służebności przesyłu, zarówno w zakresie procedury jej ustanowienia, jak i samej konstrukcji. Elementem tego problemu są zarówno sama konstrukcja, jako ograniczenie prawa własności, jak i sposób jej ustanowienia. Konstrukcja służebności gruntowej o treści służebności przesyłu budzi istotne wątpliwości związane z niespełnieniem definicji służebności gruntowej z przepisu art. 285 § 2 k.c. Sąd Najwyższy w uchwale z 7 października 2008 r. wykreował instytucję służebności gruntowej o treści służebności przesyłu³⁶. Nastąpiło to już po wprowadzeniu do Kodeksu cywilnego instytucji służebności przesyłu – Sąd Najwyższy, łącząc cechy dwóch typów służebności znanych prawu polskiemu, stworzył „konstrukcję hybrydową”³⁷. W efekcie tego nastąpiło ustanowienie nowego ograniczonego prawa rzeczowego w sposób przełamujący zasadę *numerus clausus* ograniczonych praw rzeczowych.

Jak wskazano wcześniej, Sąd zastosował wykładnię prawotwórczą, tworzącą nowe ograniczone prawo rzeczowe, mimo obowiązującej w odniesieniu do nich zasady *numerus clausus* ograniczonych praw rzeczowych. Działanie takie w ramach zamkniętego katalogu źródeł prawa nie jest dopuszczalne. Polski system, należący do rodziny systemów prawa kontynentalnego, nie dopuszcza ustanawiania norm w drodze prawotwórczych orzeczeń organów sądowych. Musi to budzić sprzeciw szczególnie wtedy, gdy

35 Wyrok TK z dnia 8 maja 2000 r., sygn. akt SK 22/99.

36 Uchwała SN z dnia 7 października 2008 r., sygn. akt III CZP 89/08.

37 B. Rakoczy, *Zasiedzenie służebności przesyłu*, Warszawa 2014, s. 32–33.

ustanowiona norma stanowi ograniczenie jednego z konstytucyjnych chronionych praw i wolności, co jest drugim aspektem tego problemu.

Zgodnie z art. 64 ust. 3: „Własność może być ograniczona tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim nie narusza ona istoty prawa własności”. Należy jednak podkreślić, że nie jest to *lex specialis* względem warunków ograniczeń praw i wolności wskazanych w art. 31 ust. 3³⁸. W związku z tym wprowadzenie dodatkowych przesłanek ograniczeń własności w art. 64 nie wyłącza konieczności stosowania normy zawartej w przepisie art. 31 ust. 3³⁹. Wskazanie warunku wprowadzania ograniczeń wyłącznie w ustawie podkreśla wyłączość ustawy w zakresie ograniczeń własności i sprawia, że należy „do tej zasady podchodzić bardziej restrykcyjnie niż w przypadku pozostałych praw i wolności, gdzie dopuszczalne jest doprecyzowywanie ograniczeń w rozporządzeniu. W przypadku ochrony własności możliwość i tak wąskiej delegacji do doprecyzowania ograniczeń w rozporządzeniu jest ograniczona”. W art. 64 ust. 3 nie wskazano wartości, ze względu na które możliwe jest ograniczanie własności. W związku z tym możliwe jest to tylko ze względu na wartości wskazane w art. 31 ust. 3. Ograniczając własność, prawodawca musi uwzględnić zarówno wymogi zawarte w art. 64 ust. 3, jak i w art. 31 ust. 3. Ochrona własności wskazana jest nie tylko jako jeden z elementów systemu ochrony praw i wolności, ale także jako zasada ustrojowa w art. 21. Do elementów konstytucyjnego pojęcia prawa własności należą: możliwość korzystania, pobierania pożytków⁴⁰, a także zbycia przedmiotu własności⁴¹. Dopuszczalne ograniczenia nie mogą mieć charakteru ukrytego wywłaszczenia⁴².

Posadowienie urządzeń przesyłowych powoduje umniejszenie wartości nieruchomości, co obniża jej przydatność w kontekście możliwości zbycia. Zostaje właściwie wyłączona możliwość korzystania z własności na przestrzeni zajmowanej bezpośrednio przez urządzenie, a na przestrzeni tzw. pasa służebności, składającego się z pasa technologicznego i strefy ochronnej, możliwość ta zostaje w sposób istotny ograniczona: nie można tam posadzić jakichkolwiek zabudowań ani przeprowadzać nasadzeń większych krzewów i drzew. W przypadku gazociągów i rurociągów wiąże się to z zakazem utwardzania powierzchni, a zatem uniemożliwia budowę parkingu czy chodnika. W zależności od miejsca posadowienia urządzeń (środek, granica działki, na skos) właściciel spotyka utrudnienia w korzystaniu z nieruchomości zgodnie z jej przeznaczeniem – czy jest

38 Wyrok TK z dnia 12 stycznia 1999 r., sygn. akt P 2/98; wyrok TK z dnia 25 maja 1999 r., sygn. akt SK 9/98.

39 Wyrok TK z dnia 12 stycznia 1999 r., sygn. akt P 2/98.

40 Wyrok TK z dnia 11 maja 1999 r., sygn. akt K 13/98; wyrok TK z dnia 12 stycznia 2000 r., sygn. akt P 11/98; SK 9/98.

41 Wyrok TK z dnia 30 października 2001 r., sygn. akt K 33/00; wyrok TK z dnia 18 marca 2010 r., sygn. akt K8/08.

42 Wyrok TK z dnia 8 października 2007 r., sygn. akt K 20/07.

to działka zaklasyfikowana jako rolna, budowlana, czy inwestycyjna. Z posadowieniem urządzeń przesyłowych wiąże się także konieczność znoszenia wkraczania na teren nieruchomości pracowników przedsiębiorcy dokonujących modernizacji, konserwacji, naprawy awarii, również wjazdu ciężkiego sprzętu. Ponadto urządzenia mogą wywoływać negatywne skutki w rodzaju tworzenia pól magnetycznych, wywierających wpływ na zdrowie ludzi i zwierząt, oraz funkcjonowania różnorodnych urządzeń. Reasumując, występowanie na działce służebności przesyłu prowadzi do ograniczenia możliwości korzystania z własności. Posadowienie urządzeń przesyłowych powoduje także obniżenie wartości rynkowej działek. W tej sytuacji dopuszczenie przez Sąd Najwyższy zasiedzenia służebności gruntowej o treści służebności przesyłu trzeba rozpatrywać w kontekście ograniczenia prawa własności.

Należy postawić pytanie, czy ograniczenia wprowadzone *de facto* przez Sąd Najwyższy są dopuszczalne. Stanowienie służebności gruntowej o treści służebności przesyłu budzi wątpliwości już na etapie analizy przesłanki formalnej – ustawowego wymogu ograniczeń. Wątpliwe jest, by norma powstała w wyniku wykładni prawotwórczej Sądu Najwyższego ten wymóg spełniała. Ograniczenia muszą wynikać z wyraźnie sformułowanych przepisów ustawowych i zakazane jest opieranie ich na domniemaniu⁴³. Nie ulega wątpliwości, że w przypadku służebności przesyłu istnieje dobro publiczne uzasadniające takie ograniczenie. Dalej należy postawić pytanie o spełnienie testu proporcjonalności, a zatem: 1) kwestię efektywności ograniczeń – czy faktycznie regulacja prowadzi do zamierzonych skutków, 2) czy jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, 3) czy jej efekty są proporcjonalne do nałożonych ciężarów⁴⁴. Posadowienie urządzeń przesyłowych z pewnością spełnia wymóg 1) i 2) – posadowienie urządzeń przesyłowych faktycznie pozwala na przekazywanie energii elektrycznej, wody czy gazu innym gospodarstwom domowym, spełniając w ten sposób cel społeczny. Jest rozwiązaniem niezbędnym, jedynym dla realizacji zamierzonego celu. Wątpliwości powstają, gdy chodzi o proporcjonalność nakładów do obciążeń. Przepisy powinny być tak skonstruowane, by realizując cel regulacji, ograniczać prawa i wolności w sposób jak najmniej dotkliwy⁴⁵. Wprowadzenie konstrukcji służebności gruntowej o treści służebności przesyłu nie miało charakteru ustawowego. Ponadto ograniczenie, w wielu sytuacjach niedopuszczające możliwości uzyskania odszkodowania za utraconą wartość własności, wydaje się nadmierne. Ze względu na dopuszczenie wstecznego obowiązywania konstrukcja ta może prowadzić do ograniczenia własności przybierającego znamiona wyłączenia, w żaden sposób nierekompensowanego, podczas gdy zasadą jest odpłatność służebności.

43 Uchwała TK z dnia 2 marca 1994 r., sygn. akt W 3/93.

44 Wyrok TK z dnia 12 stycznia kwietnia 2000 r., P 11/98.

45 Wyrok TK z dnia 21 kwietnia 2004 r., sygn. akt K 33/03.

Drugim głównym problemem, do jakiego warto by odniósł się Trybunał Konstytucyjny, są zagadnienia związane z zasiedzeniem służebności gruntowej o treści służebności przesyłu. Zasiedzenie jest możliwe na prawach rzeczowych, wobec których obowiązuje zasada kodeksowego *numerus clausus*. Powstaje zatem pytanie, czy można zasiadywać prawo, które ustawodawca skonstruuje dopiero w przyszłości. Sąd Najwyższy, tworząc drogą wykładni „służebność gruntową o treści służebności przesyłu”, uniknął orzekania wprost o zasiedzeniu służebności przesyłu, co w sposób jawny godziłoby w zasadę zakazu retroaktywności norm prawnych. Zdaniem Trybunału, do zdarzeń ciągłych, które rozpoczęły się w przeszłości i trwają w momencie ustanowienia normy tylko w odniesieniu do tej ich części⁴⁶, która ma miejsce już po wprowadzeniu przepisu do systemu prawnego, można stosować prawo nowe. Przekładając to na analizowany przypadek, przepisy dotyczące służebności przesyłu – a więc w konsekwencji także możliwość jej zasiedzenia, która pojawia się w momencie, gdy dane prawo zaczyna obowiązywać w systemie prawnym – powinny być stosowane od chwili pojawienia się służebności przesyłu w systemie prawnym. Zarówno po stronie przedsiębiorcy, jak i właściciela występował brak świadomości zasiadywania służebności. Użycie w tym przypadku zasady *ignorantia iuris nocet* godziłoby w zasadę zaufania do państwa i stanowionego przez niego prawa – trudno wymagać od racjonalnego i dobrze poinformowanego podmiotu, co do którego przyjmujemy, że zna zamknięty system źródeł prawa w Polsce, by śledził wyroki organów sądowych, nawet Sądu Najwyższego, w oczekiwaniu, że może pojawić się norma mająca istotny wpływ na jego sytuację prawną. W szczególności zaś ograniczenie konstytucyjnego prawa w sposób, który budzi wątpliwości co do zgodności z zasadą *lex retro non agit* nie wydaje się właściwe. Szczególnego znaczenia nabiera tu historyczny kontekst ochrony własności. Podkreślenie znaczenia własności dla ustroju Rzeczypospolitej Polskiej, a także wskazanie jej jako jednego z filarów ustroju gospodarczego, jest wyraźnym odcięciem się od czasów, „gdy podstawowe wolności i prawa człowieka były w naszej Ojczyźnie łamane”. Prawem, które w szczególności było w PRL łamane, było właśnie prawo własności. Stąd niezwykle stanowczo podkreśla się w konstytucji RP z 1997 r. jego znaczenie i ochronę. Posadawianie urzędzeń przesyłowych w okresie PRL-u następowało wielokrotnie z naruszeniem prawa. W tym kontekście dokonana przez Sąd Najwyższy *de facto* prawna konwalidacja nielegalnych posadowień urzędzeń przesyłowych uderza w aksjologię systemu konstytucyjnego. Można tu dostrzec kolizję z zasadami przyzwoitej legislacji. Trudno sobie wyobrazić, by zasady te, dotyczące stanowienia wszystkich przepisów, nie miały znajdować zastosowania w materii tak istotnej jak ograniczenia praw i wolności. Przyjęta konstrukcja budzi poważne wątpliwości w kontekście podejścia Trybunału Konstytucyjnego do problemu retroaktywności norm.

46 Wyrok TK z dnia 31 marca 1998 r., sygn. akt K 24/97.

Zakończenie

Trybunał jest kompetentny, aby zająć się przedmiotową sprawą, mając do zrealizowania tego co najmniej dwie drogi. Po pierwsze, wątpliwości budzi teza o braku spójnej linii orzeczniczej Sądu Najwyższego. Orzeczenie mające być podstawą tej tezy w istocie dotyczy innego aspektu problemu, którego konstytucyjności się nie kwestionuje. Po drugie, możliwe jest wydanie wyroku zakresowego dotyczącego przepisów Kodeksu cywilnego będących podstawą wydawanych wyroków (a zatem art. 292 w zw. z art. 285 § 1 i 2 k.c. w zakresie, w jakim umożliwia przed wejściem w życie art. 305¹–305⁴ k.c., tj. przed dniem 3 sierpnia 2008 r., stwierdzenie zasiedzenia służebności gruntowej o treści służebności przesyłu). Reasumując, możliwa jest rewizja stanowiska Trybunału Konstytucyjnego w tym zakresie. Należy zauważyć, że analizowana kwestia cechuje się dużą doniosłością społeczną i aktualnością. Merytoryczne rozpatrzenie sprawy przez Trybunał będzie miało istotny wpływ na wiele spraw zawisłych w polskich sądach. W przypadku stwierdzenia niekonstytucyjności czy to możliwości wyinterpretowania przez Sąd Najwyższy służebności gruntowej, czy możliwości zasiadywania służebności gruntowej przed jej ustanowieniem, można spodziewać się licznych pozwów właścicieli gruntów, na których nielegalnie posadowiono urządzenia, z żądaniami odszkodowawczymi wobec przedsiębiorców przesyłowych.

Literatura

- Balwicka-Szczyrba M., *Glosa do uchwały SN z dnia 7 października 2008 r., III CZP 89/08*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa”.
- Bieniek G., *Glosa do uchwały SN z dnia 17 stycznia 2003 r., III CZP 79/02*, „Rejent” 2003, nr 3.
- Gniewek E., *Glosa do uchwały SN z dnia 17 stycznia 2003 r., III CZP 79/02*, „Rejent” 2003, nr 5.
- Korusiewicz A., *Zasiedzenie służebności – aspekty przedmiotowe*, „Rejent” 2012, nr 11.
- Lewandowski P., *Służebność przesyłu w prawie polskim*, Warszawa 2014.
- Pokrzywniak J., *Kluczowe dylematy związane z regulacją służebności przesyłu*, „Rejent” 2010, nr 4.
- Radziwiłski T., *Wynagrodzenia za korzystanie z nieruchomości obciążonej po zasiedzeniu służebności przesyłu*, „Rejent” 2011, nr 10.
- Rakoczy B., *Zasiedzenie służebności przesyłu*, Warszawa 2014.
- Wszółek J., *Zasiedzenie służebności przesyłu*, „Rejent” 2012, nr 1.

Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. nr 78 poz. 483 z późn. zm.

Postanowienie SN z dnia 6 lipca 2011 r., sygn. akt I CSK 157/11.

- Postanowienie SN z dnia 13 października 2011 r., sygn. akt V CSK 502/10.
Postanowienie SO we Wrocławiu z dnia 26 kwietnia 2013 r., sygn. akt II Ca 1372/12.
Postanowienie SR w Grudziądzu z dnia 9 października 2013 r., sygn. akt I Ns 638/13.
Postanowienie SR w Grudziądzu z dnia 1 kwietnia 2016 r., sygn. akt I Ns 1843/15.
Postanowienie TK z dnia 17 lipca 2014 r., sygn. akt P 28/13.
Postanowienie TK z dnia 14 lipca 2015 r., sygn. akt P 47/13.
Protokół nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284.
Uchwała SN z dnia 17 stycznia 2003 r., sygn. akt III CZP 79/02.
Uchwała SN z dnia 7 października 2008 r., sygn. akt III CZP 89/08.
Uchwała SN 7 sędziów z dnia 8 kwietnia 2014 r., sygn. akt III CZP 87/13.
Uchwała TK z dnia 2 marca 1994 r., sygn. akt W 3/93.
Ustawa z dnia 12 marca 1958 r. o zasadach i trybie wywłaszczenia nieruchomości, Dz.U. nr 17 poz. 70.
Ustawa z dnia 30 maja 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. nr 116 poz. 731.
Wyrok SN z dnia 12 grudnia 2008 r. sygn. akt II CSK 389/08.
Wyrok TK z dnia 31 stycznia 1998 r., sygn. akt K 24/97.
Wyrok TK z dnia 12 stycznia 1999 r., sygn. akt P 2/98.
Wyrok TK z dnia 11 maja 1999 r. sygn. akt K 13/98.
Wyrok TK z dnia 25 maja 1999 r., sygn. akt SK 9/98.
Wyrok TK z dnia 12 stycznia 2000 r., sygn. akt P 11/98.
Wyrok TK z dnia 8 maja 2000 r., sygn. akt SK 22/99.
Wyrok TK z dnia 30 października 2001 r. sygn. akt K 33/00.
Wyrok TK z dnia 21 kwietnia 2004 r., sygn. akt K 33/03.
Wyrok TK z dnia 8 października 2007 r., sygn. akt K 20/07.
Wyrok TK z dnia 18 marca 2010 r., sygn. akt K8/08.

SUMMARY

Ground servitude of transmission as a constitutional problem

The aim of the study is to analyse the institution of civil law – transmission servitude and its understanding by the Highest Court of the Republic of Poland, shown in the jurisdiction of that Court. The authors study each judgment of the Highest Court, which present the Court's understanding of that institution. The rulings are subject to constitutional control. The courts of law in Poland issued a couple of legal questions to the Polish Constitutional Tribunal, in which the courts inquired if this understanding of transmission servitude is compatible with the constitution. The authors describe the consequences of the Tribunal's in the context of the Constitution of Republic of Poland.

Keywords: ground servitude, transmission servitude, an usucaption, the Highest Court of Poland, Constitutional Tribunal, right of ownership, transmission facilities, limited right in property, compatibility of act with constitution

REMIGIUSZ CHECIŃSKI, Adam Mickiewicz University Poznań, Faculty of Law and Administration, Al. Niepodległości 53, 61-714 Poznań, e-mail: remigiusz.checinski@amu.edu.pl.

TOMASZ MARZEC, Adam Mickiewicz University Poznań, Faculty of Law and Administration, Al. Niepodległości 53, 61-714 Poznań, e-mail: tomasz.marzec94@gmail.com.

SYLWIA STRYJKOWSKA

Problematyka ochrony dziedzictwa kulturowego w działalności międzynarodowych trybunałów karnych

Wprowadzenie

Emer de Vattel – XVII-wieczny klasyk prawa międzynarodowego – w swoim dziele zatytułowanym *Prawo narodów lub zasady prawa naturalnego* pisał: „z jakiegokolwiek przyczyny kraj został zniszczony, to budynki, które nie tworzą potęgi wroga, takie jak świątynie, nagrobki, gmachy publiczne, wszelkie dzieła odznaczające się swym pięknem, powinny być oszczędzone”¹. Ponad dwa i pół wieku później społeczność międzynarodowa zgodnie powtarza, że dobrom kultury należy się ochrona i w interesie ogółu jest zachowanie ich w jak najlepszym stanie. Przekonanie to znajduje potwierdzenie w licznych aktach prawnych uchwalonych zarówno na poziomie krajowym, jak i regionalnym oraz międzynarodowym. Dlaczego więc, mimo wydawać by się mogło kompleksowej regulacji zagadnienia ochrony dóbr kultury, nieustannie mamy do czynienia z niszczeniem kulturowego dorobku na masową wręcz skalę?

Bieżące wydarzenia dobitnie dowodzą nieskuteczności prawnych regulacji. Ich nieefektywność obnaża w szczególności kulturalna tragedia, z którą mierzą się dziś Syria i Irak. *Casus* ten nie jest bynajmniej odosobniony. Historia zna liczne przypadki, w których prawo nie zdołało zapobiec „kulturalnej katastrofie”. Strat poniesionych w trakcie dwóch wojen światowych nie powstrzymały konwencje haskie, których celem było zapobieżenie niszczycielskim skutkom działań zbrojnych². Schyłek XX oraz początek XXI wieku również nie były dla dóbr kultury łaskawe. Ogromnisze zniszczeń towarzyszących konfliktowi jugosłowiańskiemu, destrukcja posągów Buddy w Bamianie (Afganistan),

1 E. Vattel, *Prawo narodów, czyli zasady prawa naturalnego zastosowane do postępowania i spraw narodów i monarchów*, t. 2, Warszawa 1958, s. 170.

2 Problematyce ochrony dóbr kultury poświęcona była w szczególności Konwencja dotycząca praw i zwyczajów wojny lądowej. Zobowiązywała ona do oszczędzenia obiektów przedstawiających wartość kulturalną w przypadku oblężenia i bombardowania (art. 27), wprowadzająca zakaz zajmowania, niszczenia i profanacji obiektów tego rodzaju (art. 56) oraz zakaz rabunku (art. 47). Tekst Konwencji: Dz.U. 1927 nr 21 poz. 161.

agresja islamskich fundamentalistów w Timbuktu (Mali) czy masowe niszczenie skarbów kultury w Iraku i Syrii dowodzą, że nawet późniejsze, bardziej szczegółowe regulacje nie gwarantują dziedzictwu kulturowemu bezpieczeństwa³. Nieskuteczność instrumentarium prawnego dostrzega sama Dyrektor Generalna UNESCO – Irina Bokova, według której w dobie rozwoju świata prawo nie jest tak szybkie jak rakiety⁴. Oznacza to, że międzynarodowa wspólnota stoi dziś przed nie lada wyzwaniem. By mu sprostać, konieczne jest umieszczenie problematyki ochrony dziedzictwa kulturowego w szerszym kontekście bezpieczeństwa międzynarodowego. Wydaje się, że realizacja tego postulatu jest możliwa dzięki położeniu akcentu na rolę międzynarodowego prawa karnego i na egzekwowaną w jego ramach odpowiedzialność indywidualnych jednostek⁵. Urzeczy-

3 Do najważniejszych uniwersalnych aktów prawnych z zakresu ochrony dóbr kultury należy zaliczyć Konwencję o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego z 1954 r. (Dz.U. 1957 nr 46 poz. 212), Konwencję dotyczącą środków zmierzających do zakazu i zapobiegania nielegalnemu przywozowi, wywozowi i przenoszeniu własności dóbr kultury z 1970 r. (Dz.U. 1974 nr 20 poz. 160) oraz Konwencję w sprawie ochrony światowego dziedzictwa kulturalnego i naturalnego z 1972 r. (Dz.U. 1976 nr 32 poz. 190).

4 I. Bokova, *Culture in the Cross Hairs*, „The New York Times” z 2.12.2012 r., <http://www.nytimes.com/2012/12/03/opinion/global/cultural-sites-must-be-protected.html> [dostęp: 4.02.2016].

5 Potrzebę karania czynów przestępczych skierowanych przeciwko dobrom kultury dostrzeżono już znacznie wcześniej. W projekcie deklaracji międzynarodowej dotyczącej praw i zwyczajów wojny (powszechnie nazywanym deklaracją brukselską) z 1874 r. czytamy: „Wszelkie zajęcie, zniszczenie lub rozmyślne zbezczeszczenie [...] zabytków historycznych, dzieł sztuki i nauki powinno być ścigane przez właściwe władze” (tekst deklaracji: S. Nahlik, *Międzynarodowa ochrona dóbr kulturalnych. Zbiór tekstów*, Warszawa 1962, s. 109). Podobnie na mocy art. 56 konwencji haskiej dotyczącej praw i zwyczajów wojny lądowej: „Wszelkie zajęcie, zniszczenie lub rozmyślne profanacja [...] pomników historycznych, dzieł sztuki i nauki, są zabronione i winny być karane”. Konwencja haska o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego z 1954 r. idzie jeszcze dalej. Można zaryzykować stwierdzenie, że jej art. 28 wprowadza nawet koncepcję jurysdykcji uniwersalnej. Stanowi on bowiem, że „Wysokie Umawiające się Strony zobowiązują się powziąć w ramach swoich systemów prawa karnego wszelkie konieczne środki, ażeby osoby, które dopuściły się naruszenia niniejszej Konwencji lub nakazały jej naruszenie, były bez względu na swoje obywatelstwo ścigane i osiągnięte sankcjami bądź karnymi, bądź dyscyplinarnymi”. Możliwość nałożenia sankcji na sprawców przestępstw przeciwko dobrom kultury wynika również z I Protokołu dodatkowego do konwencji genewskich z 1949 r. Na mocy art. 85 ust. 4 pkt d) „kierowanie ataków przeciwko pomnikom historycznym, dziełom sztuki lub miejscom kultu religijnego wyraźnie rozpoznany, które stanowią dziedzictwo kulturalne lub duchowe narodów i którym przyznana została szczególna ochrona na mocy odrębnego porozumienia, na przykład w ramach uprawnionej organizacji międzynarodowej, powodujących przez to ich zniszczenie na dużą skalę, gdy brak dowodu, że strona przeciwna naruszyła artykuł 53 punkt (b), i gdy te pomniki historyczne, dzieła sztuki i miejsca kultu religijnego nie są położone w bezpośredniej bliskości celów wojskowych, stanowi zbrodnię wojenną, za którą sprawca, niezależnie od jego obywatelstwa i miejsca popełnienia zbrodni, będzie ponosił odpowiedzialność” (tekst protokołu: Dz.U. 1992 nr 41 poz. 175, załącznik). Jeszcze bardziej precyzyjne są postanowienia art. 15 Drugiego Protokołu do Konwencji o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego. Określono w nim bowiem, jakie konkretnie czyny stanowią poważne naruszenie Protokołu i tym samym mogą stanowić podstawę odpowiedzialności karnej. Zgodnie

wistnienie idei penalizacji szkód wyrządzonych w dorobku kulturowym narodów możliwe jest współcześnie dzięki istnieniu Międzynarodowego Trybunału Karnego (MTK), na forum którego najbardziej barbarzyńskie zbrodnie są nie tylko moralnie potępiane, ale także konsekwentnie ścigane, a ich sprawcy sprawiedliwie karani⁶.

Penalizacja bezprawnych działań wymierzonych w dziedzictwo kulturowe

Postępowanie przed Międzynarodowym Trybunałem Wojskowym

Państwa przekonane o ponadnarodowej wartości dóbr kultury i kolektywnym interesie w ich zachowaniu już dawniej podejmowały wysiłki zmierzające do penalizacji czynów przestępczych wymierzonych w dziedzictwo kulturowe. Pierwszą w historii próbą egzekwowania międzynarodowego prawa humanitarnego dotyczącego ochrony dóbr kultury był proces przed Międzynarodowym Trybunałem Wojskowym w Norymberdze (MTW). Podczas II wojny światowej całkowicie ignorowano nawet najbardziej podstawowe normy prawa międzynarodowego, w tym te nakazujące uprzywilejowane traktowanie dóbr kultury. Skala popełnionych wówczas zbrodni nie pozwalała wątpić, że za każdy akt barbarzyństwa zbrodniarze wojenni muszą zostać pociągnięci do odpowiedzialności. Jurysdykcja MTW w zakresie czynów przestępczych skierowanych przeciwko dobrom kultury (tj. zbrodni wojennych) wynikała z art. 6 lit. b Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego, zgodnie z którym: „Pogwałcenia takie będą obejmowały, nie ograniczając się jednak do nich: [...] grabież mienia publicznego lub prywatnego, zbyteczne niszczenie miast, miasteczek lub wsi oraz pustoszenie kraju nie usprawiedliwione koniecznością wojskową⁷. Zarzuty na podstawie wspomnianego artykułu usły-

ze wskazanym przepisem: „1. Każda osoba popełnia przestępstwo w rozumieniu niniejszego protokołu, jeżeli celowo i z naruszeniem konwencji lub niniejszego protokołu dopuszcza się któregośkolwiek z następujących czynów: a) czyni celem ataku dobro kulturalne objęte ochroną wzmocnioną; b) wykorzystuje dobro kulturalne objęte ochroną wzmocnioną lub jego najbliższe otoczenie do wsparcia działań wojskowych; c) powoduje rozległe zniszczenia lub zawłaszcza dobro kulturalne objęte ochroną na mocy konwencji lub niniejszego protokołu; d) czyni dobro kulturalne objęte ochroną na mocy konwencji i niniejszego protokołu celem ataku; e) dokonuje kradzieży, rabunku lub przywłaszczenia bądź popełnia akty wandalizmu skierowane przeciwko dobrom kulturalnym objętym ochroną na mocy konwencji. 2. Każda ze Stron podejmie takie kroki, jakie mogą być niezbędne, aby w ramach prawa krajowego zostały uznane za przestępstwo czyny uznane za przestępstwo na mocy niniejszego artykułu i aby przestępstwa takie podlegały odpowiednim karom. Czyniąc to, każda ze Stron będzie postępować zgodnie z ogólnymi zasadami prawa i prawa międzynarodowego, w tym z normami rozszerzającymi indywidualną odpowiedzialność karną na osoby inne niż te, które bezpośrednio popełniły dany czyn” (tekst protokołu: Dz.U. 2012 poz. 248).

6 J. Izydorczyk, P. Wiliński, *Międzynarodowy Trybunał Karny: powstanie, organizacja, jurysdykcja, Akty prawne*, Kraków 2004, s. 18–19.

7 Tekst Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego: Dz.U. 1947 nr 63 poz. 367.

szeli m.in. Hermann Goering – sędzony za liczne akty grabieżcze, właściciel prywatnej kolekcji sztuki oraz Alfred Rosenberg – szef planowo przeprowadzonej akcji grabieżczej, kierownik sztabu operacyjnego Einsatzstab Rosenberg, zajmującego się rabunkiem dzieł sztuki w okupowanych krajach Europy⁸. Z oczywistych względów figurujące w rejestrze win zarzuty dotyczące burzenia miast i grabieży dzieł sztuki stanowiły jedynie fragment obszernych aktów oskarżenia. Należy jednak podkreślić, że choć czynom tym poświęcono w trakcie procesu norymberskiego niewiele miejsca w porównaniu z pozostałymi typami zbrodni, to wyrok dowiódł, że winni „zbrodni przeciwko kulturze” zostaną ukarani.

Postępowanie przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym ds. byłej Jugosławii

Niemal pół wieku później kwestię naruszeń prawa humanitarnego podczas konfliktu lat 90. na Bałkanach badał Międzynarodowy Trybunał Karny ds. byłej Jugosławii (MTKJ). W celu osądzenia osób odpowiedzialnych za ogrom towarzyszących konfliktowi zniszczeń dóbr kultury powoływano się na art. 2 lit. d, zgodnie z którym: „Międzynarodowy Trybunał ma prawo do sądenia osób, które popełniły lub wydały rozkaz popełnienia ciężkich naruszeń konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., a mianowicie następujących czynów skierowanych przeciwko osobom lub dobrom chronionym na podstawie przepisów konwencji genewskich: [...] (d) niszczenie i przywłaszczanie majątku nie usprawiedliwione koniecznością wojskową i dokonywane na wielką skalę w sposób niedozwolony i samowolny”, oraz art. 3 lit. d Statutu MTKJ w brzmieniu: „Międzynarodowy Trybunał ma prawo do sądenia osób, które naruszyły prawa lub zwyczaje wojenne. Takie naruszenia będą obejmowały następujące naruszenia, przy czym nie będą do nich ograniczone: [...] (d) zajmowanie, niszczenie lub umyślne uszkodzanie instytucji kościelnych, dobroczynnych i wychowawczych, artystycznych i naukowych, pomników historycznych i dzieł sztuki oraz nauki”⁹. Na gruncie Statutu czyny te stanowią jedno z naruszeń należących do szerszej kategorii zbrodni wojennej. Za taką zbrodnię uznano m.in. akt destrukcji, który w największym stopniu przykuł wówczas uwagę opinii publicznej. Mowa oczywiście o tragicznym w skutkach zbombardowaniu Starego Miasta w Dubrowniku, wpisanego na Listę dziedzictwa światowego UNESCO¹⁰. Realizując

8 W sentencji wyroku MTW czytamy, że w okresie od marca 1941 r. do lipca 1944 r. do Rzeszy przewieziono 29 załadunków, w skład których wchodziło 137 wagonów towarowych przewożących 4174 dzieła sztuki. Cf. *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal*, Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946, s. 241–242.

9 Tekst Statutu Międzynarodowego Trybunału do Sądenia Osób Odpowiedzialnych za Poważne Naruszenia Międzynarodowego Prawa Humanitarnego Popołnione na Terytorium byłej Jugosławii od 1991 r. dostępny na stronie internetowej w tłum. E. Mikos-Skuzu: http://www.pck.org.pl/pliki/mp/1993_Haga_-_Statut_MTKJ.pdf [dostęp: 18.02.2016].

10 Dubrownik został oblężony przez wojska federalne już pod koniec 1991 r., a stan ten utrzymywał się przez 392 dni. W tym okresie miasto było wielokrotnie bombardowane zarówno od strony morza, jak i lądu. Serie bombardowań uszkodziły 68% zabudowy starego miasta – zniszczono większość dachów, ale również kościoły, klasztory i mury miejskie. Okazało się,

swoje statutowe uprawnienia, 31 stycznia 2005 r. Międzynarodowy Trybunał Karny ds. byłej Jugosławii skazał na karę więzienia generała ówczesnej Jugosłowiańskiej Armii Ludowej – Pavle Strugar. Analiza postawionych mu zarzutów (sformułowanych na ponad 30 stronach) pozwala wnioskować, że dopuścił się on dwójakiego rodzaju naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego: ataków na ludność cywilną oraz destrukcji obiektów cywilnych i dóbr kultury. W postępowaniu przed Izbą Apelacyjną uwzględniono ponadto dwa inne zarzuty wniesione przez prokuratora. Były to kolejno: przestępstwo nieuzasadnionego koniecznością wojskową zniszczenia dóbr kultury oraz przestępstwo bezprawnego ataku na obiekty cywilne¹¹. W tej samej sprawie oskarżony i skazany na karę więzienia został ponadto podwładny generała – admirał Miodrag Jokić. W obu przypadkach dokonując oceny ciężaru gatunkowego przestępstwa, Trybunał zwrócił uwagę na uprzywilejowany status Starego Miasta w Dubrowniku, wpisanego na Listę dziedzictwa światowego. Okoliczność ta została uwzględniona, gdyż w ocenie Trybunału zniszczenie dobra o wyjątkowej powszechnej wartości stanowiło uszczerbek nie tylko dla spuścizny regionu, lecz także dla dziedzictwa całej ludzkości. Obaj oskarżeni zostali skazani na karę więzienia – Strugar w wymiarze 7,5 roku, zaś Jokić 7 lat¹².

Postępowanie przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym

Z dniem, w którym wszedł w życie Statut MTK, tj. 1 lipca 2002 r., doszło do ukonstytuowania zasady uniwersalnej odpowiedzialności karnej za popełnione zbrodnie. Do tej pory, za sprawą specjalnych trybunałów karnych oraz sądów *ad hoc*, wymierzanie sprawiedliwości było ograniczone personalnie bądź terytorialnie. Ustanowienie stałego trybunału miało zagwarantować realizację norm prawnomiędzynarodowych, nie tylko

że na fasady budynków oraz ulice miasta spadło ogółem ponad 300 pocisków artyleryjskich. Zabytkowe mury miejskie zostały uszkodzone przez kolejne 111 pocisków. Zastraszające rozmiary przybrały efekty pożarów wywołanych ostrzałem. Aż 9 pałaców w mieście strawił ogień, kilka innych zostało poważnie uszkodzonych. Należały do nich m.in. Pałac Sponza i Pałac Rektorów. Ogółem w historycznym centrum miasta zniszczeniu uległy 382 budynki mieszkalne, 19 budowli o charakterze religijnym oraz 10 instytucji publicznych. Łącznie z uszkodzonymi dachami bilans strat wynosił 594 zniszczone obiekty na powierzchni ponad 190 m kw. Cf. D. Ratković, *Chorwacja – skutki wojny*, „Cenne, bezcenne/utracone” 1997, nr 2; oraz dane ze strony internetowej Instytutu Renowacji Dubrownika: <http://www.zod.hr/eng/novost.php?id=50> [dostęp: 2.04.2015], a także strony poświęconej turystycznym walorom Chorwacji: <http://www.cro.pl/dubr2.php?param=1> [dostęp: 2.04.2015].

11 H. Schreiber, *Konwencja o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego wraz z Regulaminem wykonawczym do tej Konwencji oraz Protokół o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego podpisane w Hadze dnia 14 maja 1954 r.*, [w:] *Konwencje UNESCO w dziedzinie kultury. Komentarz*, red. K. Złasińska, Warszawa 2014, s. 90–91.

12 Cf. wyroki Prokurator v. Pavle Strugar, sprawa nr IT-01-42-T, orzeczenie Izby Orzekającej z dnia 31 stycznia 2005 r.; Prokurator v. Pavle Strugar, sprawa nr IT-01-42-A, orzeczenie Izby Apelacyjnej z dnia 17 lipca 2008 r.; Prokurator v. Miodrag Jokić, sprawa nr IT-01-42/1-S, orzeczenie Izby Orzekającej z dnia 18 marca 2004 r.

na szczeblu lokalnym, ale także globalnym. W skali globalnej należy postrzegać także zagrożenia dla kulturowego dorobku. Jak bowiem pokazują kolejne przykłady, dobra kultury są narażone na niebezpieczeństwo w różnych zakątkach świata. Niezależnie od szerokości geograficznej – czy to w Europie, Afryce, czy w Azji – popełniane są zbrodnie wojenne polegające na ich celowym niszczeniu. MTK powinien stanowić skuteczną odpowiedź na tego typu naruszenia.

Timbaktu – studium przypadku

Założenie miasta Timbaktu (Mali) datuje się na XI wiek. Jego fundatorami byli Tuaregowie Magharen – koczowniczy lud berberski. Początkowo była to jedna z wielu osad powstałych w dolinie Nigru, jednak ze względu na szczególnie dogodne położenie, na skrzyżowaniu szlaków handlowych, Timbaktu przekształciło się wkrótce w wysoko rozwinięty ośrodek miejski. Mimo nieustających przemian politycznych, zmian rządów, podbojów i prześladowań, naprzemiennego wzrostu i upadku swej potęgi, aż do XVII wieku stopniowo rosło w siłę. Co ciekawe, nie tylko strategiczne położenie geograficzne i pomyślność gospodarza uczyniły z Timbaktu jedno z ważniejszych miast w Afryce Zachodniej. Poza pierwszorzędną pozycją w gospodarce, miasto mogło poszczycić się także niezwykle bogatą kulturą. Była ona zasługą społecznego i etnicznego zróżnicowania zamieszkującej je ludności. Kulturotwórczej koegzystencji różnych grup językowych, rasowych i religijnych sprzyjała panująca w mieście atmosfera wzajemnej tolerancji i akceptacji. Na tle owej różnorodności na pierwszy plan wybijała się kultura muzułmańska rozwijana w Timbaktu przez środowisko ulemów. Ze względu na licznie występujące niegdyś w mieście koraniczne placówki oświatowe (ok. 180), w tym Uniwersytet Sankore, Timbaktu uważane było nawet za najważniejszy ośrodek islamu w Afryce Zachodniej¹³. Przez wieki formował się więc bogaty dorobek cywilizacyjny miasta, którego tajemniczy charakter od dawna fascynował mieszkańców Europy. Najlepszym wyrazem powszechnego uznania dla wspaniałej przeszłości i kulturowego bogactwa Timbaktu było wpisanie go w 1988 r. na Listę światowego dziedzictwa UNESCO. Jak się jednak okazało, wpis nie zdołał zapobiec katastrofie i nie zapewnił zabytkom bezpieczeństwa. Zagrożenie dla skarbów kultury przyszło wraz ze zmianami politycznymi. Niemal ćwierć wieku później, 21 marca 2012 r., grupa rebeliantów dokonała w Mali zamachu stanu. Walki na północy kraju doprowadziły do destabilizacji państwa, a wkrótce do obalenia ówczesnego prezydenta Amadou Toumani Touré. Sytuację tę szybko wykorzystali zrzeszeni w ramach Narodowego Ruchu Wyzwolenia Azawadu Tuaregowie, którzy już 6 kwietnia 2012 r. ogłosili niepodległość Azawadu – regionu w północnej części Mali¹⁴. „Niepodległościowców” wsparło ugrupowanie Ansar ad-Din (dosłownie:

13 Szerzej: M. Tymowski, *Dzieje Timbaktu*, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk 1979.

14 *Tuaregs claim 'independence' from Mali*, <http://www.aljazeera.com/news/africa/2012/04/20124644412359539.html> [dostęp: 10.02.2016].

Obrońcy Wiary) – powiązany z Al Kaidą islamski oddział bojowników. Początkowo jako sojusznicy razem walczyli oni przeciwko malijskiemu wojsku, wkrótce jednak, wbrew życzeniom Tuaregów, islamscy bojownicy zaczęli samowolnie narzucać surowe prawo szariaty na obszarze całego Azawadu. Z końcem czerwca 2012 r. pod okupacją tych religijnych fundamentalistów znalazły się największe miasta regionu, w tym antyczne Timbuktu. Od tego momentu ortodoksyjni wyznawcy islamu dokonywali systematycznej destrukcji zabytków znajdujących się w mieście. Reakcja całej wspólnoty międzynarodowej, jak i organizacji stojącej na straży kultury i dziedzictwa kulturowego była natychmiastowa. Już 28 czerwca 2012 r. UNESCO dokonało wpisu Timbuktu na Listę dziedzictwa światowego w niebezpieczeństwie¹⁵. Po raz kolejny okazało się jednak, że choć zamysł i chęci były godne uznania, to akt ten nie miał żadnego praktycznego znaczenia. Wręcz przeciwnie, w wyniku eskalacji agresji sytuacja dóbr kultury w regionie uległa znacznemu pogorszeniu. Wbrew oczekiwaniom wszelkie apele kierowane do islamskich radykałów nie tylko nie powstrzymały, ale wręcz wzmogły ich niszczycielską działalność. 7 lipca rzecznik ugrupowania Ansar ad-Din – Sanda Ould Boumama, określił wszystkie znajdujące się w mieście budynki terminem *haram*, co w islamie znaczy „zakazany”. Grzmiał: „Wszystkie świątynie zostaną zniszczone. Wszyscy jesteście muzułmanami. Czym natomiast jest UNESCO? Kulturowe dziedzictwo nie istnieje. Niewierni nie mają prawa mieszać się w nasze sprawy”¹⁶. W trakcie trwającej ponad pół roku okupacji islamscy radykałowie spełnili swe groźby. Timbuktu, znane jako „miasto 333 świątych”, obfitujące dotychczas w grobowce i mauzolea sufickich świątych, stało się areną bestialskich i bezmyślnych ataków. Ich ofiarą padły przede wszystkim najcenniejsze mauzolea i meczety, których wznoszenie było przecież zgodne ze znanym sufizmowi kultem świątych. Z kolei przez ortodoksyjnych islamistów wszelkie przykłady sztuki figuralnej postrzegane były jako bluźnierstwo wobec Allaha. Konflikt pomiędzy islamem postępowym a wstecznym fundamentalizmem skończył się dla bezcennych dóbr kultury tragicznie. „Talibowie Sahelu” zniszczyli co najmniej dziewięć z szesnastu mauzoleów oraz dwa z trzech wielkich meczetów¹⁷. Wszystkie te obiekty wpisane były uprzednio na Listę światowego dziedzictwa UNESCO. Widmo zniszczenia zawisło także nad przechowywanymi w mieście manuskryptami, których liczba szacowana była na ponad 700 tysięcy. Szczęśliwie dzięki szybkiej interwencji opiekunów zbiorów najważniejsze z nich

15 <http://whc.unesco.org/en/news/893/> [dostęp: 16.02.2016].

16 J. Petrovic, *What next for endangered cultural treasures? The Timbuktu crisis and the responsibility to protect*, „New Zealand Journal of Public and International Law” 2013, nr 11, s. 388.

17 Zniszczenia objęły mauzolea sufickich świątych znane pod nazwami: Cheikh Sidi Mahmoud, Alpha Moya, Mohamed Tamba-Tamba, Cheikh Sidi Ahmed Raggadi, Cheikh Sidi Elmicki, Abul Quassim al Tawaty, Cheikh Sidi Elmoctar, Sidi Mohamed Boukkou oraz Mohamed Sangare le Peul. Częściowej destrukcji uległy ponadto meczety – Dzingereber oraz Sidi Yahia. V. State of Conservation (SOC): Timbuktu, 2013, <http://whc.unesco.org/en/soc/1865> [dostęp: 22.02.2016].

udało się uratować¹⁸. Stabilizacja sytuacji w regionie, a co za tym idzie – przywrócenie zagrożonym dobrom kultury względnego bezpieczeństwa było zasługą malijskich i francuskich interwencji wspartych przez siły krajów stowarzyszonych w ECOWAS¹⁹. Na tym tle należy zauważyć, że kondycja miejscowych dóbr kultury, tj. stan ich zagrożenia lub względnego bezpieczeństwa, była jedynie wypadkową działań podejmowanych w celu stabilizacji sytuacji politycznej. Nie podjęto natomiast żadnej akcji bezpośrednio ukierunkowanej na ochronę kulturowego dziedzictwa. Jego bezpieczeństwo potraktowano więc jako problem wtórny wobec innych, jak sądzono ważniejszych kwestii²⁰. Reakcja Rady Bezpieczeństwa ONZ ograniczała się jedynie do wydania rezolucji w sprawie pokoju i bezpieczeństwa w Afryce, w której zdecydowanie potępiono profanację, uszkodzenie i niszczenie miejsc kultu o znaczeniu historycznym i kulturowym, w szczególności obiektów wpisanych na Listę światowego dziedzictwa UNESCO, w tym tych znajdujących się w Tibuktu²¹. Można mieć uzasadnione wątpliwości, czy tego typu sankcje psychologiczne są w stanie przynieść pozytywny efekt, a więc wywrzeć jakikolwiek wpływ na postępowanie państw i ich obywateli w przyszłości. Za znacznie bardziej doniosłe praktycznie należy więc uznać działania podjęte na gruncie międzynarodowej odpowiedzialności karnej jednostek.

Już 1 lipca 2012 r. prokurator MTK Fatou Bensouda wystosowała publiczne oświadczenie, w którym podkreślała, że celowe niszczenie świątyń położonych w Timbuktu stanowi na gruncie Statutu Rzymskiego zbrodnię wojenną²². Wkrótce okoliczności sprawy zbadano w trakcie przeprowadzonego na wniosek malijskiego rządu postępowania dochodzeniowego²³. Na podstawie zgromadzonych podczas czynności śledczych oraz postępowania przygotowawczego materiałów procesowych wydano nakaz aresztowania Ahmada Al Faqi Al Mahdi. Zgodnie z twierdzeniem oskarżenia stał on na czele

18 *Timbuktu – manuskrypty ocalaly*, <http://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/swiat/1535299,1,timbuktu--manuskrypty-ocalaly.read> [dostęp: 22.02.2016].

19 ECOWAS (ang. Economic Community of West African States) – regionalna organizacja zrzeszająca 15 państw Afryki Zachodniej, utworzona 28 maja 1975 r. mocą traktatu z Lagos. Jej głównym celem jest promowanie integracji ekonomicznej.

20 W dyskursie publicznym do dziś spotkać można opinie, że nie godzi się skupiać uwagi na bezpieczeństwie dóbr kultury, gdy w wyniku konfliktu zagrożone jest dobro wyższe – życie ludzkie.

21 Rezolucja 2056 (2012) z dnia 5 lipca 2012 r., dokument nr S/RES/2056, 2012. Teksty wszystkich rezolucji: <http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/> [dostęp: 22.02.2016].

22 Republika Mali podpisała Statut Rzymski 17 lipca 1998 r., zaś ratyfikacji dokonała 16 sierpnia 2000 r. Będąc stroną Statutu, uznała tym samym jurysdykcję Trybunału w odniesieniu do wskazanych w art. 5 zbrodni. Na gruncie art. 12 Trybunał jest właściwy do sądenia osób fizycznych, które są obywatelami państwa-strony traktatu lub popełniły zbrodnię na terenie takiego państwa. Tekst Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego: Dz.U. 2003 nr 78 poz. 708.

23 *Situation in Mali. Article 53(1) Report*, 16 January 2013, https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0112/Documents/SASMaliArticle53_1PublicReportENG16Jan2013.pdf [dostęp: 25.02.2016].

ugrupowania Ansar ad-Din, odpowiedzialnego za okupację Timbaktu oraz narzucanie ideologii szariaty jego mieszkańcom. Jako przywódca wyłonionej w ramach ruchu policii religijnej Hisbah nie tylko kierował niszczycielską działalnością, ale także czynnie uczestniczył w operacji destrukcji historycznych i religijnych budowli. Dlatego też wszystkie sformułowane wobec niego zarzuty skupiają się właśnie wokół zniszczeń dóbr kultury²⁴. Posiedzenie potwierdzające zarzuty oskarżenia odbyło się 1 marca 2016 r. Od tej daty Izba Przygotowawcza ma 60 dni na podjęcie stosownej decyzji²⁵. W przypadku zatwierdzenia zarzutów sprawa zostanie przekazana, w trybie art. 61 ust. 11 Statutu, Izbie Orzekającej jako organowi właściwemu do jej prowadzenia. W mowie otwierającej posiedzenie zatwierdzające zarzuty Fatou Bensouda zwróciła uwagę nie tylko na historyczny i artystyczny wymiar zniszczonych dóbr kultury. Nie bez racji podkreślała, że mamy do czynienia nie tylko z fizyczną eliminacją świątyń, ale również z atakiem na tożsamość ludności, która je czciła. Po raz kolejny destrukcja kulturowego dziedzictwa uderzyła w godność i korzenie dzierżącej je grupy społecznej.

Bez wątpienia omawiana sprawa stanowi przełom w ochronie dóbr kultury rozpatrywanej z punktu widzenia penalizacji czynów przestępczych przeciwko nim skierowanym. Do tej pory problematyka ochrony dziedzictwa kulturowego pojawiała się w judykaturze sądów międzynarodowych w marginalnym wymiarze. W przypadku zaś obecnie rozpatrywanej sprawy zarzut naruszenia art. 8 ust. 2 lit. e pkt iv Statutu MTK znajduje się w centrum aktu oskarżenia. Taki rozkład akcentów pozwala przypuszczać, że planowany proces będzie stanowić krok milowy na drodze do skuteczniejszej ochrony kulturowego dziedzictwa w przyszłości.

24 Na gruncie art. 8 Statutu MTK: „1. Trybunał posiada jurysdykcję w odniesieniu do zbrodni wojennych, w szczególności popełnionych w ramach realizacji planu lub polityki albo kiedy zbrodnie te są popełniane na szeroką skalę. 2. Dla celów niniejszego statutu „zbrodnie wojenne” oznaczają: [...] (e) inne poważne naruszenia praw i zwyczajów w obrębie ustalonych ram prawa międzynarodowego mających zastosowanie do konfliktów zbrojnych, które nie mają charakteru międzynarodowego, mianowicie: [...] (iv) zamierzone kierowanie ataków na budynki przeznaczone na cele religijne, edukacyjne, artystyczne, naukowe lub charytatywne, pomniki historyczne, szpitale oraz miejsca, gdzie gromadzeni są ranni i chorzy, pod warunkiem że nie są one celami wojskowymi”. Al Mahdiemu zarzuca się popełnienie zbrodni wojennych polegających na celowym kierowaniu ataków przeciwko następującym budowlom: mauzoleum Sidi Mahmoud Ben Omar Mohamed Aquit, mauzoleum Sheikh Mohamed Mahmoud Al Arawani, mauzoleum Sheikh Sidi Mokhtar Ben Sidi Muhammad Ben Sheikh Alkabir, mauzoleum Alpha Moya, mauzoleum Sheikh Sidi Ahmed Ben Amar Arragadi, mauzoleum Sheikh Muhammad El Micky, mauzoleum Cheick Abdoul Kassim Attouaty, mauzoleum Ahamed Fulane, mauzoleum Bahaber Babadié oraz meczetowi Sidi Yahia.

25 Na mocy art. 61 ust. 7 Statutu MTK Izba Przygotowawcza na podstawie wyników posiedzenia może: a) zatwierdzić zarzuty oskarżenia, jeśli stwierdzi istnienie wystarczających dowodów dla przyjęcia uzasadnionego podejrzenia sprawstwa, b) odrzucić zarzuty oskarżenia, wobec których stwierdzi brak wystarczających dowodów, c) odroczyć posiedzenie i zobowiązać prokuratora do dostarczenia dalszych dowodów lub dalszego prowadzenia postępowania przygotowawczego, bądź zmiany zarzutów.

Zbrodnie Państwa Islamskiego przed MTK

Poczynając od marca 2015 r., świat nieustannie obiegają drastyczne obrazy destrukcji kulturowego dziedzictwa w Syrii oraz Iraku. Pole rażenia niszczycielskiej działalności Państwa Islamskiego jest ogromne – ISIS sieje terror na bardzo rozległych już terytoriach. Okupowany obszar, stanowiący niegdyś kolebkę wielkich cywilizacji, do niedawna obfitował w liczne elementy kultury materialnej. Dziś, w wyniku prowadzonych czystek kulturowych, symbole ówczesnej potęgi i bogactwa świata arabskiego znikają bezpowrotnie z powierzchni ziemi. Eksterminacji mniejszości etnicznych i religijnych towarzyszy bowiem eliminacja wszelkich przejawów ich bytności na okupowanych obszarach. Masowa zagłada antycznego dziedzictwa kulturowego jest również motywowana względami religijnymi – wszelkie zabytki pochodzące z okresu przed ustanowieniem islamu ISIS uznaje za świętokradcze i promujące „bałwochwalstwo”. Według niektórych doniesień rzeczywistość jest zgoła inna – cenniejsze zabytki są sprzedawane, a osiągnięte zyski stanowią jedno z głównych źródeł finansowania terrorystycznej działalności. Z oczywistych względów największe oburzenie opinii publicznej wywołują akty kierowane systematycznie przeciwko obiektom wpisanym na Listę Światowego Dziedzictwa UNESCO²⁶. Państwa są bowiem świadome, „że uszkodzenie lub unicestwienie jakiegokolwiek dobra należącego do dziedzictwa kulturalnego lub naturalnego stanowi nieodwracalne zubożenie dziedzictwa wszystkich narodów świata”²⁷. Cała wspólnota międzynarodowa stoi więc w obliczu wyzwania, jakim jest zapobieżenie tej kulturalnej katastrofie.

Zainteresowanie społeczności międzynarodowej tą problematyką przejawia się szczególnie w przyjmowanych przez Radę Bezpieczeństwa rezolucjach. W jednej z nich – rezolucji 2249²⁸ – czytamy:

[...] agresywna ekstremistyczna ideologia tzw. „ISIS/Daisz”, jego ataki terrorystyczne, jego budzące odrazę nieustanne, systematyczne i powszechne ataki przeciwko

26 Syria posiada aż sześć takich obiektów, które w 2013 r. zostały przepisane na Listę dziedzictwa światowego w niebezpieczeństwie (List of World Heritage in Danger). Są to kolejno: starożytne miasta Aleppo, Bosra oraz Damaszek, starożytne wioski północnej Syrii, ruiny Palmyry oraz zamek krzyżowców Krak des Chevaliers i twierdza Kalat Salah ad-Din. W Iraku na kulturowe dziedzictwo o wyjątkowej powszechnej wartości składają się natomiast cztery obiekty: starożytne miasta Hatra i Aszur, archeologiczne miasto Samarra oraz cytadela w Irbilu. Wszystkie obiekty, poza ostatnim, widnieją na Liście dziedzictwa światowego w niebezpieczeństwie. Oznacza to, że 9 na 10 obiektów Światowego Dziedzictwa Ludzkości w Iraku i Syrii jest zagrożonych działaniami dżihadystów. Ponadto 11 obiektów z Iraku oraz 12 z Syrii widnieją na tzw. listach informacyjnych (*tentative lists*). Jest to wykaz dóbr zasługujących zdaniem państw na wpisanie na Listę. Dane UNESCO: <http://whc.unesco.org/en/list/> [dostęp: 25.02.2016].

27 Fragment preambuły Konwencji w sprawie ochrony światowego dziedzictwa kulturalnego i naturalnego z 1972 r.

28 Rezolucja 2249 (2015) z dnia 20 listopada 2015 r., dokument nr S/RES/2249 (2015).

ludności cywilnej, naruszenia praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego, w tym te popełniane na tle religijnym lub etnicznym, oraz niszczenie dziedzictwa kulturowego i nielegalny handel dobrami kultury stanowią globalne i bezprecedensowe zagrożenie dla międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa.

W rezolucji 2199²⁹ nie tylko potępiono destrukcję kulturowego dziedzictwa, ale również nakazano wszystkim państwom członkowskim podjęcie odpowiednich kroków mających na celu przeciwdziałanie nielegalnemu handlowi antykami i innymi dobrami kultury pochodzącymi z Syrii oraz Iraku. W tym samym duchu przyjęto kolejny dokument – rezolucja 2253³⁰ podkreśla potrzebę rozwijania ścisłych relacji z sektorem prywatnym w celu ukrócenia procederu finansowania działalności terrorystycznej. Warto zaznaczyć, że choć wskazane rezolucje stanowią ważny głos w toczącej się debacie politycznej, to ich praktyczne znaczenie jest znikome. Wydaje się bowiem mało prawdopodobne, by podmioty naruszające nawet najbardziej podstawowe normy prawa międzynarodowego zechciały postępować zgodnie z wytycznymi wynikającymi z rezolucji Rady Bezpieczeństwa. Należy więc poszukiwać innych rozwiązań służących zahamowaniu kulturalnego kryzysu, tj. mających na celu zapobieżenie popełnianiu kolejnych zbrodni wojennych. Dotychczas starano się wykazać, że najskuteczniejsze wydaje się podjęcie działań w sferze międzynarodowej odpowiedzialności karnej. Należy przemyśleć, czy taki sam mechanizm można zastosować do zbrodni popełnianych przez Państwo Islamskie na terytorium Syrii oraz Iraku, skoro żadne z tych państw nie jest stroną Statutu Rzymskiego. Do tego problemu odnosiła się już prokurator Fatou Bensouda w oświadczeniu z 8 kwietnia 2015 r.³¹ Wskazuje w nim, że MTK nie posiada jurysdykcji terytorialnej wobec zbrodni popełnionych na terytorium państw niebędących stronami Statutu. Istnieje co prawda możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności sprawców będących obywatelami państwa-strony Statutu, jednakże z informacji, jakimi dysponuje prokurator, wynika, że w skład dowództwa ISIS wchodzi głównie Syryjczycy i Irakijczycy. Brak więc na tym etapie podstaw jurysdykcyjnych pozwalających wszcząć postępowanie przygotowawcze. Warto jednak pamiętać, że na gruncie art. 12 ust. 3 Statutu Rzymskiego państwo niebędące jego stroną może uznać jurysdykcję Trybunału w drodze deklaracji złożonej Sekretarzowi. Wydaje się jednak mało prawdopodobne, by Syria czy Irak skorzystały z tej możliwości. Większe nadzieje pokładano w mechanizmie przewidzianym w art. 13 pkt b Statutu. Przepis ten przyznaje Radzie Bezpieczeństwa ONZ prerogatywę

29 Rezolucja 2199 (2015) z dnia 12 lutego 2015 r., dokument nr S/RES/2199 (2015).

30 Rezolucja 2253 (2015) z dnia 17 grudnia 2015 r., dokument nr S/RES/2253 (2015).

31 *Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the alleged crimes committed by ISIS*, https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/otp-stat-08-04-2015-1.aspx [dostęp: 3.03.2016].

do inicjowania postępowania przed MTK³². Takie rozwiązanie powoduje rozszerzenie jurysdykcji Trybunału na zbrodnie popełnione na terytorium lub przez obywateli państw niebędących stronami Statutu³³. Skorzystanie z tej kompetencji próbowano przeferować na forum Rady Bezpieczeństwa już w maju 2014 r. Projekt rezolucji w sprawie przekazania sytuacji w Syrii do MTK³⁴ spotkał się jednak ze sprzeciwem dwóch stałych członków Rady – Chin oraz Rosji. Weto pogrzebało nadzieje na pociągnięcie sprawców zbrodni do odpowiedzialności przed Trybunałem.

Kwalifikacja czynów przestępczych skierowanych przeciwko dziedzictwu kulturowemu

W toku rozważań nad karnoprawnym zabezpieczeniem systemu ochrony dóbr kultury należy zastanowić się nad prawną kwalifikacją czynów skierowanych przeciwko dziedzictwu kulturowemu. Analiza judykatury międzynarodowych trybunałów pozwala zauważyć, że wymierzone w nie bezprawne działania stanowią niewątpliwie zbrodnie międzynarodową³⁵. Trudniejsze może okazać się jasne określenie, z którą zbrodni mamy wówczas do czynienia. Patrząc wstecz, zauważamy, że norymberski Międzynarodowy Trybunał Wojskowy, podejmując próbę egzekwowania międzynarodowego prawa humanitarnego z zakresu ochrony dóbr kultury, postrzegał tego typu akty wyłącznie jako zbrodnie wojenne. Jednocześnie podkreślał, że wymierzone w ludność żydowską prześladowania, będące jednym z przejawów zbrodni przeciwko ludzkości, objawiały się w sposób szczególnie w niszczeniu ich synagog. Winnym zbrodni przeciwko ludzkości

32 Przepis odzwierciedla tym samym kompetencje Rady przyznane jej w rozdziale VII Karty Narodów Zjednoczonych, służące utrzymaniu lub przywróceniu międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. W preambule Statutu MTK czytamy, że „poważne zbrodnie zagrażają pokojowi, bezpieczeństwu i pomyślności świata”, stąd też współpraca Rady Bezpieczeństwa i MTK wydaje się uzasadniona. Takie zjednoczenie sił popiera sama prokurator Fatou Bensouda, według której „walka z bezkarnością najbardziej destabilizujących i najcięższych zbrodni nie jest prerogatywą jednej instytucji, ale zbiorową odpowiedzialnością, której beneficjentem jest ludzkość”. Cf. F. Bensouda, *Whither ICC-UNSC Relations in the 21st Century? Challenges and Opportunities*, <http://www.international-criminal-justice-today.org/arguendo/article/whither-icc-uns-c-relations-in-the-21st-century-challenges-and-opportunities/> [dostęp: 29.02.2016].

33 Szerzej na temat udziału Rady Bezpieczeństwa w inicjowaniu postępowania przed MTK: B. Krzan, *Kompetencje Rady Bezpieczeństwa ONZ w międzynarodowym sądownictwie karnym*, Toruń 2009, s. 133–162.

34 Projekt rezolucji 348 (2014) z dnia 22 maja 2014 r., dokument nr S/2014/348.

35 Katalog tych zbrodni, dziś już dobrze ukonstytuowany, został po raz pierwszy przedstawiony w Statucie MTW. Wyodrębniono i zdefiniowano w nim trzy kategorie przestępstw: zbrodnie przeciwko pokojowi, zbrodnie wojenne oraz zbrodnie przeciwko ludzkości. Wkrótce katalog ten rozszerzono o zbrodnie ludobójstwa, dzięki przyjęciu Konwencji w sprawie karania i zapobiegania zbrodni ludobójstwa (Dz.U. 1952 nr 2 poz. 9).

uznano chociażby Juliusa Streichera, odpowiedzialnego za prześladowania Żydów, m.in. za podpalenie synagogi w Norymberdze³⁶.

Do podobnych wniosków doszedł MTKJ w sprawie Prokurator v. Blaskić³⁷. Trybunał uznał, że ataki serbskich sił na meczety położone w bośniackim mieście Ahmići wymierzone były w tożsamość ludności muzułmańskiej. Miejsce to nie miała bowiem żadnego znaczenia strategicznego, które usprawiedliwiłoby przeprowadzony atak. Posiadała natomiast wyjątkową wartość dla tamtejszych wyznawców islamu – uznawana była za święte miejsce i symbol muzułmańskiej kultury w Bośni i Hercegowinie. Na tej podstawie Trybunał wskazał, że niszczenie instytucji przeznaczonych na cele religijne może stanowić formę prześladowania³⁸. Dostrzeżono więc negatywny wpływ, jaki może wyrzucić na społeczeństwo zniszczenie jego kulturowego dorobku. Uznanie takich czynów za formę prześladowania jest zrozumiałe, jeżeli weźmie się pod uwagę fakt, że są one niejednokrotnie wymierzone w kulturową tożsamość grup religijnych lub etnicznych³⁹.

36 *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal*, Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946, s. 302.

37 V. Prokurator v. Blaskić, sprawa nr IT-95-14-T, orzeczenie Izby Orzekającej z dnia 3 marca 2000 r.

38 Zgodnie z art. 5 lit. h Statutu MTKJ prześladowanie stanowi jeden z przejawów zbrodni przeciwko ludzkości. Na mocy tego przepisu „Międzynarodowy Trybunał ma prawo do sądenia osób odpowiedzialnych za następujące zbrodnie, jeżeli zostały one popełnione przeciwko jakiegokolwiek ludności cywilnej podczas konfliktu zbrojnego, niezależnie od tego, czy konflikt miał charakter międzynarodowy czy wewnętrzny: [...] (h) prześladowanie z powodów politycznych, rasowych i religijnych”. Statut MTKJ nie wspomina co prawda o prześladowaniach z powodów kulturowych, jednakże Trybunał powiązał religijny charakter instytucji z ich wartością kulturową. Co ciekawe, Statut MTKJ w art. 7 ust. 1 lit. h, dotyczącym zbrodni przeciwko ludzkości, wspomina o prześladowaniu z powodów kulturowych: „Dla celów niniejszego statutu „zbrodnia przeciwko ludzkości” oznacza którykolwiek z następujących czynów, popełniony w ramach rozległego lub systematycznego, świadomego ataku skierowanego przeciwko ludności cywilnej: [...] (h) prześladowanie jakiegokolwiek możliwej do zidentyfikowania grupy lub zbiorowości z powodów politycznych, rasowych, narodowych, etnicznych, kulturowych, religijnych, płci (gender) w rozumieniu ustępu 3 lub z innych powodów powszechnie uznanych za niedopuszczalne na podstawie prawa międzynarodowego, w związku z jakimkolwiek czynem, do którego odnosi się niniejszy ustęp, lub z jakąkolwiek zbrodnią objętą jurysdykcją Trybunału”. Cf. Y. Gottlieb, *Criminalizing Destruction of Cultural Property: A Proposal for Defining New Crimes under the Rome Statute of the ICC*, „Penn State International Law Review” 2004–2005, Vol. 23, s. 873–874.

39 Przykłady sytuacji, w których akty tylko pozornie wymierzone w materialne obiekty były faktycznie próbą pozbawienia społeczności jej kulturowej tożsamości można mnożyć. Należy przywołać w tym miejscu chociażby zniszczenie Starego Mostu w Mostarze (Bośnia i Hercegowina). Łączył on mieszkańców zamieszkałych na dwóch brzegach rzeki Naretv. Ludność skupiona wokół mostu zaczęła być identyfikowana poprzez odwołanie do miejsca osiedlenia w pobliżu zabytku. Wyrosła wokół mostu społeczność uważała się za jego opiekuna, a założone wkrótce miasto zawdzięczało jej nawet swoją nazwę – Mostari, czyli strażnicy mostu. W trakcie wojny bośniackiej wschodni brzeg rzeki zamieszkiwany był przez muzułmanów, zaś brzeg zachodni zajmowali bośniaccy Chorwaci. Destrukcja mostu była w rzeczywistości zniszczeniem kulturowego symbolu pojednania chrześcijaństwa z islamem oraz Wschodu z Zachodem. Jego upa-

Akty polegające na niszczeniu dóbr kultury są często stosowane jako narzędzie represji wobec mniejszości – stanowią wówczas element strategii dehumanizacyjnej, mającej na celu zniszczenie wspólnoty poprzez destrukcję jej historii⁴⁰. Dziedzictwo kulturowe, stanowiące niezbędny element każdej społeczności, ucieleśnia historię i wyznawany system wartości, pełni funkcję integracyjną i identyfikacyjną. Z tych względów ataki na dobra kultury mogą nie tylko przyczynić się do eskalacji konfliktu, ale także utrudnić czy wręcz uniemożliwić odbudowę społeczeństw po wojnie.

Na tle przytoczonych uwag warto wspomnieć, że zarówno w doktrynie, jak i na gruncie prawa międzynarodowego o charakterze *soft law* pojawiają się propozycje rozszerzenia kategorii zbrodni przeciwko ludzkości o „akty mające na celu umyślne niszczenie dziedzictwa ludzkości na dużą skalę”⁴¹. Niekiedy zgłaszane są nawet śmielsze propozycje utworzenia zupełnie odrębnej, piątej kategorii zbrodni międzynarodowej, a mianowicie zbrodni przeciwko dziedzictwu kulturowemu⁴². W prawnym i politycznym dyskursie obecny jest również postulat wyróżnienia „kulturobójstwa” (*cultural genocide*) w ramach szerszej kategorii zbrodni ludobójstwa. Taka myśl przyświecała zresztą samemu twórcy koncepcji ludobójstwa – Rafałowi Lemkinowi⁴³. Za jego zasługą aspekt kulturowy uwzględniono przy formułowaniu prawnej definicji w pierwszej i drugiej wersji projektu Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa z 1948 r.⁴⁴ Ostateczna wersja Konwencji nie wspomina co prawda o „kulturobójstwie”, ale pozostałości tej idei wciąż są obecne w międzynarodowym dyskursie. Terminem tym posługiwano się chociażby w kontekście kulturalnej katastrofy, do której doszło w latach 90. podczas

dek może stanowić symbol odejścia od pokojowej koegzystencji między narodami. V. K. Kawczyńska, *Dezintegracja Jugosławii. Most w Mostarze – symbol dialogu i wojny kultur*, Poznań 2014, s. 98–101.

40 R. O’Keefe, *Protection of cultural property under international criminal law*, „Melbourne Journal of International Law” 2010, vol. 11(2), s. 380–385.

41 „Parlament Europejski [...] wzywa UE do podjęcia niezbędnych kroków, by we współpracy z UNESCO i Międzynarodowym Trybunałem Karnym rozszerzyć kategorię prawa międzynarodowego dotyczącą zbrodni przeciwko ludzkości w taki sposób, aby uwzględnić też akty mające na celu umyślne niszczenie dziedzictwa ludzkości na dużą skalę”. Cf. rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie niszczenia zabytków kultury przez Państwo Islamskie z dnia 30 kwietnia 2015 r., dokument nr 2015/2649(RSP), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B8-2015-0391+0+DOC+XML+V0//PL> [dostęp: 25.02.2016].

42 Cf. M. Lostal, *Syria’s world cultural heritage and individual criminal responsibility*, „International Review of Law” 2015, Vol. 3, <http://dx.doi.org/10.5339/irl.2015.3> [dostęp: 26.02.2016].

43 Szerzej: D. Drużdż, *Zbrodnia ludobójstwa w międzynarodowym prawie karnym*, Warszawa 2010, s. 25–36.

44 Szerzej na temat ewolucji pojęcia „ludobójstwo”: H. Schreiber, *Cultural genocide – ludobójstwo kulturowe – kulturobójstwo: niedokończony czy odrzucony projekt prawa międzynarodowego?*, [w:] *Kultura w stosunkach międzynarodowych*, t. I, *Zwrot kulturowy*, red. H. Schreiber, G. Michałowska, Warszawa 2013, s. 252–274.

konfliktu na Bałkanach. UNESCO używa natomiast pojęcia „czystka kulturowa” (*cultural cleansing*) w odniesieniu do aktów niszczenia syryjskiego dziedzictwa kulturowego, których „celem jest pozbycie się wszelkich przejawów obecności wspólnot religijnych i wyznaniowych innych niż te zgodne z interpretacją islamu przez Państwo Islamskie oraz takich, które łączą ataki na fizyczne i materialne miejsca kultu, pamięci i nauki oraz na niematerialne formy wyrazu kulturowego, takie jak zwyczaj, tradycje i przekonania”⁴⁵.

Podsumowanie

Problem przeciwdziałania aktom destrukcji kulturowego dorobku na dobre zagościł w dyskursie międzynarodowym. Dbłość o zachowanie dziedzictwa kulturowego w nie naruszonym stanie przejawia się dziś nie tylko w licznych regulacjach prawnych, ale także w istnieniu organizacji międzynarodowych stojących na straży tego dziedzictwa, w tym rzecz jasna najważniejszej – Organizacji Narodów Zjednoczonych ds. Wychowania, Nauki i Kultury (UNESCO). Oprócz tego na gruncie międzynarodowego prawa karnego podejmowane są wysiłki zmierzające do ukarania sprawców zbrodni wojennych wymierzonych w zasoby kulturowe. Rzecz jasna kara, następująca ze swej istoty *post facto*, nie „przywróci życia” skarbowi kultury. Można mieć jedynie nadzieję, że będzie działać odstrasząco, pełniąc funkcję zarówno prewencji specjalnej, jak i ogólnej. Taki był zresztą zamysł twórców MTK. Powołano go przecież nie tylko w celu sądzenia popełnionych już zbrodni, ma on służyć również jako impuls do porzucenia zbrodniczych intencji przez kolejnych potencjalnych sprawców.

Sekretarz Generalny ONZ – Ban Ki-moon podczas pierwszej Konferencji Przeglądowej Statutu Rzymskiego, która odbyła się w 2010 r. w Kampali (Uganda), podkreślał, że stara era bezkarności dobiegła końca, a jej miejsce zajmuje dziś „era odpowiedzialności” (*Age of Accountability*)⁴⁶. Miejmy nadzieję, że dzięki tej ewolucji wzrośnie bezpieczeństwo kulturowego dziedzictwa.

Literatura

Bensouda F., *Whither ICC-UNSC Relations in the 21st Century? Challenges and Opportunities*, <http://www.international-criminal-justice-today.org/arguendo/article/whither-icc-uns-c-relations-in-the-21st-century-challenges-and-opportunities/> [dostęp: 12.09.2016].

45 Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie niszczenia zabytków kultury..., *op. cit.*

46 B. Ki-moon, *Address to the Review Conference on the International Criminal Court: „An Age of Accountability”*, Kampala (Uganda), 31.05.2010, <http://www.un.org/sg/STATEMENTS/index.asp?nid=4585> [dostęp: 7.03.2016]. *The old era of impunity is over. In its place, slowly but surely, we are witnessing the birth of a new Age of Accountability.*

- Bokova I., *Culture in the Cross Hairs*, „The New York Times”, 2.12.2012, <http://www.nytimes.com/2012/12/03/opinion/global/cultural-sites-must-be-protected.html> [dostęp: 12.09.2016].
- Drużdż D., *Zbrodnia ludobójstwa w międzynarodowym prawie karnym*, Warszawa 2010.
- Gottlieb Y., *Criminalizing Destruction of Cultural Property: A Proposal for Defining New Crimes under the Rome Statute of the ICC*, „Penn State International Law Review” 2004-2005, Vol. 23.
- Izydorczyk J., Wiliński P., *Międzynarodowy Trybunał Karny. Powstanie, organizacja, jurysdykcja, akty prawne*, Kraków 2004.
- Kawczyńska K., *Dezintegracja Jugosławii. Most w Mostarze – symbol dialogu i wojny kultury*, Poznań 2014.
- Ki-moon B., *Address to the Review Conference on the International Criminal Court: „An Age of Accountability”, Kampala (Uganda), 31 May 2010*, <http://www.un.org/sg/STATEMENTS/index.asp?nid=4585> [dostęp: 12.09.2016].
- Krzan B., *Kompetencje Rady Bezpieczeństwa ONZ w międzynarodowym sądownictwie karnym*, Toruń 2009.
- Lostal M., *Syria’s world cultural heritage and individual criminal responsibility*, „International Review of Law” 2015, Vol. 3, <http://dx.doi.org/10.5339/irl.2015.3> [dostęp: 12.09.2016].
- O’Keefe R., *Protection of cultural property under international criminal law*, „Melbourne Journal of International Law” 2010, Vol. 11(2).
- Petrovic J., *What next for endangered cultural treasures? The Timbuktu crisis and the responsibility to protect*, „New Zealand Journal of Public and International Law” 2013, nr 11.
- Ratković D., *Chorwacja, skutki wojny*, „Cenne, bezcenne/utracone” 1997, nr 2
- Schreiber H., *Cultural genocide – ludobójstwo kulturowe – kulturobójstwo: niedokończony czy odrzucony projekt prawa międzynarodowego?*, [w:] *Kultura w stosunkach międzynarodowych*, t. I, *Zwrot kulturowy*, red. H. Schreiber, G. Michałowska, Warszawa 2013.
- Schreiber H., *Konwencja o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego wraz z Regulaminem wykonawczym do tej Konwencji oraz Protokół o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego podpisane w Hadze dnia 14 maja 1954 r.*, [w:] *Konwencje UNESCO w dziedzinie kultury. Komentarz*, red. K. Zalańska, Warszawa 2014.
- Situation in Mali. Article 53(1) Report, 16 January 2013*, https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0112/Documents/SAS MaliArticle-53_1PublicReportENG16Jan2013.pdf [dostęp: 12.09.2016].
- State of Conservation (SOC): Timbuktu (2013)*, <http://whc.unesco.org/en/soc/1865> [dostęp: 12.09.2016].
- Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the alleged crimes committed by ISIS*, https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/otp-stat-08-04-2015-1.aspx [dostęp: 12.09.2016].

Timbaktu – manuskrypty ocalały, <http://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/swiat/1535299,1,timbaktu--manuskrypty-ocalaly.read> [dostęp: 12.09.2016].

Tuaregs claim 'independence' from Mali, <http://www.aljazeera.com/news/africa/2012/04/20124644412359539.html> [dostęp: 12.09.2016].

Tymowski M., *Dzieje Timbaktu*, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk 1979.

Vattel E., *Práwo narodów, czyli zasady práwa naturalnego zastosowane do postępowania i spraw narodów i monarchów*, t. 2, Warszawa 1958.

I Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych, Genewa, 8 czerwca 1977 r., Dz.U. 1992 nr 41 poz. 175, załącznik.

Drugi Protokół do Konwencji o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego, podpisanej w Hadze dnia 14 maja 1954 r., Haga, 26 marca 1999 r., Dz.U. 2012 poz. 248.

Karta Międzynarodowego Trybunału Wojskowego, Londyn, 8 sierpnia 1945 r., Dz.U. 1947 nr 63 poz. 367.

Konwencja dotycząca praw i zwyczajów wojny lądowej, Haga, 18 października 1907 r., Dz.U. 1927 nr 21 poz. 161.

Konwencja dotycząca środków zmierzających do zakazu i zapobiegania nielegalnemu przywozowi, wywozowi i przenoszeniu własności dóbr kultury, Paryż, 17 listopada 1970 r., Dz. U. 1974 nr 20 poz. 160.

Konwencja o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego, Haga, 14 maja 1954 r., Dz.U. 1957 nr 46 poz. 212.

Konwencja w sprawie karania i zapobiegania zbrodni ludobójstwa, uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych, 9 grudnia 1948 r., Dz.U. 1952 nr 2 poz. 9.

Konwencja w sprawie ochrony światowego dziedzictwa kulturalnego i naturalnego, Paryż, 16 listopada 1972 r., Dz.U. 1976 nr 32 poz. 190.

Projekt deklaracji międzynarodowej dotyczącej praw i zwyczajów wojny (Deklaracja brukselska), Bruksela, 27 sierpnia 1874 r., [w:] S. Nahlik, *Międzynarodowa ochrona dóbr kulturalnych. Zbiór tekstów*, Warszawa 1962.

Projekt rezolucji 348 (2014) z dnia 22 maja 2014 r., dokument nr S/2014/348.

Prokurator v. Blaskić, sprawa nr IT-95-14-T, orzeczenie Izby Orzekającej z dnia 3 marca 2000 r.

Prokurator v. Miodrag Jokić, sprawa nr IT-01-42/1-S, orzeczenie Izby Orzekającej z dnia 18 marca 2004 r.

Prokurator v. Pavle Strugar, sprawa nr IT-01-42-T, orzeczenie Izby Orzekającej z dnia 31 stycznia 2005 r.

Prokurator v. Pavle Strugar, sprawa nr IT-01-42-A, orzeczenie Izby Apelacyjnej z dnia 17 lipca 2008 r.

- Rezolucja 2056 (2012) z dnia 5 lipca 2012 r., dokument nr S/RES/2056 (2012).
Rezolucja 2199 (2015) z dnia 12 lutego 2015 r., dokument nr S/RES/2199 (2015).
Rezolucja 2249 (2015) z dnia 20 listopada 2015 r., dokument nr S/RES/2249 (2015).
Rezolucja 2253 (2015) z dnia 17 grudnia 2015 r., dokument nr S/RES/2253 (2015).
Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie niszczenia zabytków kultury przez Państwo Islamskie z dnia 30 kwietnia 2015 r., dokument nr 2015/2649(RSP).
Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego, Rzym, 17 lipca 1998 r., Dz.U. 2003 nr 78 poz. 708.
Statut Międzynarodowego Trybunału do Sądzenia Osób Odpowiedzialnych za Poważne Naruszenia Międzynarodowego Prawa Humanitarnego Popełnione na Terytorium byłej Jugosławii od 1991 r., Nowy Jork, 25 maja 1993 r., http://www.pck.org.pl/pliki/mph/1993_Haga_-_Statut_MTKJ.pdf [dostęp: 12.09.2016].
Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946.
- <http://www.cro.pl/dubr2.php?param=1> [dostęp: 12.09.2016].
<http://whc.unesco.org/en/list/> [dostęp: 12.09.2016].
<http://whc.unesco.org/en/news/893/> [dostęp: 12.09.2016].
<http://www.zod.hr/eng/novost.php?id=50> [dostęp: 12.09.2016].

SUMMARY

The protection of cultural heritage in the International Criminal Courts

The article aims to present the problem of the ineffectiveness of international legal instruments for the protection of cultural heritage. It presents examples of where such laws were violated and suggests that international criminal law can contribute to a better condition of cultural property. The author emphasizes that the International Criminal Court should play an important role in safeguarding such property from destruction in the future. In that context, the article presents *inter alia* the case of Ahmad Al Faqi Al Mahdi, which is claimed to be a milestone in the protection of cultural heritage.

Keywords: cultural heritage protection, destruction of cultural heritage, international criminal law, International Criminal Court, war crimes, crimes against humanity

SYLWIA STRYJKOWSKA, Adam Mickiewicz University Poznań, Faculty of Law and Administration, Al. Niepodległości 53, 61-714 Poznań, e-mail: sylwia.stryjkowska@amu.edu.pl.

MARTYNA OSTRZYCKA

Ocena działań ustawodawcy na gruncie przepisów Kodeksu postępowania karnego dotyczących odszkodowania za niesłuszne stosowanie środków przymusu, ze szczególnym uwzględnieniem zabezpieczenia majątkowego

Ostatnimi czasy częstotliwość dokonywania nowelizacji Kodeksu postępowania karnego¹ stała się, niebezpiecznie wręcz, wysoka. Mowa tu w szczególności o „wielkiej” nowelizacji k.p.k., na którą złożyły się dwie ustawy fundamentalnie zmieniające polskie postępowanie karne, które weszły w życie 1 lipca 2015 r.² Podstawowym celem kompleksowej reformy postępowania karnego było przemodelowanie postępowania sądowego w kierunku większej kontrydiktoryjności w jej klasycznym rozumieniu³. Ponadto należy wskazać na ostatnią nowelizację, która weszła w życie 15 kwietnia 2016 r.⁴ i, mówiąc ogólnie, w dużym stopniu stanowi zanegowanie wprowadzonych wcześniej zmian. Konsekwencją takich działań ustawodawcy stało się m.in. krótkotrwałe funkcjonowanie pewnych instytucji w zmienionej formie, które wskutek kolejnych nowelizacji przywracane są do wersji pierwotnej. Powoduje to bez wątpienia poczucie braku pewności prawa i wprowadza zamęt w stosowaniu przepisów procedury karnej.

Tematyka niniejszej pracy została zawężona do kwestii odszkodowania i zadośćuczynienia za niesłuszne stosowanie środków przymusu, w szczególności zabezpieczenia

1 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. nr 89 poz. 555). Warto zauważyć, że w okresie od września 1998 r. do sierpnia 2015 r. k.p.k. był zmieniany przez ok. 80 ustaw nowelizujących.

2 Mowa tu o następujących aktach normatywnych: ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1247) oraz ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 396), które weszły w życie 1 lipca 2015 r.

3 Szerzej: K. Dąbkiewicz, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015, s. 25–26.

4 Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 437), która weszła w życie 15 kwietnia 2016 r.

majątkowego. Pominięto zatem niezwykle szerokie zagadnienie odszkodowania za bezprawne pozbawienie wolności, z wyjątkiem sytuacji, kiedy nawiązanie do niego było konieczne dla zachowania logiki i spójności wywodu. Analizie poddane zostały trzy stany prawne: obowiązujący do dnia 30 czerwca 2015 r., obowiązujący od dnia 1 lipca 2015 r. do dnia 14 kwietnia 2016 r. oraz obowiązujący od dnia 15 kwietnia 2016 r.

Punktem wyjścia dla omawianej problematyki jest art. 77 ust. 1 Konstytucji⁵, który stanowi: „Każdy ma prawo do wynagrodzenia szkody, jaka została mu wyrządzona przez niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej”.

Za M. Haczkowską⁶ należy podkreślić, że konstytucjonalizacja prawa do odszkodowania regulowanego w art. 77 ust. 1 Konstytucji, stanowi ważny krok w zakresie ochrony praw jednostek wobec arbitralnych działań władzy.

W tym miejscu należy przytoczyć niezwykle istotny w kontekście poruszanej tematyki fragment wyroku Trybunału Konstytucyjnego⁷, odnoszący się do treści oraz stosowania art. 77 ust. 1 Konstytucji. We wskazanym wyroku TK stwierdził:

W przepisie tym wyraża się myśl ogólną, iż bezprawne wyrządzenie szkody przez władzę publiczną daje prawo do odszkodowania. Jest to prawo konstytucyjne. Ta konstatacja jest decydująca dla normatywnego znaczenia art. 77 ust. 1 Konstytucji. Przepis ten jednak sam przez się nie wskazuje wyczerpująco ani jaka szkoda (w jakich granicach) ma podlegać naprawieniu, ani nie rozstrzyga co decyduje o wymaganej przesłance bezprawności, nie wspominając już o drodze, na jakiej realizacja uprawnienia odszkodowawczego ma nastąpić. Te kwestie mogą być zatem – co do zasady – regulowane w ustawach zwykłych. Niepodobna więc jednak w art. 77 ust. 1 Konstytucji upatrywać generalnej, wyczerpującej i przede wszystkim wystarczającej podstawy do żądania pełnego odszkodowania, za każde zdarzenie powodujące szkodę, pozostającą nawet w odległym związku kauzalnym, za każdy rodzaj nieprawidłowości w zachowaniu władzy publicznej. Gdyby tak było, stawałaby się zbędna dalsza regulacja tych kwestii w ustawodawstwie zwykłym co do zakresów pominiętych w samym normowaniu art. 77 ust. 1 Konstytucji.

W tym kontekście oczywiste jest, że art. 77 ust. 1 Konstytucji nie może stanowić samoistnej przesłanki dochodzenia odszkodowania. Konieczne jest zatem powołanie się na konkretny przepis aktu rangi ustawowej.

5 Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 486).

6 M. Haczkowska, *Środki ochrony wolności i praw*, [w:] *Komentarz. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, red. M. Haczkowska, Warszawa 2014, s. 162.

7 Wyrok TK z dnia 20 stycznia 2004 r., SK 26/03, OTK-A 2004, nr 1, poz. 3 (podają za: P. Wieliński, *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011, s. 265). Cf. L. Garlicki, *Komentarz do art. 77 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. 5, Warszawa 2007, s. 8–11.

Jedną z istotniejszych instytucji procedury karnej, która realizuje gwarancje z art. 77 ust. 1 Konstytucji jest odszkodowanie i zadośćuczynienie uregulowane w rozdziale 58 k.p.k.⁸ L. Garlicki⁹ zwrócił uwagę, że gwarancje z art. 77 ust. 1 Konstytucji mają swoje przełożenie także na sytuację prawną uczestników postępowania karnego, mimo że wskazany przepis w pierwszej kolejności odnosi się do regulacji prawa cywilnego. Jak słusznie wskazał Ł. Chojniak¹⁰, norma wyrażona w art. 77 ust. 1 Konstytucji została doprecyzowana w przepisie art. 41 ust. 5 Konstytucji, który stanowi, że „każdy bezprawnie pozbawiony wolności ma prawo do odszkodowania”¹¹. Zasadne jest więc stwierdzenie, że ustawodawca wskazał wprost w przytoczonych zapisach Konstytucji, iż procedura odszkodowawcza z tytułu niesłusznego skazania oraz niesłusznego stosowania środków przymusu powinna być uregulowana odrębnie od zasad ogólnych prawa cywilnego. Taką regulacją jest właśnie rozdział 58 k.p.k. Przy czym, jak przyjęto w doktrynie¹², Konstytucja posługuje się terminem „szkoda” w szerokim znaczeniu, czyli nie ogranicza się do pojęcia szkody materialnej¹³. Mowa tu zatem o każdym uszczerbku w prawie chronionych dobrach danego podmiotu, zarówno tych o charakterze majątkowym, jak i niemajątkowym. W konsekwencji możliwa jest także odpowiedzialność władzy z tytułu naruszenia dóbr osobistych jednostki, m.in. w zakresie zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę niemajątkową.

Za P. Wilińskim¹⁴ warto podkreślić, że zasada odpowiedzialności odszkodowawczej, wyrażona w art. 41 ust. 5 Konstytucji, została oparta na konstrukcji bezprawności. Przepis ten wymaga bowiem dla powstania podstawy do odpowiedzialności zaistnienia bezprawnego, nie zaś niesłusznego, pozbawienia wolności. Bezprawność oznacza tu „oczywisty brak podstawy prawnej albo instrumentalne stosowanie obowiązujących przepisów z obejściem ich istoty, lecz dla uzyskania celów z tymi przepisami niespójnych (nadużycie prawa)”.

Nie ulega wątpliwości, że zaistnienie pomyłki w działalności organów wymiaru sprawiedliwości czy też organów ścigania jest nieuniknione. Fakt ten stanowi niejako podsta-

8 Cf. P. Cioch, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa z tytułu niesłusznego skazania*, Warszawa 2007, s. 53–62.

9 L. Garlicki, *op. cit.*, s. 5–8.

10 K.T. Boratyńska, Ł. Chojniak, W. Jasiński, *Postępowanie karne*, Warszawa 2015, s. 650–651.

11 Tak też B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 272. Autor wskazuje, że art. 41 ust. 5 stanowi *lex specialis* wobec art. 77 Konstytucji i jest dodatkową, istotną gwarancją chroniącą przed nadużyciami instytucji pozbawienia i ograniczenia wolności.

12 W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 92; M. Haczkowska, *op. cit.*, s. 163; B. Banaszak, *op. cit.*, s. 451–462; P. Wiliński, *op. cit.*, s. 201.

13 Wyrok TK z dnia 4 grudnia 2001 r., SK 18/00, OTK 2001, nr 8, poz. 256. Według TK „użyte w Konstytucji pojęcie szkody powinno być rozumiane w sposób przyjęty na gruncie prawa cywilnego [...]. Chodzi tu o każdy uszczerbek w prawie chronionych dobrach danego podmiotu, zarówno o charakterze majątkowym, jak i niemajątkowym”.

14 P. Wiliński, *op. cit.*, s. 201.

wę konieczności regulowania przez ustawodawcę szczegółowych przesłanek bądź wzruszenia prawomocnych orzeczeń (kasacja, wznowienie postępowania), bądź też ponoszenia przez państwo odpowiedzialności za szkody wynikające z niesłusznego zastosowania szczególnie dolegliwych dla danej jednostki środków. Wyrządzenie szkody lub krzywdy w konsekwencji wadliwego zastosowania przepisów prawa stanowi bezsprzecznie ingerencję w sferę wykonywania praw jednostki. Nie można jednak przerzucić ponoszenia konsekwencji tej ingerencji na pokrzywdzoną jednostkę. Odpowiedzialność powinno ponieść państwo, a właściwie jego organy¹⁵.

Przechodząc do szczegółowej analizy tematyki opracowania, w pierwszej kolejności należy wskazać, że już na początku lat 90. P. Hofmański¹⁶ podnosił problem pomijania w doktrynie procesu karnego problematyki odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkody wyrządzone zastosowaniem, innych niż tymczasowe aresztowanie, środków przymusu, w sytuacji gdy publikowane są obszerne opracowania dotyczące odszkodowania za szkody spowodowane oczywiście niesłusznym tymczasowym aresztowaniem¹⁷. Zagadnienie odpowiedzialności państwa za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy państwowych było z kolei szeroko analizowane w doktrynie prawa cywilnego¹⁸. Przy czym z uwagi na kształt systemu prawnego rozważania cywilistów dotyczyły także szkody wyrządzonej środkami przymusu w postępowaniu karnym. P. Hofmański słusznie skrytykował taki stan rzeczy, wskazując na specyfikę procesu karnego, a w związku z tym konieczność analizy problemu w doktrynie karnistycznej. Ponadto wysunął postulat uregulowania przedmiotowej instytucji w k.p.k. Przedstawił w tym względzie następujące argumenty¹⁹:

15 P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego*, t. III, *Komentarz do artykułów 468–682*, Warszawa 2012, s. 464.

16 P. Hofmański, *Problem odpowiedzialności państwa za szkody spowodowane środkami przymusu w procesie karnym*, [w:] *Stosowanie środków przymusu w procesie karnym. Problem karnoprocesowych ograniczeń praw obywatelskich*, red. K. Amelung, K. Marszał, Katowice 1990, s. 168–169. Cf. idem, *Nowe oblicze środków przymusu w procesie karnym*, „Białostockie Studia Prawnicze” 1992, nr 1, s. 190 i n., gdzie autor nawiązuje do problematyki konieczności uregulowania na gruncie k.p.k. odpowiedzialności Skarbu Państwa za niesłusne zastosowanie środków przymusu.

17 W okresie publikacji wskazanego wyżej opracowania P. Hofmańskiego odpowiedzialność państwa za szkody spowodowane niesłusznym zatrzymaniem była dopiero co wprowadzoną instytucją (na mocy ustawy z dnia 29 maja 1989 r. o zmianie niektórych przepisów prawa karnego, prawa o wykroczeniach oraz innych ustaw, Dz.U. nr 34 poz. 180), dlatego też we wskazanym okresie nie dokonano jeszcze jej analizy naukowej w piśmiennictwie.

18 P. Hofmański przywołał tu m.in. opracowania monograficzne J. Kosika, *Zasady odpowiedzialności państwa za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszów*, Wrocław 1961; A. Szpunara, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa za funkcjonariuszy*, Warszawa 1985.

19 P. Hofmański, *op. cit.*, s. 169–186. Autor szeroko opisał argumentację na rzecz konieczności uregulowania kwestii odpowiedzialności państwa za szkody wyrządzone na skutek zastosowania przymusu procesowego. Przyznał jednak, że wiele jego twierdzeń w publikacji można uznać za kontrowersyjne. W niniejszym opracowaniu przedmiotowy wywód przedstawiono w wersji skróconej do potrzebnego minimum.

- regulacja odpowiedzialności państwa za szkody wyrządzone zastosowaniem, innych niż tymczasowe aresztowanie, środków przymusu w k.p.k., przeniesie właściwość z sądów cywilnych (właściwych na zasadach ogólnych) na sądy karne, które z uwagi na swą specyfikę są w stanie lepiej zbadać kontekst sprawy i jej stan faktyczny,
- konieczność unifikacji regulacji prawnej odpowiedzialności państwa za szkody wyrządzone na skutek zastosowania przymusu procesowego, poprzez pełną regulację w k.p.k.,
- w procesie demokratyzacji procesu karnego niedopuszczalne jest utrzymywanie regulacji, które w sposób oczywisty nie gwarantują osobom niesłusznie dotkniętym negatywnymi skutkami działań organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości uzyskania stosownego odszkodowania i zadośćuczynienia,
- aby regulacja odpowiedzialności państwa za szkody wyrządzone zastosowaniem, innych niż tymczasowe aresztowanie, środków przymusu w k.p.k. miała sens, konieczne jest właściwe ukształtowanie podstaw prawnych stosowania przymusu.

Jednym z czołowych przedstawicieli doktryny, który silnie forsował regulację odpowiedzialności odszkodowawczej państwa za niesłuszne oskarżenie oraz niesłuszne stosowanie w toku procesu karnego innych środków przymusu niż zatrzymanie czy tymczasowe aresztowanie, jest Ł. Chojniak. Autor wyrażał krytyczne zdanie na temat stanu prawnego sprzed 1 lipca 2015 r. Wskazywał, że nie można uznać za prawidłowy poglądu, zgodnie z którym prowadzenie postępowania karnego przeciwko niewinnemu może wyrządzić mu szkodę lub krzywdę tylko wtedy, gdy dojdzie do jego zatrzymania, tymczasowego aresztowania czy też, wreszcie, skazania²⁰. Ł. Chojniak²¹ przedstawiał zarzut braku zupełności omawianej regulacji. Za pożądane wskazywał uzupełnienie jej o regulację odpowiedzialności państwa za niesłuszne oskarżenie, z zastrzeżeniem, że prawo do odszkodowania powinno przysługiwać także osobie niesłusznie oskarżonej przez prokuratora, czyli o czyn ścigany z oskarżenia publicznego. Przepis taki stanowiłby, zdaniem Ł. Chojniaka, zarówno gwarancję rekompensaty poniesionej szkody i doznanej krzywdy na skutek fałszywych oskarżeń, jak również mógłby ograniczyć liczbę wadliwych, nietrafnie uzasadnionych aktów oskarżenia, które niesłusznie oskarżają osoby, którym nie można dowieść winy. Ponadto Ł. Chojniak²² wskazywał na konieczność regulacji odpowiedzialności państwa za niesłuszne zastosowanie innych, niż zatrzymanie czy tymczasowe aresztowanie, środków przymusu. Zdaniem autora zastosowanie wobec po-

20 Ł. Chojniak, *Odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie*, Warszawa 2013, s. XXX (wstęp).

21 Ł. Chojniak, *Odszkodowanie za niesłuszne skazanie w polskim procesie karnym – wybrane zagadnienia*, [w:] *Węzłowe problemy procesu karnego*, red. P. Hofmański, Warszawa 2010, s. 488–489.

22 *Ibidem*, s. 293–295.

dejrzanego czy oskarżonego takich instytucji, jak: poręczenie majątkowe, społeczne lub osoby godnej zaufania, dozór Policji, nakaz opuszczenia lokalu mieszkalnego, zawieszenie w czynnościach służbowych, zakaz opuszczania kraju czy wreszcie zabezpieczenie majątkowe, właściwie zawsze może wyrządzić danej osobie – bądź wymierną szkodę majątkową, bądź krzywdę (cierpienia fizyczne i psychiczne). Ł. Chojniak²³ w odniesieniu do stosowania zabezpieczenia majątkowego podkreślił, że choć zabezpieczenie nie pozbawia władztwa oskarżonego nad jego własnością, to jego orzeczenie może negatywnie wpływać na sytuację majątkową danej osoby. Dla przykładu autor wymienił obciążenie nieruchomości oskarżonego hipoteką przymusową, co powoduje utratę jej wartości ekonomicznej z uwagi na wpis hipoteki do księgi wieczystej.

Na szczególną uwagę zasługuje również stanowisko wyrażone przez R.A. Stefańskiego²⁴, który podnosił, że rozszerzenie odpowiedzialności Skarbu Państwa „zwiększyłoby odpowiedzialność sędziów i prokuratorów za podejmowane decyzje oraz [...] wpłynęłoby na świadomość społeczeństwa, że organy procesowe muszą ponieść konsekwencje swoich decyzji procesowych”. Autor podkreślał ponadto, że zastosowanie innych środków przymusu niż tymczasowe aresztowanie czy zatrzymanie również może wyrządzić szkodę lub krzywdę, dlatego konieczne jest rozszerzenie omawianej regulacji²⁵.

Przechodząc do analizy dogmatycznej omawianej problematyki na gruncie przepisów k.p.k., należy wskazać, że w stanie prawnym obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r.²⁶ przepis art. 552 k.p.k. określał następujące prawnomaterialne podstawy roszczeń o odszkodowanie lub zadośćuczynienie: niesłuszne skazanie, w wyniku którego wykonana została kara w całości lub w części (art. 552 § 1 i 2), niesłuszne orzeczenie i wykonanie środka zabezpieczającego (art. 552 § 3), niewątpliwie niesłuszne tymczasowe aresztowanie, także w związku z wykonywaniem Europejskiego Nakazu Aresztowania (art. 552 § 4) oraz niewątpliwie niesłuszne zatrzymanie (art. 552 § 4)²⁷.

23 *Ibidem*, s. 295.

24 R.A. Stefański, *Odpowiedzialność za niesłuszne skazanie, niewątpliwie niesłuszne oskarżenie, przedstawienie zarzutów lub zastosowanie nieizolacyjnego środka zapobiegawczego*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 12, s. 31–49. Przedmiotowe stanowisko spotkało się z krytyczną, nie do końca jednak słuszną, odpowiedzią B. Mik, *O potrzebie dodatkowego, szczególnego unormowania odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa za niesłuszne skazanie oraz niewątpliwie niesłuszne oskarżenie, przedstawienie zarzutów lub zastosowanie nieizolacyjnego środka zapobiegawczego*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 12, s. 50–71.

25 R.A. Stefański, *op. cit.*, s. 47; także A.M. Tęcza-Paciorek, *O potrzebie uregulowania odszkodowania za niesłuszne oskarżenie*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 2, s. 69–79; eadem, *Zasada domniemania niewinności w polskim procesie karnym*, Warszawa 2012, s. 310–319.

26 Mowa tu o treści przepisu obowiązującej w okresie od 1 lipca 2003 r. do 30 czerwca 2015 r.

27 L.K. Paprzycki, *Komentarz do rozdziału 58 k.p.k.*, [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. II, *Komentarz do art. 425–673*, red. L.K. Paprzycki, Warszawa 2013, s. 421.

Jedynie na marginesie trzeba zaznaczyć, że art. 552 k.p.k. w wersji pierwotnej (obowiążącej od 1 stycznia 1998 r. do 30 czerwca 2003 r.²⁸) stanowił odpowiednik art. 487 k.p.k. z 1969 r. W porównaniu z nim szerzej określał podstawy roszczeń odszkodowawczych osób niesłusznie skazanych. Wynikało to z wprowadzenia instytucji nieważności orzeczeń. Odszkodowanie i zadośćuczynienie mogła uzyskać także osoba, która została uniewinniona lub skazana na łagodniejszą karę w wyniku stwierdzenia nieważności orzeczenia. Zmiany w treści omawianego przepisu wyniknęły ze zniesienia instytucji nieważności.

W tym kontekście należy wskazać, że do dnia 30 czerwca 2015 r. k.p.k. nie regulował kwestii odpowiedzialności Skarbu Państwa za niesłuszne stosowanie środków przymusu.

Do momentu wejścia w życie kolejnej nowelizacji, tj. do dnia 1 lipca 2015 r., w doktrynie procesu karnego pojawiły się liczne postulaty dotyczące konieczności uregulowania kwestii odpowiedzialności państwa za niesłuszne oskarżenie oraz właśnie za niesłuszne stosowanie środków przymusu²⁹.

Ostatecznie ustawodawca zdecydował się przyjąć jedną z bardziej fundamentalnych oraz innowacyjnych zmian, jakie wprowadzono wspomnianą już wcześniej „wielką” nowelizacją k.p.k.³⁰ Regulacje z rozdziału 58 k.p.k. zostały w istotny sposób zmienione i rozbudowane. Wprowadzono nowy tytuł rozdziału, przyjmując iż dotyczy: „Odszkodowania i zadośćuczynienia za niesłuszne skazanie oraz niesłuszne stosowanie środków przymusu procesowego”. Przepis art. 552 § 1 k.p.k. odnosił się, tak jak wcześniej, do niesłusznego skazania, przy czym przyznano możliwość uzyskania odszkodowania i zadośćuczynienia także za niesłuszne zastosowanie środków karnych, których dolegliwość faktycznie często przekraczała dolegliwość samej kary. Odszkodowanie można było uzyskać również za niezasadne wykonywanie wobec oskarżonego, ostatecznie uniewinnionego, środka przymusu określonego w dziale VI k.p.k., czyli zatrzymania, środków zapobiegawczych oraz zabezpieczenia majątkowego. W razie ponownego skazania oskarżonego odszkodowanie i zadośćuczynienie przysługiwały także za niezasadne wykonywanie środków przymusu w zakresie, w jakim nie zostały zaliczone na poczet orzeczonych kar i środków. W ramach opisywanej nowelizacji do k.p.k. dodano art. 552a

28 Wersja pierwotna przepisu została zmieniona ustawą z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. nr 17 poz. 155), która weszła w życie 1 lipca 2003 r.

29 Cf. literatura wskazana wcześniej, przy okazji prezentowania stanowiska doktryny w zakresie omawianej materii.

30 Rozdział 58 k.p.k. został zmieniony i rozbudowany ustawą z dnia 27 września 2013 r. (Dz.U. poz. 1247), która weszła w życie 1 lipca 2015 r. Cf. K. Dąbkiewicz, *op. cit.*, s. 556–557. Natomiast przepisy rozdziału 58 k.p.k. nie były przedmiotem dalszych modyfikacji, wynikających z ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 396).

i art. 552b. Analiza drugiego z nich, jako dotyczącego jedynie roszczenia o odszkodowanie i zadośćuczynienie za niewątpliwie niesłuszne zatrzymanie w związku z prowadzonym postępowaniem karnym, pozostaje poza ramami niniejszego opracowania. Istotna będzie z kolei analiza pierwszego z nich, który stanowił rozszerzenie zakresu przedmiotowego rozdziału 58 k.p.k. Wprowadził do postępowania karnego nową regulację przyznającą prawo do odszkodowania i zadośćuczynienia w wypadku, gdy do uniewinnienia lub umorzenia postępowania *in personam* doszło w drodze prawomocnego wyroku, bez wzruszania orzeczenia w trybie nadzwyczajnych środków zaskarżenia, także gdy umorzenie postępowania nastąpiło na etapie postępowania przygotowawczego. Regulacja ta stanowiła wypełnienie wskazywanych wyżej postulatów doktryny dotyczących odszkodowania za tzw. niesłuszne oskarżenie³¹. Wprowadzona w art. 552a § 1 odpowiedzialność Skarbu Państwa została jednak ograniczona do sytuacji, gdy wobec osoby uniewinnionej, lub wobec której umorzono postępowanie, wykonane zostały w tym postępowaniu środki przymusu. W omawianym przepisie przyjęto założenie, że z uwagi na treść wydanego orzeczenia wykonanie środka przymusu było niesłuszne. Miało to miejsce w sytuacji, gdy w toku postępowania karnego zastosowano środek przymusu i był on wykonany, a następnie oskarżony został uniewinniony w pierwszej lub drugiej instancji albo postępowanie zostało umorzone, zarówno na etapie postępowania sądowego, jak i przygotowawczego³².

Z kolei przepisem art. 552a § 2 k.p.k. wprowadzono możliwość dochodzenia przez osoby skazane, a także przez osoby, wobec których warunkowo umorzono postępowanie (art. 552a § 3 k.p.k.), odszkodowania lub zadośćuczynienia, gdy zastosowane środki zapobiegawcze lub zabezpieczenie majątkowe przewyższyły zastosowaną reakcję karną³³. Przedmiotowa regulacja nie obejmowała natomiast swym zakresem prawa do odszkodowania i zadośćuczynienia w wypadku zastosowania środków przymusu niepodlegających zaliczeniu na poczet orzeczonej kary lub środków karnych (np. dozór Policji, zakaz opuszczania kraju), nawet gdyby ustalono, że zastosowanie takiego środka wobec osoby skazanej było niezasadne³⁴.

Istotna była również zmiana wprowadzona w art. 553 § 2 k.p.k. Przepis ten wprowadził, nieistniejące dotąd w kodeksie, wyłączenie roszczenia o odszkodowanie lub zadośćuczynienie z tytułu wykonywania środka przymusu, co zachodzi w sytuacji, gdy jego zastosowanie nastąpiło z powodu bezprawnego utrudniania postępowania przez oskarżonego. Przy czym sformułowanie „bezprawne utrudnianie” należy interpretować ściśle jako konkretne działania powodujące zakłócenie prawidłowego toku postępowania-

31 *Ibidem*, s. 558–559.

32 D. Świecki, *Komentarz do rozdziału 58 k.p.k.*, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. D. Świecki, t. II, Warszawa 2015, s. 594.

33 K. Dąbkiewicz, *op. cit.*, s. 560.

34 D. Świecki, *op. cit.*, s. 595.

nia karnego. Jeżeli podstawą zastosowania środka przymusu była jedynie obawa takiego utrudniania, nie było to podstawą do zastosowania omawianego wyłączenia z art. 553 § 2 k.p.k.³⁵

Zanim nastąpi szczegółowe omówienie treści wskazanych wyżej przepisów, należy przytoczyć argumentację, jaka przyświecała ustawodawcy³⁶ w kontekście wprowadzenia ich do obowiązującego porządku prawnego. Przede wszystkim wskazano, że dotychczasowa regulacja wymagała uzupełnienia, gdyż odsyłanie osób w zakresie nieuregulowanym w rozdziale 58 k.p.k. „na drogę, jak wiadomo w praktyce długotrwałego, postępowania cywilnego nie jest zasadne, jeśli uwzględni się, że szkoda i krzywda spowodowana została w specyficznych warunkach, bo w postępowaniu karnym, przez państwowe organy ścigania i wymiar sprawiedliwości w sprawach karnych. Jak najbardziej zasadne jawi się więc kompensowanie tych szkód i krzywd w trybie karno-procesowym, z odpowiednim tylko stosowaniem przepisów prawa cywilnego, w tym procesowego”³⁷. W odniesieniu do treści art. 552a k.p.k. w uzasadnieniu wskazano, że „w praktyce bywa, że stosowane środki zapobiegawcze i zabezpieczenie majątkowe przewyższają niekiedy rozmiar orzeczonych kar i środków karnych, na poczet których można było je zaliczyć, albo kary te i środki są dostosowywane do rozmiarów i czasokresów wskazanych środków przymusu. Wydaje się zatem niezbędne wprowadzenie możliwości dochodzenia przez osoby skazane oraz wobec których postępowanie warunkowo umorzono, stosownych roszczeń, także wówczas, gdy środki przymusu procesowego przewyższają zastosowaną reakcję karną”³⁸. Wreszcie w odniesieniu do wprowadzonej nowelizacją treści art. 553 § 2 k.p.k. uznano, że poszerzenie zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa nie może oznaczać, iż odszkodowanie takie będzie służyło osobie uniewinnionej lub wobec której umorzono bądź warunkowo umorzono postępowanie, gdy stosowane wobec niej uprzednio środki zapobiegawcze spowodowane były podejmowaniem przez nią w toku postępowania działań bezprawnie utrudniających to postępowanie. Oskarżony korzystając z prawa do obrony nie może bowiem podejmować tego rodzaju działań, a jego obrona powinna mieścić się w granicach prawa.

Warunkiem możliwości dochodzenia, na podstawie art. 552 § 1 k.p.k., roszczeń o odszkodowanie lub zadośćuczynienie za niezasadne wykonanie środka przymusu było niezaliczenie okresu stosowania środków przymusu na poczet orzeczonych środków reakcji prawnokarnej. Taka sytuacja miała miejsce albo ze względu na ich nieorzeczenie (wyrok uniewinniający oraz umarzający postępowanie), albo ze względu na niemożność ich

35 K. Dąbkiewicz, *op. cit.*, s. 562.

36 Uzasadnienie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, <https://bip.ms.gov.pl/pl/projekty-aktow-prawnych/prawo-karne/> [dostęp: 1.04.2016].

37 *Ibidem*, s. 95.

38 *Ibidem*, s. 98.

zaliczenia (w części lub w całości) na poczet środków orzeczonych w wyroku w danej sprawie³⁹. Reguła ta obowiązywała również na gruncie art. 552a § 1 k.p.k., gdyż uniewinnienie oskarżonego lub umorzenie wobec niego postępowania w wypadkach innych niż określone w art. 552 §§ 1-3 oznaczało, że okresy stosowania środków przymusu nie mogły zostać zaliczone. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach⁴⁰ treść art. 552a § 1 k.p.k. wskazywała, że w zasadzie jedyną przesłanką warunkującą odpowiedzialność odszkodowawczą Skarbu Państwa za zatrzymanie (ale też za inne środki przymusu) było istnienie prawomocnego wyroku uniewinniającego oskarżonego lub umarzającego postępowanie. Była to odpowiedzialność niejako automatyczna, gdyż ustawodawca nie przewidział żadnych okoliczności, które w przypadku wydania wskazanego rozstrzygnięcia odpowiedzialność tę by ograniczały lub wyłączały. Bez znaczenia pozostawało natomiast to, czy środki przymusu były stosowane zgodnie z właściwymi przepisami określonymi w Kodeksie postępowania karnego. Jedyną istotną przesłanką dla oceny słuszności dochodzonego roszczenia było rozstrzygnięcie w sprawie karnej prowadzonej przeciwko wnioskodawcy, które nie zostało jeszcze wydane.

Z kolei zgodnie z art. 552a § 2 k.p.k. w przypadku skazania oskarżonego roszczenie przysługiwało tylko w odniesieniu do środków zapobiegawczych lub zabezpieczenia majątkowego w zakresie, w jakim z uwagi na rodzaj i rozmiar orzeczonych kar lub środków karnych nie można było zaliczyć na ich poczet okresów wykonywania odpowiednich środków zapobiegawczych podlegających takiemu zaliczeniu lub w pełni wykorzystać zastosowanego zabezpieczenia majątkowego⁴¹.

Odnosząc te uwagi do instytucji zabezpieczenia majątkowego, stanowiącego szczególny środek przymusu, należy wskazać, że wprowadzone ustawą z 2013 r. rozszerzenie zakresu odpowiedzialności Skarbu Państwa za niesłuszne stosowanie środków przymusu, w tym zabezpieczenia majątkowego co do zasady należy ocenić pozytywnie. Jednakże regulacja ta, w odniesieniu do zabezpieczenia majątkowego, zawierała kilka elementów, które powinny być zostać zmodyfikowane.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że celem zabezpieczenia majątkowego jest zabezpieczenie na mieniu oskarżonego wykonania przyszłego orzeczenia⁴², a mianowicie kar i środków karnych o charakterze majątkowym, które mogą zostać orzeczone

39 W. Jasiński, *Komentarz do rozdziału 58 k.p.k.*, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2015, s. 1301.

40 Wyrok SA w Katowicach z dnia 3 lipca 2015 r., II Aka 220/15, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 3, poz. 36.

41 Cf. uwagi krytyczne W. Jasińskiego, *Odszkodowanie i zadośćuczynienie za niesłuszne skazanie, wykonanie środka zabezpieczającego oraz niezasadne stosowanie środków przymusu po nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 9, s. 63–68. Cf. P. Czarnecki, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa za błędy wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych po 1 lipca 2015 r.*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ” 2015, nr 2, s. 52–76.

42 J. Grajewski, *Przebieg procesu karnego*, Warszawa 2004, s. 126.

w wyroku sądowym, przypadku i środków kompensacyjnych zasądzonych w postępowaniu karnym, a także kosztów sądowych. Charakter tej instytucji jest zatem odmienny od innych środków przymusu, a w szczególności środków zapobiegawczych, które mają zabezpieczać tok toczącego się postępowania, tak by w procesie nie wystąpiły żadne trudności w jego przeprowadzeniu. Zabezpieczenie majątkowe zabezpiecza zaś wykonalność zapadłego w przyszłości orzeczenia. W konsekwencji powoduje to trudności w uregulowaniu jednolitych przepisów dotyczących odpowiedzialności Skarbu Państwa w tym zakresie. Jak zostało wyżej podkreślone, bardzo ważną zmianą ustawy nowelizującej z 2013 r. było wyraźne uzależnienie tej odpowiedzialności od tego, czy środki przymusu zostały zaliczone na poczet orzeczonych środków reakcji prawnokarnej. Tymczasem trudno mówić w kontekście zabezpieczenia majątkowego o tego typu zaliczeniu. Zabezpieczone mienie jest bowiem wykorzystywane dopiero w sytuacji, gdy oskarżony przykładowo nie zapłaci w terminie orzeczonej grzywny. W takiej sytuacji egzekucja następuje właśnie z zabezpieczonego wcześniej mienia. Dlatego też treść art. 552 § 1 k.p.k. nie była sformułowana precyzyjnie, co w praktyce mogło budzić uzasadnione wątpliwości co do jego stosowania w odniesieniu do zabezpieczenia majątkowego. W tym kontekście należy wskazać, że ustawodawca wykazał się niekonsekwencją, gdyż w art. 552a § 2 k.p.k. wskazał na „wykorzystanie” zastosowanego zabezpieczenia majątkowego, co należy uznać za stwierdzenie poprawne. Zdziwienie budzi więc fakt niedokonania takiego rozróżnienia w art. 552 § 1 k.p.k.

Należy również wskazać na kolejny problem w kontekście odszkodowania lub zadośćuczynienia za niesłuszne zastosowanie zabezpieczenia majątkowego. Mianowicie możliwe jest powstanie szkody zarówno majątkowej, jak i niemajątkowej, także w sytuacji gdy zastosowane zabezpieczenie majątkowe zostało po jakimś czasie uchylone w całości lub w części, gdyż ustały przyczyny, dla których zostało ono zastosowane w określonym rozmiarze, lub powstały przyczyny uzasadniające jego uchylenie choćby w części (art. 291 § 4 k.p.k.). Przykładowo właściciel, z uwagi na obciążenie nieruchomości w ramach zastosowanego zabezpieczenia majątkowego hipoteką przymusową, stracił trzech kupców, którzy byli zainteresowani kupnem przedmiotowej nieruchomości jedynie w stanie nieobciążonym. Przyjmijmy, że zabezpieczenie zostało uchylone w stosunku do podejrzanego jeszcze na etapie postępowania przygotowawczego. Następnie jednak osoba ta została skazana prawomocnym wyrokiem, przy czym wniesiona kasacja została oddalona. Zastosowania nie znajdzie tu na pewno art. 552a k.p.k., gdyż odnosi się do sytuacji niewinnienia lub umorzenia postępowania. W przedstawionej sytuacji oczywiste jest, że na gruncie art. 552 § 1 k.p.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 14 kwietnia 2016 r. odszkodowanie ani zadośćuczynienie nie przysługiwały. Jednak z uwagi na specyfikę zabezpieczenia majątkowego, jego niesłuszne zastosowanie i powstanie w związku z tym szkody były kwestią całkowicie niezależną od skazania, które nastąpiło w przedmiotowym przypadku. Powinny więc być traktowane oddzielnie i bez powiązania. Organ błęd-

nie ocenił bowiem wystąpienie przesłanek z art. 291 § 1 k.p.k., tak że zaszła uzasadniona obawa, iż bez takiego zabezpieczenia wykonanie orzeczenia będzie niemożliwe albo znacznie utrudnione. Dlatego należałoby postulować, aby w takiej sytuacji możliwe było dochodzenie odpowiedzialności Skarbu Państwa. Moim zdaniem kwestia orzekania odszkodowania i zadośćuczynienia za niesłuszne zastosowanie zabezpieczenia majątkowego jest szersza niż w zakresie innych środków przymusu. Wynika to przede wszystkim ze specyfiki przedmiotowej instytucji i wymagałoby dogłębnej analizy.

Możliwym rozwiązaniem powyższego problemu byłoby wprowadzenie sposobności wystąpienia o odszkodowanie czy zadośćuczynienie w sytuacji, gdy postępowanie nie zostało jeszcze zakończone⁴³. Przyjmijmy, że w przytoczonym wyżej przykładzie proces karny toczył się kilka lat. Brak możliwości sprzedaży nieruchomości przez oskarżonego, spowodowany zastosowaniem, a następnie uchylonym zabezpieczeniem, doprowadził oskarżonego wraz z rodziną do ruiny finansowej. Ponadto nieruchomość z roku na rok coraz bardziej niszczała, a z uwagi na tę sytuację oskarżony mocno podupadł na zdrowiu, również psychicznym. Takiej sytuacji można by zapobiec poprzez wprowadzenie regulacji dopuszczającej możliwość ubiegania się o pociągnięcie Skarbu Państwa do odpowiedzialności jeszcze przed prawomocnym zakończeniem postępowania karnego. Zastosowanie zabezpieczenia majątkowego, a następnie jego uchylenie nie miało w tej sytuacji związku z zapadłym wyrokiem, w żaden sposób na niego nie wpłynęło. W kontekście całego postępowania karnego była to kwestia wypadkowa. Dlatego też zasadne byłoby umożliwienie oskarżonemu wcześniejszego rozliczenia państwa za niezasadne obciążenie własności, które spowodowało bezpośrednią szkodę majątkową i niemajątkową.

Rozważając tę sytuację z innego punktu widzenia, kiedy oskarżony zostałby w ostateczności uniewinniony prawomocnym wyrokiem, należy wskazać, że wyrok ten po trwającym kilka lat procesie, w związku z zaistniałymi w życiu oskarżonego i jego rodziny, trudnymi do odwrócenia, sytuacjami, nie byłby już tak zadowalający.

Niestety z uwagi na kolejną, omówioną poniżej, nowelizację Kodeksu postępowania karnego uwagi te przybierają postać nieadekwatnych do obecnie obowiązującego stanu prawnego. Niewykluczone jednak, że w przyszłości odzyskają aktualność, co będzie świadczyło o kolejnych, idących w dobrym kierunku, w przeciwieństwie do poniższej, nowelizacjach procedury karnej.

Ostatnia nowelizacja omawianych przepisów weszła w życie 15 kwietnia 2016 r.⁴⁴ Zasadniczym, ogólnym celem przedmiotowej ustawy, jak wskazano w uzasadnieniu

43 W tym kontekście cf. list Rzecznika Praw Obywatelskich Adama Bodnara z dnia 26 października 2015 r., skierowany do ówczesnego Ministra Sprawiedliwości Borysa Budki, znak pisma: II.510.637.2015.MW; https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Do_MS_ws_nowych_zasad_przyznawania_odszkodowania_za_niesluszne_tymczasowe_aresztowanie.pdf [dostęp: 15.04.2016 r.].

44 Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 437.

projektu⁴⁵, była modyfikacja modelu postępowania karnego w kierunku przywrócenia aktywniejszej roli sądu w toku procesu oraz nadrzędność zasady prawdy materialnej, gdzie kontradiktoryjność stanowi tylko jedną z zasad procesu, która ułatwia dotarcie do prawdy. W kontekście omawianych zagadnień należy zauważyć, że przedmiotowa nowelizacja modyfikuje treść art. 552 k.p.k. poprzez całkowity powrót do stanu prawnego obowiązującego w okresie od 1 lipca 2003 r. do 30 czerwca 2015 r. Ponadto ustawa ta uchyla (*sic!*) art. 552a i art. 552b. W konsekwencji uchylony został również przepis art. 553 § 2 k.p.k., przy czym treść art. 553 k.p.k. została istotnie zmodyfikowana w odniesieniu do pozostałych jego zapisów. Ustawodawca powrócił również do tytułu rozdziału, który obowiązywał do dnia 30 czerwca 2015 r. Jak słusznie wskazuje W. Jasiński⁴⁶, tytuł ten nie oddaje całokształtu problematyki, której dotyczy rozdział 58 k.p.k. Pomija bowiem, jakże istotną, kwestię orzekania zadośćuczynienia czy też niesłusznego zastosowania środka zabezpieczającego. Powyższa uwaga dotyczy również stanu prawnego obowiązującego od dnia 15 kwietnia 2016 r.

Zgodnie z treścią wskazanej nowelizacji ustawodawca wyeliminował m.in. przepisy dotyczące możliwości dochodzenia odszkodowania i zadośćuczynienia od Skarbu Państwa za niesłuszne stosowanie środków przymusu, w tym zabezpieczenia majątkowego.

W kontekście faktycznego cofnięcia reformy, która weszła w życie 1 lipca 2015 r., przez wskazaną wyżej nowelizację, zdziwienie i niepokój budzi fakt braku szerszego odniesienia się do tych zmian w uzasadnieniu projektu ustawy z dnia 11 marca 2016 r. W uzasadnieniu tym, w kontekście omawianej nowelizacji, znalazł się tylko jednozdaniowy zapis: „Postuluje się także powrót do obowiązujących przed dniem 1 lipca 2015 r. regulacji dotyczących odszkodowania za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie (rozdział 58 k.p.k.)”⁴⁷. Niestety ustawodawca w żaden sposób nie uzasadnił swojego stanowiska, uniemożliwiając tym samym polemikę z argumentacją, którą kierował się, zmieniając przedmiotowe zapisy.

Niemniej zmiany w zakresie rozdziału 58 k.p.k., które weszły w życie 15 kwietnia 2016 r., zasługują na najwyższą krytykę i to z kilku względów. Przede wszystkim cofnięto przepisy, wprowadzone przecież w oparciu o liczne postulaty doktryny⁴⁸, które słusznie poszerzały katalog środków przymusu, w tym o zabezpieczenie majątkowe, których niezasadne stosowanie mogło skutkować wystąpieniem z roszczeniami o odszkodowanie i zadośćuczynienie. Wprowadzona nowelizacja zamknęła zatem m.in. możliwość pociągnięcia państwa do odpowiedzialności, na gruncie procesu karnego, za niesłuszne stoso-

45 Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12280750/12331664/12331665/dokument204113.pdf>, <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=207> [dostęp: 10.04.2016], s. 1–2.

46 W. Jasiński, *op. cit.*, s. 53–54.

47 Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 11 marca 2016 r., *op. cit.*, s. 16.

48 Cf. literatura wskazana we wcześniejszych częściach artykułu.

wanie zabezpieczenia majątkowego. Z racjonalnością takiej zmiany trudno się zgodzić, tym bardziej że głównym jej powodem, jak można przypuszczać, było nieproporcjonalne obciążanie finansowe Skarbu Państwa⁴⁹. Zastosowanie zabezpieczenia majątkowego może bez wątpienia powodować dla oskarżonego różnego rodzaju szkody majątkowe i niemajątkowe. Mimo że nie pozbawia oskarżonego własności, to czasowo uniemożliwia rozporządzanie rzeczą. Regulacja dająca sposobność rozliczenia państwa, na podstawie przepisów postępowania karnego, za niesłuszne zastosowanie tego środka wydaje się zatem oczywista.

Jak słusznie wskazano w opinii Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych⁵⁰, dokonane omawianą nowelizacją zmiany przede wszystkim należy uznać za przedwczesne. Wprowadzonych ustawą z 2013 r. przepisów, z uwagi na niezwykle krótki czas obowiązywania, nie sposób ocenić z punktu widzenia praktyki. Pozwoliłoby to natomiast na zdiagnozowanie rzeczywistych problemów powstałych na gruncie stosowania stanu prawnego obowiązującego od 1 lipca 2015 r. i wyciągnięcie rzetelnych wniosków. Bez takiej oceny wycofywanie wprowadzonych zmian jest po prostu nieracjonalne i wprowadza zamęt w zakresie obowiązującego prawa.

Ponadto należy wskazać, że przedmiotowe zmiany zostały ocenione, co do zasady, negatywnie również przez Krajową Radę Sądownictwa⁵¹ oraz Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu⁵². Prezydium Krajowej Rady Sądownictwa krytycznie zaopiniowało nie tylko same przepisy, ale także sposób ich wprowadzenia. Mianowicie poważne zastrzeżenia wzbudził sposób i tryb prowadzenia prac legislacyjnych przedmiotowego projektu, który z uwagi na zakres proponowanych zmian oraz rangę i znaczenie tych przepisów dla ogółu obywateli powinien być procedowany z zachowaniem właściwych standardów. Krajowa Rada Sądownictwa wskazała, że tego rodzaju prace legislacyjne powinny być przede wszystkim poprzedzone stanowiskiem Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, co nie miało miejsca.

49 Taki argument przedstawiano w doktrynie, krytykując nowelizację wprowadzoną ustawą z 2013 r. Cf. m.in. B. Mik, *op. cit.*, s. 57–58; P. Czarnecki, *op. cit.*, s. 70–71.

50 Opinia dotycząca projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 207), <http://kirp.pl/wp-content/uploads/2016/02/opinia-OBSiL-w-sprawie-projektu-ustawy-o-zmianie-ustawy-Kodeks-post%C4%99powania-karnego-oraz-niekt%C3%B3rych-innych-ustaw-1.pdf> [dostęp: 15.04.2016].

51 Cf. stanowisko Prezydium Krajowej Rady Sądownictwa z 8 lutego 2016 r. dotyczące projektu zmiany ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 207 z 27 stycznia 2016 r.), <http://krs.pl/pl/aktualnosci/d,2016,2/3944,stanowisko-prezydium-krajowej-rady-sadownictwa-z-8-lutego-2016-r-dotyczace-projektu-zmiany-ustawy-kodeks-postepowania-karnego-oraz-niektorych-innych-ustaw-druk-sejmowy-nr-207-z-27-stycznia-2016-r> [dostęp: 15.04.2016].

52 A. Sakowicz, *Opinia prawna na temat projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 207) z 22 lutego 2016 r.*, <http://www.sejm.gov.pl/> [dostęp: 3.03.2016].

Podsumowując powyższe rozważania, należy wskazać, że możliwość popełnienia błędu przez organ stosujący prawo istnieje właściwie zawsze. Konsekwencją jest tu podjęcie niewłaściwej decyzji⁵³. Ustawodawca, będąc świadomy tego faktu, powinien przewidzieć przepisy umożliwiające w pełni dochodzenie odpowiedzialności państwa za wydanie błędnych orzeczeń. W procesie regulacji zmian Kodeksu postępowania karnego miała natomiast miejsce sytuacja nie do przyjęcia. Najpierw ustawodawca wprowadził przepisy znacznie rozszerzające dotychczasową odpowiedzialność Skarbu Państwa, następnie, po niespełna dziesięciu miesiącach obowiązywania, je wycofał. Przy czym nie dość, że pominięto w tym zakresie opinię Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, to w ogóle nie wzięto pod uwagę negatywnych opinii innych podmiotów, takich jak Krajowa Rada Sądownictwa. Na szczególną krytykę zasługuje ponadto niezwykle skrótowe odniesienie się przez ustawodawcę do wprowadzonych zmian w uzasadnieniu projektu. Właściwie nie wiadomo dlaczego omawiana regulacja, dotycząca chociażby odpowiedzialności Skarbu Państwa za niesłuszne stosowanie środków przymusu, została usunięta. Ustawodawca *de facto* nie dał nawet sposobności jej oceny, gdyż w tak krótkim okresie obowiązywania nie miała szans przedstawić swych uwag i komentarzy ani doktryna, ani judykatura. Nie wiadomo więc, jak zderegulowane przepisy funkcjonowały i czy okazałyby się przydatne w przyszłości. Takie działania ustawodawcy zasługują na najwyższą krytykę, gdyż konieczność prawnokarnej ochrony osób, wobec których niesłusznie zastosowano środek przymusu, w tym zabezpieczenie majątkowe, uderzające w jedną z delikatniejszych sfer, jaką jest prawo własności, jest w mojej ocenie niezaprzeczalna.

Zgodnie z zasadą stabilności prawa zmieniać należy tylko takie rozwiązania legislacyjne, których stosowanie jest niefunkcjonalne lub prowadzi do powstania niespójności, luk czy wątpliwości interpretacyjnych⁵⁴. Pogwałcenie jej w zakresie przedstawionej w niniejszym artykule regulacji jest więc oczywiste, co w demokratycznym państwie prawa jest nie do przyjęcia.

Literatura

- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Boratyńska K.T., Chojniak Ł., Jasiński W., *Postępowanie karne*, Warszawa 2015.
- Chojniak Ł., *Odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie*, Warszawa 2013.
- Chojniak Ł., *Odszkodowanie za niesłuszne skazanie w polskim procesie karnym – wybrane zagadnienia*, [w:] *Węzłowe problemy procesu karnego*, red. P. Hofmański, Warszawa 2010.

⁵³ P. Czarnecki, *op. cit.*, s. 55.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 72–73.

- Cioch P., *Odpowiedzialność Skarbu Państwa z tytułu niesłusznego skazania*, Warszawa 2007.
- Czarnecki P., *Odpowiedzialność Skarbu Państwa za błędy wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych po 1 lipca 2015 r.*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ” 2015, nr 2.
- Dąbkiewicz K., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do zmian*, Warszawa 2015.
- Garlicki L., *Komentarz do art. 77 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. 5, Warszawa 2007.
- Grajewski J., *Przebieg procesu karnego*, Warszawa 2004.
- Haczkowska M., *Środki ochrony wolności i praw*, [w:] *Komentarz. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, red. M. Haczkowska, Warszawa 2014.
- Hofmański P., *Nowe oblicze środków przymusu w procesie karnym*, „Białostockie Studia Prawnicze” 1992, nr 1.
- Hofmański P., *Problem odpowiedzialności państwa za szkody spowodowane środkami przymusu w procesie karnym*, [w:] *Stosowanie środków przymusu w procesie karnym. Problem karnoprosesowych ograniczeń praw obywatelskich*, red. K. Amelung, K. Marszał, Katowice 1990.
- Hofmański P., Sadzik E., Zgryzek K., *Kodeks postępowania karnego*, t. III, *Komentarz do artykułów 468–682*, Warszawa 2012.
- Jasiński W., *Komentarz do rozdziału 58 k.p.k.*, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2015.
- Jasiński W., *Odszkodowanie i zadośćuczynienie za niesłuszne skazanie, wykonanie środka zabezpieczającego oraz niezasadne stosowanie środków przymusu po nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 9.
- Kosik J., *Zasady odpowiedzialności państwa za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszów*, Wrocław 1961.
- Mik B., *O potrzebie dodatkowego, szczególnego unormowania odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa za niesłuszne skazanie oraz niewątpliwie niesłuszne oskarżenie, przedstawienie zarzutów lub zastosowanie nieizolacyjnego środka zapobiegawczego*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 12.
- Paprzycki L.K., *Komentarz do rozdziału 58 k.p.k.*, [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. II, *Komentarz do art. 425–673*, red. L.K. Paprzycki, Warszawa 2013.
- Sakowicz A., *Opinia prawna na temat projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 207) z 22 lutego 2016 r.*, <http://www.sejm.gov.pl/> [dostęp: 3.03.2016].
- Skrzydło W., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Stefański R.A., *Odpowiedzialność za niesłuszne skazanie, niewątpliwie niesłuszne oskarżenie, przedstawienie zarzutów lub zastosowanie nieizolacyjnego środka zapobiegawczego*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 12.
- Szpunar A., *Odpowiedzialność Skarbu Państwa za funkcjonariuszy*, Warszawa 1985.

- Świecki D., *Komentarz do rozdziału 58 k.p.k.*, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. II, red. D. Świecki, Warszawa 2015.
- Tęcza-Paciorek A.M., *O potrzebie uregulowania odszkodowania za niestuszne oskarżenie*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 2.
- Tęcza-Paciorek A.M., *Zasada domniemania niewinności w polskim procesie karnym*, Warszawa 2012.
- Wiliński P., *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011.

Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. nr 78 poz. 486.

List Rzecznika Praw Obywatelskich Adama Bodnara z dnia 26 października 2015 r., skierowany do ówczesnego Ministra Sprawiedliwości Borysa Budki, znak pisma: II.510.637.2015.MWa; https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Do_MS_ws_nowych_zasad_przyznawania_odszkodowania_za_niesluszne_tymczasowe_aresztowanie.pdf [dostęp: 15.04.2016].

Opinia dotycząca projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 207), <http://kirp.pl/wp-content/uploads/2016/02/opinia-OBSiL-w-sprawie-projektu-ustawy-o-zmianie-ustawy-Kodeks-post%C4%99powania-karnego-oraz-niekt%C3%B3rych-innych-ustaw-1.pdf> [dostęp: 15.04.2016].

Stanowisko Prezydium Krajowej Rady Sądownictwa z 8 lutego 2016 r. dotyczące projektu zmiany ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 207 z 27 stycznia 2016 r.), <http://krs.pl/pl/aktualnosc/d,2016,2/394-4,stanowisko-prezydium-krajowej-rady-sadownictwa-z-8-lutego-2016-r-dotyczace-projektu-zmiany-ustawy-kodeks-postepowania-karnego-oraz-niektorych-innych-ustaw-druk-sejmowy-nr-207-z-27-stycznia-2016-r> [dostęp: 15.04.2016].

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

Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 1247.

Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 396.

Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 437.

Uzasadnienie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, <https://bip.ms.gov.pl/pl/projekty-aktow-prawnych/prawo-karne/> [dostęp: 1.04.2016].

Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12280750/12331664/1233>

1665/dokument204113.pdf, <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=207> [do-
stęp: 10.04.2016].

Wyrok TK z dnia 4 grudnia 2001 r., SK 18/00, OTK 2001, nr 8, poz. 256.

Wyrok TK z dnia 20 stycznia 2004 r., SK 26/03, OTK-A 2004, nr 1, poz. 3.

Wyrok SA w Katowicach z dnia 3 lipca 2015 r., II Aka 220/15, „Prokuratura i Prawo”
2016, nr 3, poz. 36.

SUMMARY

The assessment of a legislator's actions under the provisions of the Criminal Procedure Code concerning compensation for unjustifiable use of coercive measures, with particular emphasis on seizure of property

Recently, amendments to the Criminal Procedure Code have been made with unusual frequency. On 1 July 2015, the provisions which made a fundamental remodeling of the criminal procedure came into force. These included innovative regulations for the possibility of applying for compensation from the State Treasury for unjustifiable use of coercive measures, including seizure of property. Although the implementation of these provisions was consistent with the standpoint of the majority of the doctrine, they were only in force for less than ten months. In the motives of the bill, which had removed them from the Code, there was actually no justification for such actions of the legislator. Because they were in force for such a short duration, there is no possibility of assessing their functioning. Such actions of the legislator deserve the highest criticism, because there is an undeniable need to protect persons against whom coercive measures, including seizure of property, were unjustifiably applied.

Keywords: damages, compensation, coercive measures, seizure of property, amendment to the Criminal Procedure Code

MARTYNA OSTRZYCKA, Adam Mickiewicz University Poznań, Faculty of Law and Administration, Al. Niepodległości 53, 61-714 Poznań, e-mail: martyna.ostrzycka@amu.edu.pl.

KATARZYNA PRELIŃSKA

Wykonywanie uprawnień przedsiębiorcy jako pokrzywdzonego w procesie karnym

Uwagi wstępne

Przedmiotem niniejszego opracowania są zmiany dotyczące instytucji pokrzywdzonego zawarte w ustawie z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw i ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, które weszły w życie 1 lipca 2015 r.¹ Ponadto w związku uchwaleniem przez Parlament Europejski i Radę dyrektywy nr 2012/29/EU z dnia 15 listopada 2012 r. regulującej normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw zastępującej decyzję ramową Rady 2001/220/WsiSW podjęto działania w celu jej wdrożenia do polskiego systemu prawnego². W wyniku prowadzonych prac dokonano wielu zmian w zakresie regulacji praw i obowiązków pokrzywdzonego, w szczególności na nowo zdefiniowano krąg podmiotów mogących być pokrzywdzonymi, stosując kryterium zdolności prawnej³. Część regulacji została przyjęta ustawą z dnia 28 listopada 2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka⁴. Natomiast ustawą z dnia 9 października 2015 r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw⁵, która weszła w życie 13 lutego 2016 r., wprowadzono nowe istotne uprawnienie pokrzywdzonego o charakterze gwarancyjnym, zgodnie z którym na wniosek pokrzywdzonego wydawane jest potwierdzenie złożenia formalnego zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa.

1 Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1247) oraz ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 396).

2 Dz.Urz. UE L 315 z dnia 14 listopada 2012 r., s. 57–73.

3 Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 5 czerwca 2012 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, <http://bip.ms.gov.pl/pl/projekty-aktow-prawnych/prawo-karne/>, s. 38 [dostęp: 30.06.2016].

4 Dz.U. 2015 poz. 21.

5 Dz.U. 2015 poz. 1855.

Celem niniejszego opracowania jest ukazanie kierunku dokonywanych zmian i ich ocena, ze szczególnym uwzględnieniem pozycji przedsiębiorcy jako pokrzywdzonego przed i po nowelizacji z dnia 27 września 2013 r. oraz z dnia 20 lutego 2015 r., które wprowadziły nowy model procedury karnej. Ponadto w ograniczonym zakresie zostanie poruszone zagadnienie skuteczności doręczeń pism procesowych pokrzywdzonemu będącym przedsiębiorcą jako praktycznego instrumentu zabezpieczającego prawa pokrzywdzonego.

Definicja pokrzywdzonego

W myśl art. 49 ustawy Kodeks postępowania karnego z dnia 6 czerwca 1997 r.⁶ pokrzywdzonym była osoba fizyczna lub prawna, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo. Pokrzywdzonym mogła być także instytucja państwowa, samorządowa lub społeczna, choćby nie miała osobowości prawnej⁷. Do uznania, że dany podmiot korzysta ze statusu pokrzywdzonego, nie była wymagana decyzja procesowa⁸. Z definicji zawartej w art. 49 k.p.k. wynikało wprost, że status pokrzywdzonego mógł uzyskać określony krąg podmiotów, które spełniały łącznie dwa kryteria. Po pierwsze, można było zaliczyć dany podmiot do kategorii osób fizycznych lub prawnych, a także instytucji państwowych, samorządowych lub społecznych, choćby nie miały osobowości prawnej. Po drugie, dobro prawne⁹ tego podmiotu zostało bez-

6 Dz.U. nr 89 poz. 555 z późn. zm. z dnia 1 lipca 2007 r.

7 Art. 49 k.p.k. był dwukrotnie nowelizowany. Po raz pierwszy ustawą z dnia 13 kwietnia 2007 r. (Dz.U. nr 89 poz. 589) o Państwowej Inspekcji Pracy zgodnie z art. 90 tej ustawy z dniem 1 lipca 2007 r. dodano § 3a, według którego w sprawach o przestępstwa przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, o których mowa w art. 218–221 oraz w art. 225 k.k., organy Państwowej Inspekcji Pracy mogą wykonywać prawa pokrzywdzonego, jeżeli w zakresie swego działania ujawniły przestępstwo lub wystąpiły o wszczęcie postępowania. Druga nowelizacja art. 49 k.p.k. nastąpiła ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1247), która weszła w życie 1 lipca 2015 r.

8 K. Dudka, *Wpływ prawa karnego materialnego na ustawową definicję pokrzywdzonego*, [w:] *Współzależność prawa karnego procesowego i materialnego*, red. G. Arytmiak, Z. Cwiakalski, Warszawa 2009, s. 145.

9 W literaturze szeroko komentowane jest pojęcie naruszenia dobra prawnego pokrzywdzonego. Przed przyznaniem statusu pokrzywdzonego w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k. należy prawidłowo rozpoznać indywidualny przedmiot ochrony analizowanej normy karnej. Zapatrywania te zostały wyrażone w uchwale SN z 15.09.1999 r., I KZP 26/99 (OSNKW 1999, z. 11–12, poz. 69), iż „Kraż pokrzywdzonych w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k. ograniczony jest zespołem znamion czynu będącego przedmiotem postępowania oraz czynów współukaranych”. W doktrynie oprócz materialnej definicji pokrzywdzonego można wyróżnić zwolenników definicji procesowej, którzy wskazują również na zespół uprawnień procesowych związanych ze statusem pokrzywdzonego. Cf. M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, s. 36–37.

pośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo¹⁰. Pierwsze kryterium, stosując wykładnię literalną, wyłączało z kręgu podmiotów pokrzywdzonych ułomne osoby prawne (m.in. spółki osobowe w rozumieniu art. 8 k.s.h. oraz spółki kapitałowe w organizacji w rozumieniu art. 11 k.s.h.). Definicja ułomnych (niepełnych) osób prawnych jako jednostek organizacyjnych niebędącymi osobami prawnymi, którym jednak ustawa przyznaje zdolność prawną i do których stosuje się odpowiednio przepisy o osobach prawnych, została zawarta w Kodeksie cywilnym. Należy również przywołać treść art. 33¹ k.c., który wskazywał, że do jednostek organizacyjnych niebędącymi osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, stosuje się odpowiednio przepisy o osobach prawnych, mimo że podmioty te osobami prawnymi nie są. Tym samym ustawodawca *expressis verbis* wskazywał, że ułomne osoby prawne w rozumieniu art. 49 k.p.k. nie mogą korzystać ze statusu pokrzywdzonego.

Definicja przedsiębiorcy

Nasuwa się zatem pytanie, czy definicja pokrzywdzonego z art. 49 k.p.k. wyłącza z kręgu pokrzywdzonych przedsiębiorcę. W tym zakresie należy odnieść się do definicji przedsiębiorcy zawartej w art. 43¹ k.c., która stosowana jest na gruncie prawa prywatnego, jednakże podnosi się, że powyższa definicja powinna być również stosowana w zakresie prawa publicznego z dwóch względów: przejrzystości, tj. wyeliminowania mnogości stosowanych definicji¹¹, oraz gwarancyjności – powinna występować jednolitość w zabezpieczeniu praw podmiotów uznawanych za przedsiębiorcę. Zgodnie z art. 43¹ k.c. przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 33¹ § 1 k.c., prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. Zestawienie powyższej definicji z definicją zawartą w art. 49 k.p.k. sprzed nowelizacji ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw uściślała, że pokrzywdzonym mógł być przedsiębiorca, który był osobą fizyczną lub osobą prawną. Poza tym zakresem znajdowali się przedsiębiorcy będący ułomnymi osobami prawnymi, czyli wszystkie spółki osobowe w rozumieniu art. 8 k.s.h., to znaczy spółki jawne, partnerskie, komandytowe, komandytowo-akcyjne oraz spółki kapitałowe w organizacji w rozumieniu art. 11 k.s.h. Podmiotów tych również nie można było uznać za pokrzywdzonych w rozumieniu art. 49 zd. 2

¹⁰ Status pokrzywdzonego może uzyskać wyłącznie ten podmiot, którego dobro prawne zostało wprost naruszone działaniem przestępnym, nie zaś pośrednio godziło w inne dobra prawne. Cf. W. Daszkiewicz, *Proces karny. Część ogólna*, Warszawa 1994, s. 189; uchwała SN z dnia 12 maja 1993 r., I KZP 6/93, LEX 20583; uchwała SN z dnia 21 października 2003 r., I KZP 29/03, LEX 81320.

¹¹ W. Jasiński, *Przedsiębiorca jako pokrzywdzony w procesie karnym na tle art. 49 § 1 i 2 k.p.c.*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 7, s. 79–80.

k.p.k., czyli jako instytucji państwowych, samorządowych lub społecznych, choćby nie miały osobowości prawnej, z wyjątkiem organizacji społecznych prowadzących działalność gospodarczą.

Nowelizacja art. 49 k.p.k. w świetle ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw i jej geneza

Problem braku możliwości uznania ułomnych osób prawnych za pokrzywdzonego został w literaturze określony jako następstwo uchybienia w zakresie nowelizacji¹². Wprowadzenie art. 33¹ § 1 k.c. zawierającego definicję ułomnych osób prawnych nie doprowadziło do zmiany art. 1 k.c., który wzorem tradycji rzymskiej zawiera dychotomiczny podział podmiotów w stosunkach cywilnoprawnych na osoby fizyczne i prawne¹³. Ustawodawca nie podjął próby zmodyfikowania art. 1 k.c., pozostając przy dotychczasowym – dualistycznym – podziale podmiotów stosunków cywilnoprawnych, a jednocześnie uznał, że ułomne osoby prawne zawierają się w pojęciu osób prawnych, czemu ustawodawca dał wyraz w art. 33¹ k.c., wskazując, że do jednostek organizacyjnych niebędącymi osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną stosuje się odpowiednio przepisy o osobach prawnych, mimo że podmioty te osobami prawnymi nie są.

Powyższe zapatrywania znalazły odzwierciedlenie w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2011 r., które wskazuje, że spółka jawna może występować w postępowaniu karnym w charakterze pokrzywdzonego, gdyż stosuje się wobec niej odpowiednio przepisy o osobach prawnych (art. 33¹ k.c.)¹⁴. Powyższe rozstrzygnięcie pozwoliło na przyznanie przedsiębiorcy niebędącemu osobą fizyczną lub prawną prawa do działania w postępowaniu przygotowawczym w charakterze strony jako pokrzywdzony pomimo braku stosownej regulacji w art. 49 k.p.k.

Problem wykluczenia ułomnych osób prawnych został rozwiązany na gruncie nowelizacji ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego

12 W.J. Katner, *Podwójna czy potrójna podmiotowość w prawie cywilnym*, w: *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, red. L. Ogięgło, W. Popiołek, M. Szpunar, Kraków 2005, s. 1027; A. Doliwa, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2004, s. 181.

13 W polskiej doktrynie zwolennikiem teorii trzech typów podmiotowości oraz twórcą teorii ułomnych osób prawnych był Aleksander Wolter. Wyróżniał on oprócz osób fizycznych i osób prawnych, jak określa art. 33 k.c., jednostki organizacyjne, którym przepisy nie przyznają osobowości prawnej, jednakże przysługują im atrybuty osoby prawnej i powinny być one zaliczane do podmiotów stosunków cywilnoprawnych. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001, s. 230.

14 Postanowienie SN z dnia 21 lipca 2011 r., I KZP 7/11, LEX nr 852215; S. Durczak-Żochowska, *Głosa do postanowienia SN z dnia 21 lipca 2011 r., I KZP 7/11*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 9, s. 136–142; T. Demendecki, *Głosa do postanowienia SN z dnia 21 lipca 2011 r., I KZP 7/11*, „Głosa” 2012, nr 3, s. 60–68.

oraz niektórych innych ustaw, która weszła w życie 1 lipca 2015 r. Komisja Kodyfikacyjna, przedstawiając projekt art. 49 k.p.k., zwróciła uwagę, że definicja pokrzywdzonego w dotychczasowym kształcie nie odnosiła się do zmian jakie nastąpiły w zakresie Kodeksu cywilnego oraz Kodeksu karnego skarbowego. W szczególności nie uwzględniono faktu, że stroną stosunku prawnego oprócz osób fizycznych lub prawnych mogą być jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną. Przede wszystkim należy zauważyć, że Kodeks karny skarbowy nie zawiera definicji pokrzywdzonego, na której treść powołuje się Komisja Kodyfikacyjna¹⁵. Przepis art. 113 § 2 pkt 1 k.k.s. wyłącza zastosowanie w postępowaniach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe przepisów k.p.k. dotyczących pokrzywdzonego i mediacji.

Komisja Kodyfikacyjna, dokonując ujednoczenia definicji art. 49 k.p.k., zastosowała kryterium zdolności prawnej, zachowując jednocześnie kategorię instytucji państwowych oraz samorządowych. W pierwotnie proponowanej wersji art. 49 k.p.k. instytucje państwowe, społeczne i samorządowe zostały wykreślone, co w literaturze było krytykowane z uwagi na fakt, że wykreślenie to eliminowało podmioty, które są jednostkami organizacyjnymi, ale nie miały zdolności prawnej. Ostatecznie ustawodawca wprowadził art. 49 § 2 k.p.k. o treści, że pokrzywdzonym może być także niemająca osobowości prawnej inna jednostka organizacyjna, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną, oraz pozostawił kategorię instytucji państwowych oraz samorządowych.

Dokonując powyższych zmian, ustawodawca powinien też dostosować treść art. 51 § 1 k.p.k. do katalogu podmiotów, które mogą działać za pokrzywdzonego w procesie karnym. Zgodnie z art. 51 § 1 k.p.k. za pokrzywdzonego, który nie jest osobą fizyczną, czynności procesowych dokonuje organ uprawniony do działania w jego imieniu. W przypadku ułomnych osób prawnych nie zawsze mamy do czynienia z organami, które działają w ich imieniu. Ułomne osoby prawne reprezentowane są przez swoich członków, a w przypadku spółek osobowych są to wspólnicy spółki jawnej, partnerzy lub komplementariusze. W postanowieniu z dnia 7 maja 2014 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że art. 51 § 1 k.p.k. ma charakter blankietowy, gdyż nie wskazuje organów uprawnionych do reprezentacji pokrzywdzonego i w odniesieniu do każdego pokrzywdzonego, który nie jest osobą fizyczną, należy dokonać powyższych ustaleń w odpowiednich przepisach ustaw i wynikających z nich regulacjach¹⁶. Pomimo nowelizacji obecna treść art. 51 k.p.k. nie uwzględnia, że ułomne osoby prawne są reprezentowane w sposób odmienny niż osoby prawne.

Na marginesie należy zauważyć, że ustawodawca posługuje się odmienną definicją pokrzywdzonego w Kodeksie postępowania w sprawach o wykroczenia. Art. 25 k.p.o.w.

15 W. Jasiński, *Przedsiębiorca jako pokrzywdzony w procesie karnym na tle art. 49 par 1 i 2 kpc*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 7, s. 85.

16 Postanowienie SN z dnia 7 maja 2014 r., IV KK 364/13, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/IV%20KK%20364-13.pdf> [dostęp: 30.06.2016].

zawiera szeroką formułę pokrzywdzonego jako tego, którego dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez wykroczenie, nie odnosząc się do kryterium zdolności prawnej. Określenie „ten” obejmuje wszystkie podmioty – osobę fizyczną, osobę prawną oraz inne jednostki organizacyjne¹⁷. Ustawodawca w k.p.o.w. nie posługuje się dodatkowymi określeniami zdefiniowanymi na gruncie Kodeksu cywilnego, aby wskazać, który podmiot może korzystać ze statusu pokrzywdzonego.

Uprawnienia pokrzywdzonego jako przedsiębiorcy

Analizując treść kolejnych przepisów Kodeksu postępowania karnego, należy zauważyć, że ustawodawca podobnie reguluje uprawnienia pokrzywdzonego, co oznacza, iż zakresy uprawnień pokrzywdzonego przedsiębiorcy, jak i pokrzywdzonego, który przedsiębiorcą nie jest, nie różnią się, chociaż znajdziemy przepisy szczególne kierowane wyłącznie do przedsiębiorców w zakresie trybu doręczenia pism procesowych czy reprezentacji przedsiębiorcy. Tym samym należałoby przedstawić nowe uprawnienia pokrzywdzonego zgodnie z ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw i ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, które weszły w życie dnia 1 lipca 2015 r.

Głównym postulatem wprowadzanych zmian było określenie zakresu pouczenia pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym celem zapewnienia równego traktowania stron w postępowaniu karnym. Ustawodawca wskazał nie tylko poszczególne uprawnienia pokrzywdzonego, które powinny znaleźć się w pouczeniu, ale dążył również do określenia form i sposobów pouczenia zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/13/UE z dnia 22 maja 2012 r. w sprawie prawa do informacji w postępowaniu karnym, która ostatecznie została implementowana do polskiego systemu prawnego.

Organy postępowania przygotowawczego powinny pouczyć pokrzywdzonego, że na tym etapie postępowania przysługuje mu status strony. Jako strona postępowania pokrzywdzony może, jeżeli taka jest jego wola, czynnie uczestniczyć w postępowaniu poprzez składanie wniosków o dokonanie czynności śledztwa lub dochodzenia (art. 315–318 k.p.k.). Ponadto należy pouczyć pokrzywdzonego pod jakimi warunkami może uzyskać status strony w postępowaniu sądowym (art. 51 i 52 k.p.k.) oraz o prawie do uzyskania pełnomocnika zarówno w postępowaniu przygotowawczym, jak i sądowym. Uzyskanie pełnomocnika z urzędu nie jest ograniczone cenzusem majątkowym (art. 87a § 3 k.p.k.), jednak obowiązuje tu reguła odpowiedzialności za wynik postępowania. Oskarżyciel posiłkowy w zależności od wyniku procesu może być obciążony kosztami ustanowienia pełnomocnika w postępowaniu sądowym, o czym musi być wyraźnie pouczony.

17 T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 117–118.

W istocie w postępowaniu przygotowawczym pokrzywdzony może skorzystać z prawa ubogich w sytuacji spełnienia przesłanek zawartych w art. 78 k.p.k. Pokrzywdzonemu przysługuje prawo do korzystania z pomocy wybranego przez siebie pełnomocnika, którym może być adwokat lub radca prawny. Jeżeli pokrzywdzony wykaże, że nie stać go na pełnomocnika, sąd może wyznaczyć pełnomocnika z urzędu (art. 78 § 1, art. 87 § 1 i 2, art. 88 k.p.k.). Powyższa regulacja nie będzie miała zastosowania w przypadku przedsiębiorcy będącego osobą prawną lub ułomną osobą prawną, gdyż w danym przypadku zastosowanie mają przepisy postępowania cywilnego w zakresie pełnomocnika z urzędu. Zgodnie z art. 117 § 3 k.p.c. osoba prawna lub inna jednostka organizacyjna, której ustawa przyznaje zdolność sądową, niezwolniona przez sąd od kosztów sądowych, może domagać się ustanowienia adwokata lub radcy prawnego, jeżeli wykaże, że nie ma dostatecznych środków na poniesienie kosztów wynagrodzenia adwokata lub radcy prawnego. Pouczenie to powinno więc zostać zmodyfikowane w sytuacji, gdy pokrzywdzonym będzie osoba prawna lub ułomna osoba prawna.

Pokrzywdzonemu przysługuje prawo do złożenia zażalenia na postanowienie o odmowie wszczęcia lub umorzeniu śledztwa lub dochodzenia oraz zażalenia na beczynność, jeżeli w ciągu 6 tygodni od złożenia przez pokrzywdzonego zawiadomienia o przestępstwie nie został on powiadomiony o wszczęciu albo odmowie wszczęcia śledztwa lub dochodzenia (art. 306 § 1, 1a, 3 k.p.k.). Pokrzywdzony ma prawo do złożenia wniosku o skierowanie sprawy do postępowania mediacyjnego w celu pogodzenia się z podejrzanym (art. 23a k.p.k.) oraz prawo do złożenia wniosku o umorzenie postępowania w określonych enumeratywnie typach przestępstw – wówczas gdy pojedna się ze sprawcą, a sprawca naprawi szkodę i zadośćuczyni krzywdzie. Pouczenie to ma ograniczać konieczność rozpoznawania spraw w toku pełnego kontradiktoryjnego procesu.

Przedstawione wyżej uprawnienia pokrzywdzonego zostały uporządkowane w formie formularza. Od 8 kwietnia 2015 r. formularz zawiera wzmiankę o nowych formach i sposobach ochrony pokrzywdzonego m.in. o: możliwościach naprawienia szkody przez oskarżonego lub uzyskania kompensaty państwowej, dostępie do pomocy prawnej, możliwości wydania europejskiego nakazu ochrony, organizacjach wsparcia pokrzywdzonych, możliwości zwrotu kosztów poniesionych w związku z udziałem w postępowaniu.

Doręczenia wezwań i pism procesowych przedsiębiorcy

Osobno należy przedstawić problem doręczeń wezwań i pism procesowych przedsiębiorcy. Pokrzywdzony musi zostać pouczony o zasadach doręczania wezwań oraz zasadach zawiadamiania o terminach rozpraw oraz posiedzeń zgodnie z art. 138 i 139 k.p.k. W sytuacji gdy pokrzywdzonym jest przedsiębiorca, który jest jednocześnie ułomną osobą prawną, pouczenie powinno być kierowane do członków tego podmiotu, wspólników spółki jawnej, partnerów lub komplementariuszy, a w przypadku osób prawnych – do

jego organów. Przesyłki dla adresata niebędącego osobą fizyczną albo dla obrońcy lub pełnomocnika doręcza się w biurze adresata osobie tam zatrudnionej (art. 134 § 3 k.p.k), która nie musi posiadać upoważnienia do odbioru pism – kryterium decydującym jest fakt zatrudnienia u adresata. Pod pojęciem „biuro adresata” należy rozumieć kancelarię pełnomocnika lub adres siedziby pokrzywdzonego, którym nie musi być adres podany w rejestrze¹⁸. Powyższe rozwiązania różnią się od przepisów k.p.c., gdzie zawarto szczególną procedurę doręczeń dla przedsiębiorców i wspólników spółek handlowych. Zgodnie z art. 133 § 2a k.p.c. pisma procesowe dla przedsiębiorców i wspólników spółek handlowych, wpisanych do rejestru sądowego na podstawie odrębnych przepisów, doręcza się na adres podany w rejestrze, chyba że strona wskazała inny adres do doręczeń. Jeżeli ostatni wpisany adres został wykreślony jako niezgodny z rzeczywistym stanem i nie zgłoszono wniosku o wpis nowego adresu, adres wykreślony uważany jest za adres podany w rejestrze. Tym samym w postępowaniu cywilnym pisma dla przedsiębiorców, którzy są osobami fizycznymi, doręcza się zgodnie z zasadami określonymi w art. 133 § 1 k.p.c., czyli w mieszkaniu, miejscu pracy lub tam, gdzie adresata się zastanie¹⁹. W razie niemożności doręczenia w sposób przewidziany w przepisach k.p.c. z uwagi na nieujawnienie w rejestrze albo w ewidencji zmiany adresu, a w przypadku osób fizycznych miejsca zamieszkania i adresu przesyłki pozostawia się w aktach sprawy ze skutkiem doręczenia, chyba że nowe miejsce zamieszkania i adres są sądowi znane.

W tym zakresie kluczowa wydaje się zmiana zaproponowana ustawą z dnia 9 października 2015 r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw²⁰, która weszła w życie 13 lutego 2016 r. Zgodnie z art. 304b k.p.k. na wniosek pokrzywdzonego składającego zawiadomienie o przestępstwie organ procesowy wydaje mu potwierdzenie złożenia zawiadomienia, zawierające datę i miejsce jego przyjęcia, wskazanie organu przyjmującego wraz z danymi do kontaktu, sygnaturę sprawy, dane określające tożsamość pokrzywdzonego, czas i miejsce popełnienia czynu, którego dotyczy zawiadomienie, oraz zwięzły opis czynu i wyrządzonej szkody. O prawie tym należy pokrzywdzonego pouczyć. Pisemne zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa określa nie tylko elementy popełnienia czynu, ale też precyzuje tożsamość pokrzywdzonego poprzez podanie adresu do korespondencji, co w toku dalszego postępowania pozwala organom procesowym na podjęcie dalszych czynności. Skuteczne doręczenie wezwań lub pism procesowych zarówno na etapie postępowania przygotowawczego, jak i sądowego stanowi istotny instrument zabezpieczający prawa pokrzywdzonego, gdyż dopiero z chwilą dokonania skutecznego doręczenia pism pokrzywdzony może w pełni realizować przysługujące mu prawa. Wprowadzona zmiana koresponduje z treścią art. 139 k.p.k., zgodnie z którym

18 T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2011, s. 445.

19 Wyrok SA w Poznaniu z dnia 19 grudnia 2012 r., I Aca 1046/12, Lex nr 1264383; postanowienie SN z dnia 10 marca 2006 r., IV CK 287/05, Lex nr 398357.

20 Dz.U. poz. 1855.

strona, nie podając nowego adresu, zmienia miejsce zamieszkania lub nie przebywa pod wskazanym przez siebie adresem, także z powodu pozbawienia wolności w innej sprawie, a pismo wysłane pod ten adres uważa się za doręczone. Oznacza to, że po przyjęciu zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa organ procesowy kieruje korespondencję na adres wskazany przez pokrzywdzonego. Jeżeli adres ten uległ zmianie, pokrzywdzony powinien o tym poinformować organy procesowe. Natomiast gdy w toku postępowania zostaną ustaleniu inni pokrzywdzeni organy procesowe kierują do nich zawiadomienie o przysługujących im uprawnieniach (*a contrario* art. 131 § 1 k.p.k.). Ustawodawca nie wskazuje, na jaki adres przedsiębiorcy należy skierować korespondencję – czy na adres siedziby pokrzywdzonego, adres rejestrowy, czy może adres konkretnego oddziału. Za uzasadnioną praktykę należałoby uznać kierowanie korespondencji na wszystkie ustalone adresy pokrzywdzonego, jeżeli są one różne, gdyż w ten sposób organy procesowe korzystają z instrumentów prawnych (w tym wypadku właściwych przepisów o trybie doręczeń), które chronią prawa pokrzywdzonego. Ustawodawca pozostawił jeszcze jedną możliwość zawiadomienia pokrzywdzonych o przysługujących im prawach – poprzez ogłoszenie w prasie, radiu lub telewizji. Powyższe zawiadomienie stanowi wyjątek i może być stosowane wyłącznie w sytuacji, gdy indywidualne zawiadomienie o przysługujących pokrzywdzonym uprawnieniach spowodowałoby poważne utrudnienia w prowadzeniu postępowania.

Przedsiębiorca będący spółką cywilną jako pokrzywdzony

Zgodnie z art. 860 § 1 k.c. poprzez umowę spółki wspólnicy zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów. Umowa spółki cywilnej musi być zawarta pomiędzy co najmniej dwiema osobami fizycznymi lub prawnymi. Wspólnicy spółki cywilnej podlegają wpisowi do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (CEIDG). Natomiast sama spółka cywilna nie ma osobowości prawnej i nie podlega rejestracji w Krajowym Rejestrze Sądowym. Za zobowiązania spółki wspólnicy odpowiadają solidarnie swym majątkiem wspólnym oraz każdy ze wspólników z osobna majątkiem osobistym – bez żadnych ograniczeń. Przedsiębiorcą w rozumieniu art. 43¹ k.c. jest wspólnik spółki cywilnej. Sytuacja prawna spółki cywilnej jest całkowicie odmienna od spółki jawnej, która ma zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych, a tym samym odpowiedzialność wspólników kształtuje się w sposób odmienny niż w spółce cywilnej. Odpowiedzialność wspólników spółki jawnej jest odpowiedzialnością solidarną i subsydiarną zgodnie z art. 22 § 2 k.s.h. Spółka jawna nie posiada osobowości prawnej i zaliczana jest do jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną.

Powyższa analiza nasuwa pytanie, czy przedsiębiorca będący spółką cywilną może korzystać ze statusu pokrzywdzonego, a także czy status ten podlega przekazaniu wraz z przekształceniem spółki cywilnej w inną formę prawną – tu na przykładzie spółki jawnej?

Problem ten został rozpatrzony przez Sąd Apelacyjny w Katowicach postanowieniem z dnia 2 lipca 2008 r.²¹ Sąd wskazał, że:

[...] niedopuszczalnym i błędnym jest przyjęcie, iż wraz z przekształceniem się spółki cywilnej w spółkę jawną nastąpiło „przekazanie statusu pokrzywdzonego” z pierwotnie uprawnionych osób na nowo powstały podmiot prawny, bowiem tego rodzaju „zbycie”, czy też przejście uprawnień w świetle przepisu art. 860 i nast. k.c. oraz przepisu art. 26 § 4–6 k.s.h., jak również przepisów postępowania karnego, nie jest możliwe. W świetle przepisów postępowania karnego, pokrzywdzonym jest podmiot, którym może być osoba fizyczna lub prawna, a nie przedmiot (mienie), co powoduje, iż status pokrzywdzonego nie mógł zostać przekazany w drodze przekształcenia się spółki cywilnej w trybie przepisu art. 26 § 4 k.s.h. w spółkę jawną.

Powyższe rozważania mają również zastosowanie w obecnym stanie prawnym po nowelizacji z dnia 27 września 2013 r. wobec zmiany definicji pokrzywdzonego, którym może być także nieposiadająca osobowości prawnej inna jednostka organizacyjna mająca na gruncie odrębnych przepisów zdolność prawną. Komisja Kodyfikacyjna w uzasadnieniu projektu ustawy z dnia 5 czerwca 2012 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw podkreśliła, że przy ujednoczeniu definicji art. 49 k.p.k. zastosowała kryterium zdolności prawnej, zachowując jednocześnie kategorię instytucji państwowych oraz samorządowych²². Zatem nie jest dopuszczalne „przekazanie statusu pokrzywdzonego” w świetle przepisów postępowania karnego.

Odnosząc się do zagadnienia możliwości korzystania przez przedsiębiorcę będącego spółką cywilną ze statusu pokrzywdzonego, należy zwrócić uwagę na dwa aspekty tego problemu. Definicja pokrzywdzonego, jak wskazuje M. Cieślak, ma zarówno charakter materialny, jak i procesowy ze względu na uprawnienia procesowe przysługujące pokrzywdzonemu²³. Określając krąg podmiotów, które mogą korzystać ze statusu pokrzywdzonego, należy najpierw zdefiniować zespół znamion czynu będącego przedmiotem postępowania oraz czynów współukaranych, a następnie uściślić, który podmiot

21 Postanowienie SA w Katowicach z dnia 2 lipca 2008 r., sygn. akt II AKz 476/08, LEX nr 447111.

22 Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 5 czerwca 2012 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, <http://bip.ms.gov.pl/pl/projekty-aktow-prawnych/prawo-karne/>, s. 38 [dostęp: 30.06.2016].

23 M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, s. 36.

może skorzystać ze statusu pokrzywdzonego²⁴. W sytuacji gdy mamy do czynienia ze spółką cywilną, trudno określić podmiot korzystający ze statusu pokrzywdzonego, gdyż spółka cywilna nie została wyposażona w osobowość prawną. Z podmiotowość prawnej korzystają wyłącznie wspólnicy spółki. Z drugiej strony wspólnicy nie tworzą majątku, który stanowi ich odrębną własność, wręcz przeciwnie – na mocy umowy spółki cywilnej powstaje majątek wspólny wspólników, który jest niepodzielny i przysługuje łącznie wszystkim wspólnikom. Przepisy przeciwko spółce cywilnej będą głównie godzić w kapitał spółki cywilnej, pośrednio w majątek wspólników, spadkobierców wspólników spółki cywilnej czy majątek współmałżonka wspólnika opartego na zasadach małżeńskiej wspólności majątkowej. W razie rozwiązania umowy spółki cywilnej ustaje wspólność, majątek spółki staje się współwłasnością w częściach ułamkowych i w powyższej sytuacji status pokrzywdzonego przysługuje byłym wspólnikom lub spadkobiercom²⁵. Natomiast w czasie trwania umowy spółki cywilnej w oparciu o treść art. 49 k.p.k oraz art. 860 § 1 k.c. i nast. należy uznać, że wspólnicy spółki cywilnej korzystają ze statusu pokrzywdzonego zarówno w sytuacji, gdy wspólnikami są osoby fizyczne, osoby prawne czy też niemająca osobowości prawnej inna jednostka organizacyjna, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną.

Podsumowanie

Analiza zagadnienia wykonywania uprawnień przedsiębiorcy jako pokrzywdzonego w procesie karnym nasuwa następujące wnioski. Kodeks postępowania karnego, w przeciwieństwie do Kodeksu postępowania cywilnego, nie nadał przedsiębiorcy szczególnych uprawnień czy obowiązków. Można jednak oczekiwać, że sytuacja ta ulegnie zmianie, gdyż ochrona praw przedsiębiorcy – tu na przykładzie pokrzywdzonego – wymaga redefinicji. Nowelizacja Kodeksu postępowania karnego z dnia 27 września 2013 r. oraz z 20 lutego 2015 r. ostatecznie w kręgu osób pokrzywdzonych ujęła ułomne (niepełne) osoby prawne, zachowując jednocześnie kategorię instytucji państwowych oraz samorządowych. Wprowadzona zmiana oznacza, że przedsiębiorca zarówno będący osobą fizyczną, jak i prawną oraz ułomną osobą prawną może skorzystać ze statusu pokrzywdzonego. Ponadto ustawodawca na nowo określił sytuację prawną pokrzywdzonego poprzez umocnienie jego pozycji jako strony postępowania przygotowawczego. Ustawodawca, kierując się zasadą równego traktowania stron postępowania, stworzył katalog uprawnień i obowiązków pokrzywdzonego, które w postaci formularza są kierowane do pokrzywdzonego. Niestety formularz ten nie jest przystosowany do istniejącego katalogu pokrzywdzonych i nie uwzględnia specyfiki pokrzywdzonego przedsiębiorcy.

24 Uchwała SN z dnia 1 grudnia 1999 r., I KZP 26/99, LEX 38571.

25 A. Piaczyńska, *Przestępne przywłaszczenie składnika objętego wspólnym majątkiem wspólników*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 9, s. 52.

Ustawodawca powinien podjąć kroki w celu pełniejszego zapewnienia kontrykcyjności postępowania oraz faktycznej realizacji ustawowego obowiązku informowania przez organy procesowe uczestników postępowania o ich obowiązkach i uprawnieniach, w szczególności przez doprecyzowanie przepisów w zakresie doręczeń.

Literatura

- Cieślak M., *Polska procedura karna – podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984.
- Daszkiewicz W., *Proces karny. Część ogólna*, Warszawa 1994.
- Demendecki T., *Glosa do postanowienia SN z dnia 21 lipca 2011 r.*, I KZP 7/11.
- Doliwa A., *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2004.
- Dudka K., *Wpływ prawa karnego materialnego na ustawową definicję pokrzywdzonego*, [w:] *Współzależność prawa karnego procesowego i materialnego*, red. G. Arytmiak, Z. Ćwiąkałski, Warszawa 2009.
- Durczak-Żochowska S., *Glosa do postanowienia SN z dnia 21 lipca 2011 r.*, I KZP 7/11.
- Grzegorzczak T., *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2011.
- Jasiński W., *Przedsiębiorca jako pokrzywdzony w procesie karnym na tle art. 49 par. 1 i 2 k.p.c.*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 7.
- Katner W.J., *Podwójna czy potrójna podmiotowość w prawie cywilnym*, [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, red. L. Ogiegło, W. Popiołek, M. Szpunar, Kraków 2005.
- Piaczyńska A., *Przestępne przywłaszczenie składnika objętego wspólnym majątkiem wspólników*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 9.
- Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001.
- Postanowienie SA w Katowicach z dnia 2 lipca 2008 r., II AKz 476/08, LEX nr 447111.
- Postanowienie SN z dnia 10 marca 2006 r., IV CK 287/05, Lex nr 398357.
- Postanowienie SN z dnia 21 lipca 2011 r., I KZP 7/11, LEX nr 852215.
- Postanowienie SN z dnia 7 maja 2014 r., IV KK 364/13, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/Forms/AllItems.aspx> [dostęp: 30.06.2016].
- Uchwała SN z dnia 12 maja 1993 r., I KZP 6/93, LEX 20583.
- Uchwała SN z dnia 15 września 1999 r., I KZP 26/99, OSNKW 1999, z. 11–12, poz. 69.
- Uchwała SN z dnia 1 grudnia 1999 r., I KZP 26/99, LEX 38571.
- Uchwała SN z dnia 21 października 2003 r., I KZP 29/03, LEX 81320.
- Wyrok SA w Poznaniu z dnia 19 grudnia 2012 r., I Aca 1046/12, Lex nr 1264383.

SUMMARY

Entrepreneur as an aggrieved party in criminal procedure

The author analyzes the amendment of art. 49 of the Code of Criminal Procedure and presents several aspects of rights granted by the Code of Criminal Procedure to the entrepreneur. The article contains a review of previous problematic provisions of the CCP and describes the new course of reform, which granted the status of aggrieved party to state institutions and local government institutions. The author also emphasizes the role of delivery documents to entrepreneurs as they participate in criminal procedures as an aggrieved party. According to the new art. 304b CCP, written notice of the offense determines not only the elements of the offense but also specifies the identity of the victim by entering the address for correspondence, which in the course of further proceedings allows the authorities to take further procedural steps.

Keywords: entrepreneur, aggrieved party, criminal procedure, amendment of Article 49 Code of Criminal Procedure.

KATARZYNA PRELIŃSKA, Gdańsk University, Faculty of Law and Administration, Jana Bazyńskiego 8, 80-309 Gdańsk, Republic of Poland, e-mail: kateprelinska@yahoo.co.uk.

DIANA ILKÓW

Mikroplan zagospodarowania przestrzennego – analiza wybranych zagadnień

Wstęp

Na przestrzeni ostatnich lat można zaobserwować nowe zjawisko w zakresie działalności planistycznej gmin, polegające na wzrastającej tendencji do uchwalania tzw. mikroplanów zagospodarowania przestrzennego. Są to miejscowe plany zagospodarowania przestrzennego¹, charakteryzujące się tym, że obejmują obszar o niewielkiej powierzchni, składający się najwyżej z kilku działek ewidencyjnych. Pojęcie mikroplanu nie jest pojęciem języka prawnego ani prawniczego – zostało ukształtowane w celu uwypuklenia cech wyróżniających ten rodzaj działalności planistycznej². W szczególnym nasileniu takie działania planistyczne występują w Warszawie i w Poznaniu. Przykładowo, osobne miejscowe plany dotyczą (mają dotyczyć) obszarów o powierzchniach:

- 388 m² – jest to obszar składający się z dwóch działek ewidencyjnych³,
- 188 m² – jest to obszar składający się z jednej działki ewidencyjnej⁴,
- 479 m² – jest to obszar również składający się z jednej działki ewidencyjnej⁵,

1 W dalszej części będę posługiwać się określeniem „plan miejscowy”, natomiast w odniesieniu do mikroplanu zagospodarowania przestrzennego – określeniem „mikroplan”.

2 V. K. Wardacki, *Skarga na mikroplany*, „Rzeczpospolita” z dnia 28.11.2014 r., nr 276.

3 Uchwała nr XV/123/VII/2015 Rady Miasta Poznania z dnia 14 lipca 2015 r. w sprawie przystąpienia do sporządzenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego „Paderewskiego – Szkolna” w Poznaniu, dostępna na stronie internetowej www.bip.poznan.pl [dostęp: 6.03.2016].

4 Uchwała nr LVI/862/VI/2013 Rady Miasta Poznania z dnia 24 września 2013 r. w sprawie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego „U zbiegu placu Wiosny Ludów i ulicy Podgórznej” w Poznaniu, Dz.Urz. Województwa Wielkopolskiego 2013 poz. 5902.

5 Uchwała nr LVIII/602/IV/2004 Rady Miasta Poznania z dnia 7 grudnia 2004 r. w sprawie uchwalenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego „Naramowice – ul. Czarnucha” – część południowa A, Dz.Urz. Województwa Wielkopolskiego 2005 nr 25 poz. 638.

- ok. 120 m² – jest to obszar obejmujący podwórkę sąsiadujące z budynkami wielorodzinnymi⁶.

Należy zaznaczyć, że powyższe dane mają na celu jedynie zobrazowanie istoty zjawiska polegającego na przyjmowaniu mikroplanów. Jednocześnie warto mieć na uwadze, że takie działania planistyczne często wiążą się z podjęciem próby rozwiązania aktualnych problemów, wynikających ze struktury własnościowej czy obecnego zagospodarowania terenu⁷.

Przedmiotem niniejszego artykułu jest zbadanie dopuszczalności takiej działalności planistycznej gmin w świetle wymagań stawianych przez normy składające się na polski system planowania przestrzennego – zarówno tych wymagań, które zostały wyrażone wprost przez ustawodawcę w przepisach ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym⁸ (dalej u.p.z.p.), jak i tych, które są rekonstruowane na podstawie przepisów ogólnych ww. ustawy. Rozważania obejmą także analizę charakteru prawnego mikroplanów w kontekście założeń teoretycznych dotyczących planu miejscowego, jak też stanowisko sądów administracyjnych odnośnie do dopuszczalności przyjmowania mikroplanów⁹.

Mikroplan wobec poglądów na charakter prawny planu miejscowego

W pierwszej kolejności warto zastanowić się, czy mikroplan odpowiada specyficznym cechom konstrukcyjnym, charakterystycznym dla planu miejscowego. Ustawodawca nadaje bowiem planowi miejscowemu rangę aktu prawa miejscowego – plan miejscowy stanowi więc źródło powszechnie obowiązującego prawa (art. 14 ust. 8 u.p.z.p.). Niemniej plan miejscowy zawiera nietypowe normy, których charakter – również w kontekście planów gospodarczych – był przedmiotem wielu sporów w nauce prawa¹⁰. Najistotniejszy spór dotyczył kwestii, czy plan miejscowy stanowi akt normatywny *per se*, tzn.

6 Uchwała nr XVIII/405/2015 Rady Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 15 października 2015 r. w sprawie przystąpienia do sporządzenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego dla działki ew. nr 2/2 z obrębem 1-05-53, www.architektura.um.warszawa.pl [dostęp: 6.03.2016].

7 Dla przykładu, przyjmowanie mikroplanów dla obszarów położonych w Warszawie często jest powiązane z problematyką reprivatyzacji gruntów, znacjonalizowanych na podstawie dekretu z dnia 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy (Dz.U. nr 50 poz. 279 z późn. zm.).

8 t.j. Dz. U. 2016, poz. 778 z późn. zm.

9 Celem niniejszego artykułu nie jest badanie przyczyn takiej działalności gmin.

10 W. Brzeziński, *Plan zagospodarowania przestrzennego. Studium z zakresu nauki administracji i prawa administracyjnego*, Warszawa 1961, s. 24 i n.; F. Longchamps, *O pojęciu stosunku administracyjnoprawnego w gospodarce narodowej*, „Państwo i Prawo” 1958, nr 1, s. 14 i n.; M. Kulesza, *Administracyjnoprawne uwarunkowania polityki przestrzennej*, Warszawa 1987, s. 143 i n.;

ze względu na normy w nim zawarte, czy też stanowi akt normatywny jedynie na mocy decyzji ustawodawcy¹¹.

Nie rozstrzygając w tym opracowaniu sporu o normatywny charakter planu miejscowego, warto odnieść dwie główne koncepcje, sformułowane na kanwie tegoż sporu, do zjawiska mikroplanów w celu znalezienia odpowiedzi na pytanie, czy przyjęcie takiego specyficznego planu miejscowego koresponduje z założeniami teoretycznymi.

Według Z. Niewiadomskiego plan miejscowy zawiera z jednej strony elementy klasycznego aktu normatywnego (przede wszystkim ze względu na to, że z woli ustawodawcy plan miejscowy stanowi akt prawa miejscowego), a z drugiej – aktu indywidualnego, gdyż zdaje się regulować sytuację prawną właścicieli poszczególnych nieruchomości objętych danym planem¹². To „rozwarstwienie” pozwoliło Z. Niewiadomskiemu na sformułowanie koncepcji, według której plan miejscowy stanowi w istocie „akt indywidualny wielokrotnego stosowania”, umiejscowiony pomiędzy aktem stanowiącym a stosującym prawo¹³. W jego ocenie pogląd ten znajduje również uzasadnienie w ustawowej relacji pomiędzy planem miejscowym a decyzją o warunkach zabudowy – plan miejscowy stanowi bardzo specyficzny akt stosowania prawa, ponieważ po jego uchwaleniu nie jest konieczne wydanie decyzji o warunkach zabudowy (art. 4 ust. 2 u.p.z.p.), gdyż odpowiednie normy zawarte są w planie¹⁴. Natomiast wprowadzenie art. 14 ust. 8 u.p.z.p., na mocy którego plan miejscowy z woli ustawodawcy stanowi akt prawa miejscowego, oznacza, że „ustawodawca dozwala i zobowiązuje właściwe organy samorządu terytorialnego stanowiące plan zagospodarowania przestrzennego do tego, aby wypowiedzi planu miały charakter powszechnie obowiązujący, oczywiście nie w całości i niekoniecznie muszą to być normy prawne w klasycznej postaci”¹⁵.

Wydaje się, że za tym poglądem podążył Trybunał Konstytucyjny, który w jednym z postanowień stwierdził, że „miejscowe plany zagospodarowania przestrzennego są [...] aktami o szczególnym charakterze. Mieszczą się one między klasycznymi aktami normatywnymi a klasycznymi aktami indywidualnymi związanymi ze stosowaniem pra-

R. Malinowski, *Ewolucja systemu planowania gospodarczego a problem charakteru prawnego planów gospodarczych*, „Państwo i Prawo” 1975, nr 2, s. 37 i n.

11 Zasadniczo normatywny charakter normom planowym – a tym samym planom miejscowym – przyznał W. Brzeziński (*op. cit.*). Przeciwno takiej koncepcji opowiedzieli się m.in. F. Longchamps (*op. cit.*) i M. Kulesza (*op. cit.*). Obecnie Z. Niewiadomski postuluje – idąc częściowo za poglądem W. Brzezińskiego – przyznanie danemu planowi miejscowemu charakteru aktu normatywnego dopiero po jego przebadaniu (*ad casum*): Z. Niewiadomski, *Planowanie przestrzenne. Zarys systemu*, Warszawa 2003, s. 109; z kolei za normatywnym charakterem planów miejscowych zdecydowanie opowiada się M. Szewczyk, [w:] Z. Leoński, M. Szewczyk, M. Kruś, *Prawo zagospodarowania przestrzeni*, Warszawa 2012, s. 83.

12 Z. Niewiadomski, *op. cit.*, s. 110.

13 *Ibidem*.

14 *Ibidem*, s. 109.

15 *Ibidem*.

wa”¹⁶. Trybunał skonstatował, że plan miejscowy jest aktem „wielostronnym” (na skutek np. podziału nieruchomości) i „wielokrotnym” (na skutek np. zmian właścicieli danej nieruchomości), a więc regulującym prawo własności także na przyszłość, tj. w odniesieniu do osób, które w przyszłości będą właścicielami nieruchomości objętych planem, również po ich ewentualnym podziale. W tym ujęciu plan miejscowy jawi się jako akt stosowania prawa, o cechach aktu normatywnego.

Odnosząc powyższe uwagi do mikroplanu, *prima facie* wydaje się, że skoro mikroplan kształtuje sytuację prawną tylko jednego właściciela nieruchomości (czy też niewielkiej liczby właścicieli nieruchomości), to w tym przypadku następuje szczególne nasilenie cech charakterystycznych dla aktu stosowania prawa. Niemniej należy zauważyć, że czynniki wyróżniające mikroplan, tj. niewielki obszar czy ograniczony krąg podmiotów, których sytuację prawną reguluje, nie niwelują tych aspektów, które w ocenie Z. Niewiadomskiego przybliżają plan miejscowy do aktu normatywnego, tj. „wielokrotnej stosowalności”, czy też – w ujęciu Trybunału Konstytucyjnego – „wielostronności” i „wielokrotności”. Mikroplan, pomimo swoich cech specyficznych, nadal wykazuje „wielokrotną stosowalność”; na jego byt prawny nie mają bowiem wpływu takie zdarzenia prawne, jak przeniesienie prawa własności nieruchomości czy jej podział. W dalszym ciągu, pomimo zmian podmiotowych, będzie on kształtował sytuację prawną każdego właściciela nieruchomości. Przedmiotem jego regulacji nadal jest „Ustalenie przeznaczenia terenu, rozmieszczenie inwestycji celu publicznego oraz określenie sposobów zagospodarowania i warunków zabudowy terenu [...]” (art. 4 ust. 1 u.p.z.p.), a nie – bezpośrednio – kształtowanie sytuacji prawnej adresata, jak w przypadku indywidualnego aktu stosowania prawa. Tych specyficznych cech, tj. „wielostronności” i „wielokrotności”, pozbawiona jest decyzja o warunkach zabudowy. Przykładowo, w tym przypadku, jak wskazują przepisy u.p.z.p., sam fakt nabycia nieruchomości od podmiotu uprawnionego z tytułu decyzji o warunkach zabudowy nie powoduje zmiany podmiotu uprawnionego. Aby osiągnąć ten skutek, konieczne jest bowiem przeniesienie jej na podstawie decyzji wydanej przez organ po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego (art. 63 ust. 5 u.p.z.p.). Na powyższą konstatację nie wpływa to, że organ, który wydał decyzję, jest zobowiązany do jej przeniesienia, pod warunkiem spełnienia określonych warunków, na rzecz innej osoby. Czynniki wyróżniające mikroplan nie pozbawiają go również charakteru aktu prawa miejscowego – zgodnie z wolą ustawodawcy każdy plan miejscowy stanowi takiż akt normatywny (art. 14 ust. 8 u.p.z.p.). Prawodawca nie wprowadził w tym zakresie różnic pomiędzy poszczególnymi planami miejscowymi. Z tego względu, nawet w sytuacji gdy mikroplan obejmuje jedną, niewielką działkę, pozostaje on aktem prawa miejscowego. Biorąc to pod uwagę, uzasadnione wydaje się stwierdzenie, że mikroplan, pomimo swo-

16 Postanowienie TK z dnia 6 października 2004 r., sygn. akt SK 42/02, Legalis nr 65689. Postanowieniem tym Trybunał orzekł, że do badania konstytucyjności planów miejscowych uprawnione są co do zasady sądy administracyjne.

ich specyficznych cech, w pełni koresponduje z koncepcją planu miejscowego jako indywidualnego aktu wielokrotnego stosowania, przedstawioną przez Z. Niewiadomskiego.

Ponadto warto zbadać spójność mikroplanu z inną koncepcją dotyczącą charakteru prawnego planu miejscowego, skonstruowaną przez M. Szewczyka. Autor ten zdaje się nie akceptować poglądu, że plan miejscowy stanowi akt wielokrotnego stosowania. Stwierdza bowiem, że plan miejscowy stanowi akt normatywny ze względu na to, że powinien „zawierać określenie przeznaczenia terenów”¹⁷. Idąc dalej, w ocenie M. Szewczyka:

[...] wskazuje się [za pomocą planu miejscowego – D.I.] potencjalnie każdemu zachowanie określone abstrakcyjnie co do możliwości dokonywania zagospodarowania tego obszaru, a nie – jak twierdzi Z. Niewiadomski – konkretnych nieruchomości. Bez wątplenia bowiem plan miejscowy nie dotyczy żadnych konkretnych nieruchomości, lecz obowiązuje na obszarze o ściśle określonych granicach. [...] Określone w planie miejscowym przeznaczenie jakiegoś obszaru będzie następnie stanowić wzorzec zachowań zarówno dla organów władzy publicznej [...], jak i dla obywateli i dla innych podmiotów zrównanych z nimi w zakresie przestrzegania prawa (np. w związku z wykonywaniem uprawnień właścicielskich względem nieruchomości)¹⁸.

Zgodnie z powyższym poglądem punktem odniesienia dla planu miejscowego, w zakresie jego regulacji, jest zawsze dany teren, a nie konkretna nieruchomość czy też ich określony zbiór. Autor ten zwraca ponadto uwagę, że w odniesieniu do planów miejscowych konieczne jest zastosowanie specyficznej metody dekodowania norm prawnych w nich zawartych:

W planie miejscowym najczęściej zamieszczone są te fragmenty norm prawnych, które tradycyjnie określane są mianem hipotez. Skorelowane z nimi dyspozycje często można znaleźć w ustawach, w szczególności w ustawie o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzeni¹⁹.

Z tego względu rekonstrukcja norm prawnych zawartych w planie miejscowym jest możliwa, jeżeli zestawimy je z określonym przepisem ustawy; dzięki takiemu zrekonstruowaniu normy zawartej w planie miejscowym – normy generalnej i abstrakcyjnej – może ona stanowić podstawę wydania aktów stosowania prawa²⁰. W ocenie M. Szewczyka argument ten przemawia na rzecz normatywnego charakteru planu miejscowego

17 M. Szewczyk, *op. cit.*, s. 83.

18 *Ibidem*.

19 *Ibidem*, s. 120.

20 *Ibidem*.

(przynajmniej w części)²¹. M. Szewczyk zdaje się prezentować pogląd, według którego plan miejscowy – jako akt, którego normy mogą być odczytywane tylko w zestawieniu z normami zawartymi w ustawach – nie jest aktem indywidualnym wielokrotnego stosowania, ale aktem normatywnym, o tyle nietypowym, że dla jego odczytania konieczne jest sięgnięcie do innych aktów prawnych, rangi ustawowej. Stąd w jego ocenie wyżej omawiana „wielokrotna stosowalność” jest jedynie iluzoryczna, ponieważ w istocie plan miejscowy jest aktem normatywnym, który znajdzie zastosowanie do szerszego, bliżej nieokreślonego kręgu podmiotów. Można z tego również wyciągnąć wniosek, że plan miejscowy nie może być traktowany jako zbiór indywidualnych regulacji, określających przeznaczenie konkretnych nieruchomości. Koresponduje to z obserwacją autora co do rzeczywistego przedmiotu regulacji planu miejscowego – w jego ocenie plan miejscowy nie dotyczy konkretnych nieruchomości, ale obszaru składającego się z danych nieruchomości²².

Pierwsza z przytoczonych tez M. Szewczyka, dotycząca rzeczywistego przedmiotu regulacji miejscowego planu, znajduje zastosowanie również w przypadku mikroplanu. Trudno dostrzec argumenty, które przemawiałyby przeciwko stwierdzeniu, że mikroplan wskazuje określone zachowanie poprzez sposób zagospodarowania danego obszaru, a irrelevantne pozostaje, kto indywidualnie jest tym wskazaniem związany. Tak jak w typowym planie miejscowym, przedmiotem regulacji jest bowiem sposób zagospodarowania określonej przestrzeni. Nie jest tu zatem istotne, że obszar ten jest niewielki bądź że stanowi własność niewielkiej liczby podmiotów. Nie jest też wykluczone odmienne stwierdzenie, polegające na tym, że w istocie mikroplan jest narzędziem służącym gminie do uregulowania sposobu zagospodarowania danej nieruchomości, a nie oznaczonego granicami obszaru. Konstatacja ta wskazywałaby, że mikroplan nie koresponduje w pełni z założeniami teoretycznymi dotyczącymi charakteru prawnego planu miejscowego. W mojej ocenie takie spojrzenie – z perspektywy teoretycznej konstrukcji planu miejscowego – nie jest w pełni trafne. Podobna prawidłowość wystąpi bowiem w przypadku, gdy w planie miejscowym przyjętym dla dużego obszaru przyjęto odmienny sposób zagospodarowania dla sąsiadujących ze sobą nieruchomości. Wówczas także możliwe jest stwierdzenie, że plan miejscowy służy do uregulowania statusu prawnego konkretnej nieruchomości, a nie obszaru. Nie można również abstrahować od tego, że często najbardziej wskazanym kierunkiem określenia granic obszarów obejmowanych danym planem miejscowym, jak i odmiennym sposobem zagospodarowania jest uwzględnienie granic poszczególnych działek. Mikroplan, pomimo swoich specyficznych cech, w pełni wpisuje się w aspekty konstrukcyjne właściwe dla każdego planu miejscowego. Co więcej, również w odniesieniu do mikroplanu, dla rekonstrukcji norm w nim zawartych, konieczne jest sięgnięcie do norm ujętych w aktach prawnych rangi ustawowej – schemat dekode-

21 *Ibidem*.

22 *Ibidem*, s. 83.

wania norm prawnych zawartych w mikroplanie nie różni się od schematu właściwego dla planów miejscowych. W konsekwencji treść norm zawartych w mikroplanie nie wykazuje odrębności względem treści norm zawartych w innych planach miejscowych.

Powyższe rozważania pozwalają stwierdzić, że niezależnie od przyjętego poglądu na charakter prawny planu miejscowego mikroplan koresponduje z założeniami teoretycznymi przedstawionymi przez Z. Niewiadomskiego i M. Szewczyka. Sugerowałyby to, że czynniki decydujące o specyfice mikroplanu, tj. niewielki obszar oraz krąg podmiotów, których dotyczy mikroplan, przynajmniej z tej perspektywy, są irrelevantne dla konstrukcji prawnej planu miejscowego – z tego powodu powinny być traktowane raczej jako okoliczności faktyczne, nieodgrywające roli w zakresie oceny teoretycznych założeń dotyczących planu miejscowego.

Mikroplan wobec przepisów u.p.z.p.

Niezbędne jest też zadanie pytania, czy u.p.z.p. zawiera przepisy wprost regulujące dopuszczalną wielkość obszaru, który może zostać objęty planem miejscowym. Przed wszystkim należy wskazać, że ustawodawca powierzył kształtowanie i prowadzenie polityki przestrzennej na terenie gminy, w tym poprzez uchwalanie miejscowych planów, gminie w ramach jej zadań własnych (art. 3 ust. 1 u.p.z.p.). Przepis ten stanowi ustawową podstawę kompetencji gminy w zakresie uchwalania miejscowych planów, która z kolei wchodzi w zakres władztwa planistycznego gminy. Jednocześnie ustawodawca wprowadził w treści u.p.z.p. reguły dotyczące opracowania planów miejscowych. Po pierwsze, sprecyzował rolę planu miejscowego, stanowiąc, że „Ustalenie przeznaczenia terenu, rozmieszczenie inwestycji celu publicznego oraz określenie sposobów zagospodarowania i warunków zabudowy terenu następuje w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego” (art. 4 ust. 1 u.p.z.p.). W tymże przepisie „została ustalona zasada określająca, jakim celem zgodnie z wolą ustawodawcy ma służyć miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego”²³. Ustawowa rola miejscowego planu znajduje odzwierciedlenie w kolejnych przepisach, np. w art. 14 ust. 1 u.p.z.p., który stanowi o rozpoczęciu prac od podjęcia uchwały o przystąpieniu do sporządzenia miejscowego planu „w celu ustalenia przeznaczenia terenów”. Natomiast w kolejnej, istotnie sformalizowanej fazie przygotowania planu miejscowego konieczne jest określenie przeznaczenia terenów oraz linii rozgraniczającej tereny o różnym przeznaczeniu lub różnych zasadach zagospodarowania, a składnik ten powinien znaleźć się w ostatecznej wersji planu miejscowego (art. 15 ust. 2 pkt 1 u.p.z.p.). Przepisy powyższej ustawy konsekwentnie operują więc w odniesieniu do miejscowego planu pojęciem „terenu” lub „terenów”.

23 A. Plucińska-Filipowicz, T. Filipowicz, *Komentarz do art. 4, w: Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz*, red. A. Plucińska-Filipowicz, M. Wierzbowski, LEX/el. 2014, Nb. 1.

Pojęcie „terenu” nie zostało zdefiniowane przez ustawodawcę, a *per se* nie zawiera odniesień do wielkości obszaru. Może więc zostać użyte zarówno w odniesieniu do planu miejscowego obejmującego znaczny obszar, jak i mikroplanu. Ponadto w zakresie terminologii, z której korzysta ustawodawca, pomocne może okazać się sięgnięcie do konkurencyjnego narzędzia kształtowania polityki przestrzennej, tj. decyzji o warunkach zabudowy. I tak, „W przypadku braku planu miejscowego, dla inwestycji innej niż inwestycja celu publicznego, sposób zagospodarowania terenu i warunki zabudowy ustala się w drodze decyzji o warunkach zabudowy [...]” (art. 4 ust. 2 pkt 2 u.p.z.p.). Przepis wprowadzający rozróżnienie między poszczególnymi aktami planistycznymi posługuje się więc jednakowym terminem „teren” – zarówno w odniesieniu do planu miejscowego, jak i decyzji o warunkach zabudowy. Dalsze przepisy odnoszące się do powyższej decyzji również zawierają termin „teren”. Wydaje się więc, że ustawodawca nie wprowadził terminologicznego rozróżnienia, które pozwalałoby stwierdzić, jakie narzędzie planistyczne jest preferowane dla obszaru o określonej powierzchni.

Co więcej, ustawodawca nie wprowadził wymagań ani dyrektyw co do wielkości obszaru, który powinien być obejmowany danym planem miejscowym – nie wskazał powierzchni minimalnej ani maksymalnej. Lektura u.p.z.p. może więc doprowadzić do wniosku, że wielkość obszaru obejmowanego planem miejscowym zależy w istocie od uznania danej gminy, uprawnionej w świetle art. 3 ust. 1 u.p.z.p. do kształtowania i prowadzenia polityki przestrzennej na swoim terenie.

Niemniej w przypadku ograniczenia badania zagadnienia jedynie do lektury przepisów u.p.z.p. pod kątem wyrażonej *explicite* dopuszczalności uchwalenia mikroplanu (np. w celu zrekonstruowania normy wskazującej na minimalną bądź maksymalną wielkość obszaru, jaki może zostać objęty danym planem miejscowym) nie będzie możliwe należyte ustalenie odpowiedzi na pytanie zadane na początku opracowania. Należy bowiem zwrócić uwagę na szczególną konstrukcję tej ustawy – oprócz przepisów dotyczących praw i obowiązków organów oraz procedury planistycznej istotną rolę pełnią początkowe przepisy u.p.z.p. Wydaje się więc, że dopiero ich pogłębiona analiza może doprowadzić do znalezienia poprawnej odpowiedzi na pytanie postawione w niniejszym artykule.

Mikroplan wobec ładu przestrzennego oraz władztwa planistycznego gminy

Z faktu, że przepisy u.p.z.p. wprost nie zabraniają uchwalania planu miejscowego dla niewielkiego obszaru, składającego się np. z jednej nieruchomości, nie można wywieść, że system planowania i zagospodarowania przestrzennego akceptuje w pełni taką działalność planistyczną. Z tego względu, aby uzyskać odpowiedź na pytanie zadane na początku opracowania, konieczne jest zbadanie, czy koncepcja mikroplanu odpowiada war-

tościom stanowiącym fundament przepisów z zakresu planowania i zagospodarowania przestrzennego.

Należy zwrócić uwagę, że przepisy art. 1 i art. 2 u.p.z.p. są kluczowe dla odtworzenia wskazań ustawodawcy co do treści planu miejscowego. Zgodnie z art. 1 ust. 1 u.p.z.p. „Ustawa określa: 1) zasady kształtowania polityki przestrzennej przez jednostki samorządu terytorialnego i organy administracji rządowej, 2) zakres i sposoby postępowania w sprawach przeznaczania terenów na określone cele oraz ustalania zasad ich zagospodarowania i zabudowy – przyjmując ład przestrzenny i zrównoważony rozwój za podstawę tych działań”. Z kolei art. 1 ust. 2 u.p.z.p. stanowi, że „W planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym uwzględnia się zwłaszcza: 1) wymagania ładu przestrzennego, w tym urbanistyki i architektury [...]”. Zatem przepis art. 1 ust. 1 i ust. 2 u.p.z.p., poza wskazaniem materii regulowanej przez ustawę (przedmiotu ustawy)²⁴, wprowadza również zasady kształtowania polityki przestrzennej w postaci m.in. ładu przestrzennego, co ujmowane jest jako włączenie do przedmiotu ustawy takich zagadnień, jak „wartości i merytoryczne wymogi, które organy muszą uwzględnić, prowadząc ustawową działalność”²⁵. Co więcej, przepisy te „stanowią [...] właśnie katalog zasad obowiązujących organ w zakresie kształtowania polityki przestrzennej. Uwzględnienie powyższych zasad jest więc warunkiem uznania aktu planistycznego za podjęty zgodnie z przepisami”²⁶. Ustawodawca podjął próbę zdefiniowania pojęcia ładu przestrzennego, wskazując, że jest to „takie ukształtowanie przestrzeni, które tworzy harmonijną całość oraz uwzględnia w uporządkowanych relacjach wszelkie uwarunkowania i wymagania funkcjonalne, społeczno-gospodarcze, środowiskowe, kulturowe oraz kompozycyjno-estetyczne” (art. 2 pkt 1 u.p.z.p.). Idąc dalej, zasady ochrony i kształtowania ładu przestrzennego stanowią element, który obowiązkowo powinien zostać określony w miejscowym planie (art. 15 ust. 2 pkt 2 u.p.z.p.).

Warto zwrócić uwagę, że istota pojęcia ładu przestrzennego w świetle ukształtowanej przez ustawodawcę definicji ogniskuje się w następującym fragmencie: „takie ukształtowanie przestrzeni, które tworzy harmonijną całość”. Istotą ładu przestrzennego jest więc spójne, harmonijne kształtowanie przestrzeni, zgodnie z wypracowaną wcześniej koncepcją, która ma zostać utrwalona w miejscowym planie, a następnie – na jego podstawie wdrożona. Osiągnięcie stanu „harmonijnej całości” wobec danej przestrzeni może być efektem jedynie wypracowania optymalnych współzależności na danym terenie pomiędzy warunkami i wymaganiami funkcjonalnymi, społeczno-gospodarczymi, środowiskowymi, kulturowymi oraz kompozycyjno-estetycznymi. Koncepcja opracowana przez

24 Z. Niewiadomski, *Komentarz do art. 1*, [w:] *Planowanie i zagospodarowanie przestrzenne. Komentarz*, red. Z. Niewiadomski, Legalis/el. 2015, Nb. 2.

25 *Ibidem*, Nb. 5.

26 *Ibidem*. Cf. A. Plucińska-Filipowicz, T. Filipowicz, *Komentarz do art. 1*, [w:] *Ustawa o planowaniu..., op. cit.*, Nb. 9.

organy planistyczne, a utrwalona w planie miejscowym, powinna więc odzwierciedlać ukształtowany, wyważony model wzajemnego oddziaływania pomiędzy powyższymi czynnikami²⁷.

Można więc założyć, że ustawodawca, nakazując wprowadzenie w miejscowym planie zasad ochrony i kształtowania przestrzeni w sposób tworzący harmonijną całość, z uwzględnieniem wielu czynników wymienionych w art. 1 ust. 2 u.p.z.p., nakazał wyodrębnienie pewnego fragmentu z przestrzeni leżącej w granicach gminy, który powinien być w spójny sposób ukształtowany, tak by docelowo powstała w jego ramach „harmonijna całość”. Jednocześnie wyodrębniony z przestrzeni teren, który ma zostać objęty planem miejscowym, powinien dać możliwość uwzględnienia tych uwarunkowań, o których mowa w art. 1 ust. 2 u.p.z.p. Powstaje więc pytanie, czy mikroplan, traktujący przestrzeń jedynie w sposób wycinkowy, jest w stanie spełnić wymogi związane z zasadą ładu przestrzennego, a w szczególności czy docelowo umożliwi utworzenie na danym obszarze „harmonijnej całości”. Ze względu na wielość uwarunkowań, jakie powinno spełnić dane ukształtowanie przestrzeni, wymienionych w ustawowej definicji ładu przestrzennego („wszelkie uwarunkowania i wymagania funkcjonalne, społeczno-gospodarcze, środowiskowe, kulturowe oraz kompozycyjno-estetyczne” – art. 2 pkt 1 u.p.z.p.), nie wydaje się, aby ich realizacja mogła nastąpić wyłącznie w ramach jednej nieruchomości. Opracowanie spójnej koncepcji optymalnego ukształtowania zagospodarowania danego terenu wymaga spojrzenia na szerszy obszar aniżeli jedna nieruchomość – i wydaje się, że z takiego właśnie założenia wyszedł ustawodawca, tworząc plan miejscowy jako akt prawa miejscowego; nie przewidywał on bowiem przyjęcia takiego planu dla jednej nieruchomości.

Przechodząc do zagadnienia władztwa planistycznego, trzeba stwierdzić, że to właśnie gminie przysługuje ustawowa kompetencja dotycząca władczego przeznaczenia i ustalania zasad zagospodarowania terenu w drodze wiążącego aktu prawnego, w analizowanej sytuacji – miejscowego planu²⁸. Władztwo planistyczne stanowi jeden z rodzajów władztwa administracyjnego, określanego jako uprawnienie „organu administracji publicznej do wiążącej konkretyzacji praw i obowiązków adresata, których wykonywanie, w sytuacji gdy treścią tej konkretyzacji było nałożenie obowiązków, obwarowane jest możliwością zastosowania środków przymusu państwowego”²⁹. Podobnie według W. Jakimowicza władztwo planistyczne jest silnie powiązane z władztwem publicznym, wynikającym z kolei z samodzielności gminy, która jest określana przez jej prawa i obo-

27 M. Tabernacka, *Konflikty dotyczące interpretacji pojęcia „ład przestrzenny” w planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym*, [w:] *Plaszczyzny konfliktów w administracji publicznej*, red. M. Tabernacka, R. Raszewska-Skałeczka, Warszawa 2010, s. 404.

28 Z. Niewiadomski, *Komentarz do art. 3*, [w:] *Planowanie i zagospodarowanie...*, *op. cit.*, Nb. 1.

29 Z. Niewiadomski, *Planowanie przestrzenne...*, *op. cit.*, s. 90–91.

wiązki publicznoprawne³⁰. Natomiast względem władztwa administracyjnego władztwo planistyczne określane jest jako jego rodzaj, zawężony „przedmiotowo do planowania przestrzennego”³¹.

Pomimo tego, że władztwo planistyczne gminy stanowi uprawnienie do „legalnej ingerencji w sferę wykonywania prawa własności”³², nie może być ono utożsamiane z przyznaniem „władztwa absolutnego i nieograniczonego, gdyż gmina, wykonując je, ma obowiązek działać w granicach prawa, kierować się interesem publicznym, wyważać interesy publiczne z interesami prywatnymi, uwzględniać aspekt racjonalnego działania i proporcjonalności ingerencji w sferę wykonywania prawa własności”³³. Uprawnienie przyznane gminie nie jest absolutne; z tego też względu, nie jest wykluczone w danym stanie faktycznym nadużycie władztwa planistycznego, które określane jest jako brak „właściwego wyważenia kolidujących wartości, które muszą być uwzględnione w planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym”³⁴.

Należy zwrócić uwagę, że prawidłowe uwzględnienie ładu przestrzennego decyduje o należytym wykonaniu władztwa planistycznego. Ład przestrzenny wraz ze zrównoważonym rozwojem tworzą wzorzec umożliwiający kontrolę konkretnych rozwiązań planistycznych, przyjętych w ramach planu miejscowego. Jak mówi K. Buczyński, zasady ładu przestrzennego oraz zrównoważonego rozwoju stają się „głównymi miernikami prawidłowości i legalności realizacji przepisów komentowanej ustawy [tj. u.p.z.p. – D.I.]. Zgodność danego przedsięwzięcia planistycznego z obowiązującym porządkiem prawnym będzie ustalana po jego skonfrontowaniu z wymogami ładu przestrzennego [...]”³⁵. Jeżeli więc gmina podejmuje działania planistyczne związane z przyjęciem miejscowego planu w zakresie obszaru, którego powierzchnia jest zbyt mała, aby możliwe było uwzględnienie wszystkich zależności wskazanych przez u.p.z.p., istnieje ryzyko, że gmina nadużyła władztwa planistycznego.

Niemniej istotny jest także aspekt proceduralny uchwalania mikroplanu – mimo że jest on przyjmowany dla niewielkiego obszaru, konieczne jest przeprowadzenie pełnego postępowania planistycznego zgodnie z regulacją u.p.z.p. Wnosząc ze sposobu ukształtowania obowiązków organów planistycznych w tym zakresie oraz konieczności zaan-

30 W. Jakimowicz, *O normatywnych podstawach władztwa planistycznego gminy*, [w:] *Kierunki reformy prawa planowania i zagospodarowania przestrzennego*, red. I. Zachariasz, Warszawa 2012, Nb. 2.

31 *Ibidem*.

32 J. Parchomiuk, *Nadużycie władztwa planistycznego gminy*, „Samorząd Terytorialny” 2014, nr 4, s. 23.

33 *Ibidem*.

34 *Ibidem*, s. 30.

35 K. Buczyński, *Komentarz do art. 1*, [w:] *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz*, Warszawa 2014, Nb. 3; wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 20 grudnia 2006 r., sygn. akt II SA/Bd 341/06.

gażowania wielu organów wydaje się, że procedura została ukształtowana na potrzeby prac planistycznych obejmujących większy obszar aniżeli jedna nieruchomość (art. 17 u.p.z.p.).

W przypadku mikroplanu szczególnie przedstawia się sytuacja właściciela nieruchomości nim objętego. Procedura przyjęcia miejscowego planu nie przyznaje bowiem właścicielom nieruchomości, które mają być objęte planem, wyraźnych uprawnień w zakresie kształtowania ustaleń przyszłego planu miejscowego. Właścicielom nie przyznano uprawnień innych niż jakimkolwiek podmiotom zainteresowanym. W świetle u.p.z.p. właściciel może zatem: złożyć wniosek do planu miejscowego (art. 17 pkt 1 u.p.z.p.); wnieść uwagi do projektu planu miejscowego (art. 18 u.p.z.p.); wziąć udział w dyskusji publicznej nad projektem planu (art. 17 pkt 9 u.p.z.p.). Jednak wskazane wyżej środki nie wywierają istotnego wpływu na ustalenia zawarte w planie miejscowym, a rozstrzygnięcia co do ich uwzględnienia bądź odmowy uwzględnienia nie podlegają zaskarżeniu do sądu administracyjnego (art. 7 u.p.z.p.). Dopiero *post factum* właściciel nieruchomości objętej mikroplanem jest władny spowodować wszczęcie kontroli sądu administracyjnego nad wprowadzonymi w mikroplanie rozwiązaniami w trybie określonym w ustawie o samorządzie gminnym. Jednakże – biorąc pod uwagę, że skarga do sądu administracyjnego może zostać złożona dopiero po uchwaleniu planu – z punktu widzenia właściciela uprawnienie to może mieć charakter iluzoryczny, gdyż nie przyznaje mu kompetencji do udziału w kształtowaniu treści ustaleń, które dopiero w przyszłości mają być zawarte w mikroplanie.

Dla porównania warto zwrócić uwagę na przebieg postępowania o wydanie decyzji o warunkach zabudowy, która najczęściej odnosi się do sposobu zagospodarowania terenu składającego się z jednej nieruchomości. W tym przypadku podmiotem, który decyduje o wszczęciu postępowania, jest inwestor zainteresowany zmianą zagospodarowania terenu. Jednocześnie decyzja ta jest wydawana po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego, w związku z czym wnioskodawcy przysługują wszelkie uprawnienia związane z kontrolą rozstrzygnięcia, zarówno przez organ odwoławczy, jak i sąd administracyjny. Podobnie kształtuje się sytuacja właścicieli nieruchomości sąsiadujących z nieruchomością, która ma być objęta mikroplanem. W ramach procedury planistycznej nie mają oni rzeczywistego wpływu na ustalenia, które będą dotyczyły sąsiadującej działki. Aktualne pozostaje również pytanie, czy są oni podmiotami uprawnionymi do złożenia skargi do sądu administracyjnego, skoro ich nieruchomość nie jest objęta mikroplanem? (Kwestię tę poruszono w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego, o czym niżej.) Natomiast w ramach postępowania o wydanie decyzji o warunkach zabudowy jego stronami są również właściciele lub użytkownicy wieczystości działek sąsiednich³⁶, jak i działek niesąsiadujących bezpośrednio z terenem, na którym planowana jest inwesty-

36 Wyrok NSA z dnia 3 lutego 2011 r., sygn. akt II OSK 206/10

cja³⁷. Podmioty te są więc uprawnione do aktywnego udziału w postępowaniu, korzystania ze środków odwoławczych, jak i zaskarżenia decyzji organu odwoławczego do sądu administracyjnego.

Na tym tle sięganie przez organy planistyczne do mikroplanów stwarza ryzykowną sytuację dla uprawnień właścicieli. Kwestia ta jest kluczowa dla oceny badanego zagadnienia, skoro w świetle art. 6 ust. 1 u.p.z.p. ustalenia miejscowego planu kształtują sposób wykonywania prawa własności nieruchomości. Odmienny kształt procedur w sprawie przyjęcia mikroplanu oraz wydania decyzji o warunkach zabudowy sugeruje, że mikroplan – z perspektywy gminy – może w istocie w danych okolicznościach faktycznych stanowić środek zamienny względem decyzji o warunkach zabudowy. W zakresie skutków mikroplanu funkcjonalnie jest on zbliżony do indywidualnego aktu stosowania prawa, teoretycznie mając wszystkie cechy właściwe dla planu miejscowego.

W związku z tym istnieje ryzyko, że w określonym stanie faktycznym przyjęcie mikroplanu może stanowić nadużycie władztwa planistycznego gminy. Nadużycie takie może przejawiać się na kilku płaszczyznach. Po pierwsze, może wiązać się z nienależytym uwzględnieniem dyrektyw wynikających z konieczności zachowania ładu przestrzennego. Po drugie, może wiązać się z niewłaściwym wyważeniem kolidujących wartości, w postaci interesu publicznego oraz prawa własności – wydaje się, że często w przypadku uchwalenia mikroplanu nieuzasadnioną przewagę uzyska jedna z tych wartości. Po trzecie, co jest powiązane z dwoma wymienionymi wyżej, może przejawiać się na płaszczyźnie proceduralnej. Uchwalenie mikroplanu jest bowiem skutkiem skomplikowanej procedury planistycznej, którą ustawodawca, jak się wydaje, przewidział dla większych obszarów. Ponadto, mając na uwadze to, że często bezpośrednim celem gminy jest ukształtowanie sposobu zagospodarowania danej, konkretnej nieruchomości, uchwalenie mikroplanu może doprowadzić, po pierwsze, do znacznego pogorszenia sytuacji prawnej właściciela tej nieruchomości, któremu nie przysługują efektywne środki prawne w celu zweryfikowania poprawności działań organu planistycznego; po drugie, ustalenia zawarte w mikroplanie mogą w nieuzasadniony sposób polepszać sytuację prawną właściciela, np. wprowadzając ustalenia korzystne dla niego, choć kolidujące z interesem właścicieli nieruchomości sąsiednich, którym również nie będą przysługiwały żadne skuteczne instrumenty umożliwiające kontrolę legalności ustaleń mikroplanu.

Mikroplan w orzeczeniach sądów administracyjnych

Tematyka mikroplanu nie jest szeroko poruszana w orzeczeniach sądów administracyjnych. Jeżeli zagadnienie mikroplanu jest rozważane przez sąd, to raczej w kontekście realiów danego stanu faktycznego, a nie założeń teoretycznych, czy zasad rządzących

37 Wyrok NSA z dnia 8 września 2004 r., sygn. akt OSK 394/04.

planowaniem przestrzennym. Przykładowo, Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w orzeczeniu z 2010 r. stwierdził, że „przepisy ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym nie zabraniają objęcia ustaleniami planu niewielkiego obszaru, w tym także uchwalania planu dla jednej działki ewidencyjnej”³⁸. Natomiast Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku w 2011 r. zauważył, że dopuszczalne jest uchwalenie planu miejscowego tylko dla jednej nieruchomości, a może to być uzasadnione jej przeznaczeniem na cele publiczne; jednak, wobec braku możliwości porównania do sytuacji prawnej właścicieli innych nieruchomości konieczne jest gruntowne uzasadnienie takiego działania. Sąd zwrócił także uwagę na to, że uchwalenie planu miejscowego dla jednej nieruchomości w drodze kosztownej i czasochłonnej procedury planistycznej powinno mieć uzasadnienie, zwłaszcza że co do zasady możliwość zagospodarowania terenu w sposób zapewniający ład przestrzenny na terenie jednej nieruchomości następuje przez wydanie decyzji o warunkach zabudowy³⁹.

Do zagadnienia mikroplanu odniósł się także Naczelny Sąd Administracyjny, wskazując, że:

[mikroplan – D.I.] w aspekcie praktycznym niewiele różni się od wydania decyzji o ustaleniu warunków zabudowy. [...] uchwalenie planu dla jednej tylko działki ma takie konsekwencje, że jej właściciel będzie mógł realizować swoje zamierzenia inwestycyjne bez konieczności wcześniejszego ustalenia w postępowaniu administracyjnym warunków zabudowy dla inwestycji, na etapie którego m.in. właściciele działek sąsiadujących z planowaną inwestycją posiadają uprawnienie do ochrony ich interesu prawnego przy zabudowie nienależących do nich terenów [...].

W orzeczeniu tym Sąd nie kwestionował samej możliwości uchwalenia mikroplanu, ale dostrzegł podobieństwo istoty mikroplanu do decyzji o warunkach zabudowy, i to pomimo braku szerszych uprawnień dla podmiotów, na których sytuację prawną wpływają ustalenia zawarte w mikroplanie. W konsekwencji dopuścił możliwość zaskarżenia mikroplanu przez właścicieli nieruchomości sąsiadujących z obszarem nim objętym, wskazując, że mają oni jak najbardziej interes prawny w zaskarżeniu uchwały w sprawie mikroplanu⁴⁰.

W 2015 r. w zakresie dopuszczalności mikroplanów wypowiedział się Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu, wskazując, że „było dopuszczalnym prawnie i co za tym idzie nie stanowiło naruszenia granic władztwa planistycznego przysługującego

38 Wyrok WSA w Warszawie z dnia 5 lutego 2010 r., sygn. akt VII SA/Wa 2076/09.

39 Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 12 października 2011 r., sygn. akt II SA/Gd 265/11.

40 Wyrok NSA z dnia 13 grudnia 2012 r., sygn. akt II OSK 2273/11.

gminie, uchwalenie planu miejscowego obejmującego jedynie jedną działkę gruntu, należąca do skarżącego [...]”⁴¹.

Wynika z tego, że sądy administracyjne zdają się w sposób bardzo ostrożny akceptować praktykę uchwalania mikroplanów, wskazując jednak, po pierwsze, na konieczność wyczerpującego uzasadnienia, dla czego takie rozwiązanie stało się nieodzowne, a po drugie, na obowiązek efektywnej ochrony praw podmiotów innych niż właściciele nieruchomości objętych planem, których sytuację prawną mogą w określonym zakresie kształtować ustalenia mikroplanu. Wydaje się jednak, że konieczna jest pogłębiona analiza zagadnienia mikroplanu także w orzecznictwie sądów administracyjnych, zwłaszcza w kontekście ładu przestrzennego oraz obowiązku należytego wykonywania władztwa planistycznego.

Mikroplan jako sygnał konieczności wprowadzenia nowych rozwiązań?

Należy wskazać, że mikroplan w wyraźny sposób uwypukla wady obecnego systemu planowania i zagospodarowania przestrzennego. Z jednej strony koncepcja mikroplanu jest spójna z prezentowanymi zapatrywaniami na charakter prawny planu miejscowego. Co więcej, trudno zidentyfikować przepis, który wprost stanowiłby o niedopuszczalności przyjęcia planu miejscowego dla niewielkiego obszaru. Z drugiej strony pogłębiona interpretacja zasad planowania i zagospodarowania przestrzennego zdaje się wskazywać, że praktyka uchwalania mikroplanów nie jest w pełni zgodna z prawem. Mikroplan staje się bowiem narzędziem – zachowującym co prawda charakter prawny planu miejscowego – funkcjonalnie odpowiadającym indywidualnemu aktowi administracyjnemu, służącym do uregulowania sytuacji prawnej konkretnego podmiotu, będącego właścicielem nieruchomości objętej mikroplanem. Przedmiotem regulacji mikroplanu jest nadal sposób zagospodarowania danej przestrzeni, lecz nie jest to cel, dla którego gmina go przyjmuje. Wydaje się, że funkcją mikroplanu jest bezpośrednio kształtowanie uprawnień w zakresie zagospodarowania działki, przysługujących konkretnemu podmiotowi. Nie ulega wątpliwości, że skutkiem akceptacji takiego schematu działania jest instrumentalizacja planu miejscowego.

Powyższe zjawisko sygnalizuje, że procedura planistyczna w obecnym kształcie jest zbyt mało elastyczna i nie pozwala na kompleksowe ujęcie występujących na danym obszarze problemów. Praktyka uchwalania mikroplanów pokazuje, że konieczna jest dogłębna refleksja na temat nowych rozwiązań, które sprawią, że plan miejscowy – najistotniejszy element polskiego systemu planowania przestrzennego – będzie należyście

41 Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 6 lutego 2015 r., sygn. akt II SA/Po 1278/14; orzeczenie nie jest prawomocne.

wypełniał swoją rolę, nie podlegając instrumentalizacji w celu rozwiązania doraźnych problemów.

Literatura

- Brzeziński W., *Plan zagospodarowania przestrzennego. Studium z zakresu nauki administracji i prawa administracyjnego*, Warszawa 1961.
- Buczyński K., *Komentarz do art. 1*, [w:] *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz*, LexisNexis/el. 2014.
- Jakimowicz W., *O normatywnych podstawach władztwa planistycznego gminy*, [w:] *Kierunki reformy prawa planowania i zagospodarowania przestrzennego*, red. I. Zachariasz, Warszawa 2012.
- Kulesza M., *Administracyjnoprawne uwarunkowania polityki przestrzennej*, Warszawa 1987.
- Leoński Z., Szewczyk M., Kruś M., *Prawo zagospodarowania przestrzeni*, Warszawa 2012.
- Longchamps F., *O pojęciu stosunku administracyjnoprawnego w gospodarce narodowej*, „Państwo i Prawo” 1958, nr 1.
- Malinowski R., *Ewolucja systemu planowania gospodarczego a problem charakteru prawnego planów gospodarczych*, „Państwo i Prawo” 1975, nr 2.
- Niewiadomski Z., *Planowanie przestrzenne. Zarys systemu*, Warszawa 2003.
- Parchomiuk J., *Nadużycie władztwa planistycznego gminy*, „Samorząd Terytorialny” 2014, nr 4.
- Planowanie i zagospodarowanie przestrzenne. Komentarz*, red. Z. Niewiadomski, Legalis/el. 2015.
- Plucińska-Filipowicz A., Filipowicz T., *Komentarz do art. 4*, [w:] *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz*, red. A. Plucińska-Filipowicz, M. Wierzbowski, LEX/el. 2014.
- Tabernacka M., *Konflikty dotyczące interpretacji pojęcia „ład przestrzenny” w planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym*, w: *Płaszczyzny konfliktów w administracji publicznej*, red. M. Tabernacka, R. Raszewska-Skałeczka, Warszawa 2010.

SUMMARY

A microplan of spatial development – analysis of chosen aspects

The article examines a new tendency in the Polish system of local spatial planning and development, i.e. the microplan of spatial development. The aim of the work is to verify whether the above-mentioned tendency is entirely compliant with the rules expressed by

the lawgiver in the Act on spatial planning and development, as well as the basic principle of the planning activities – spatial order. Furthermore, the author focuses on the theoretical views on the construction of a local spatial development plan in the context of a microplan. The analysis also includes the relation between the above-mentioned tendency and the rules governing the planning of self-governance as the entitlement exercised by the municipality.

Keywords: local spatial development plan, “microplan” of spatial development, individual act of multiple application, local law, spatial order, planning self-governance

DIANA ILKÓW, The Institute of Law Studies of the Polish Academy of Sciences, Nowy Świat 72, 00-330 Warsaw, e-mail: dianailkow@wp.pl.

MATEUSZ KARCIARZ

Wybrane zagadnienia z zakresu dostępu do informacji publicznej w samorządzie terytorialnym

Zagwarantowane w art. 61 Konstytucji RP¹ prawo dostępu do informacji publicznej stanowi niewątpliwie jeden z filarów rozwoju społeczeństwa obywatelskiego. Społeczeństwo takie charakteryzuje się dużą świadomością i aktywnością obywatelską w życiu publicznym. Powyższy przepis gwarantuje każdemu obywatelowi prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Prawo to obejmuje również uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego oraz innych osób i jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa. W świetle art. 61 Konstytucji RP prawo do uzyskiwania informacji publicznej obejmuje dostęp do dokumentów oraz wstęp na posiedzenia kolegialnych organów władzy publicznej pochodzących z powszechnych wyborów, z możliwością rejestracji dźwięku lub obrazu.

Zasady dostępu do informacji publicznej zostały rozwinięte przez ustawodawcę w przepisach ustawy o dostępie do informacji publicznej², która w sposób ogólny określa zasady mające służyć praktycznej realizacji prawa dostępu do informacji publicznej, w tym trybu jej udzielania.

W związku z bezspornym w ostatnich latach rozwojem świadomości obywatelskiej oraz zwiększeniem zainteresowania społeczeństwa działalnością organów samorządu terytorialnego nastąpił znaczny wzrost liczby składanych przez obywateli wniosków o udostępnienie informacji publicznej. W toku stosowania przepisów dotyczących prawa dostępu do informacji publicznej organy samorządu terytorialnego natrafiają na wiele problemów i wątpliwości interpretacyjnych. Z uwagi na ich mnogość tylko niektóre z tych problematycznych zagadnień zostaną przedstawione w niniejszym opracowaniu.

1 Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. nr 78 poz. 483 z późn. zm.

2 Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, t.j. Dz.U. 2015 poz. 2058 z późn. zm.; dalej u.d.i.p.

Organy jednostek samorządu terytorialnego (zarówno wykonawcze, jak i stanowiąco-kontrolne), będące bezsprzecznie organami władzy publicznej, są podmiotami zobowiązanymi, na gruncie przepisów u.d.i.p., do udostępniania informacji publicznej. Jak stanowi bowiem art. 4 ust. 1 pkt 1 u.d.i.p., obowiązane do udostępniania informacji publicznej są władze publiczne oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne, w szczególności organy władzy publicznej. W związku z tym przepisem podmiotami zobowiązanymi do udostępniania informacji publicznej znajdującej się w ich posiadaniu będą nie tylko organy jednostek samorządu terytorialnego, ale również organy związków tychże jednostek, a więc związków międzygminnych, związków powiatowych, związków powiatowo-gminnych oraz związków metropolitalnych.

Na początku opracowania zostanie zaprezentowana problematyka formy, w jakiej powinien zostać złożony wniosek o udostępnienie informacji publicznej, a zwłaszcza problematycznej dla niektórych organów samorządu terytorialnego formy elektronicznej. Następnie zostaną omówione zagadnienia dotyczące dopuszczalności stosowania wzoru wniosku o udostępnienie informacji publicznej oraz cennika udostępniania tych informacji. Z uwagi na to, że wiele problemów stwarza udostępnianie informacji przetworzonych, zwłaszcza takich, które muszą dodatkowo zostać zanonimizowane, na zakończenie zostanie omówione również to zagadnienie.

Pojęcie informacji publicznej

Rozważania na temat wybranych problemów, z jakimi borykają się organy samorządu terytorialnego, z zakresu dostępu do informacji publicznej należy rozpocząć od wyjaśnienia, czym jest informacja publiczna. Zgodnie z art. 1 ust. 1 u.d.i.p. informacją publiczną jest każda informacja o sprawach publicznych. Przykładowy katalog informacji stanowiących informację publiczną zawarty został przez ustawodawcę w art. 6 u.d.i.p. Zgodnie z tym przepisem udostępnianiu podlega w szczególności informacja publiczna o polityce wewnętrznej i zagranicznej (pkt 1), władzach publicznych i innych podmiotach wykonujących zadania publiczne, zwłaszcza o ich statusie prawnym, majątku publicznym, organizacji, przedmiocie działalności, kompetencjach, majątku, którym dysponują (pkt 2) oraz o zasadach ich funkcjonowania (pkt 3), danych publicznych, w tym w szczególności treści i postaci dokumentów urzędowych, np. aktów administracyjnych i innych rozstrzygnięć (pkt 4) oraz majątku publicznym (pkt 5).

Analiza przedstawionych przepisów prowadzi do jednoznacznego wniosku, że ustawodawca nie zdecydował się na wskazanie klasycznej, odsyłającej do cech istotnych definicji „informacji publicznej”. Pomocne w tym zakresie staje się orzecznictwo, zwłaszcza sądów administracyjnych, gdzie wskazuje się, że rozważania nad tym pojęciem należy prowadzić z uwzględnieniem wspomnianego art. 61 Konstytucji RP, a zwłaszcza jego

ust. 1, zaś samo pojęcie musi być rozumiane szeroko³. Sądy administracyjne wskazują przy tym, że informacją publiczną jest każda wiadomość wytworzona przez szeroko rozumiane władze publiczne, a także inne podmioty sprawujące funkcje publiczne w zakresie wykonywania przez nie zadań publicznych i gospodarowania mieniem komunalnym lub mieniem Skarbu Państwa. Informacją publiczną jest również informacja niewytworzona przez wskazane podmioty, lecz do nich się odnosząca. Innymi słowy, informację publiczną stanowi treść wszelkiego rodzaju dokumentów – nie tylko bezpośrednio zredagowanych i wytworzonych przez wskazany podmiot – a więc także treść dokumentów, których używa on do zrealizowania powierzonych mu prawem zadań. Jednocześnie bez znaczenia jest, w jaki sposób dokumenty znalazły się w posiadaniu adresata wniosku o udostępnienie informacji publicznej, oraz to, czy znajdują się one w posiadaniu innego podmiotu, bowiem ważne jest jedynie to, by dokumenty takie służyły realizowaniu zadań publicznych przez adresata wniosku i odnosiły się do niego bezpośrednio⁴.

Elektroniczny wniosek o udostępnienie informacji publicznej

Z uwagi na to, że przepisy u.d.i.p. nie regulują kwestii formy, jaką powinien przybrać wniosek o udostępnienie informacji publicznej, zagadnienie to rodzi wiele problemów w praktyce funkcjonowania jednostek samorządu terytorialnego. Istotne z punktu widzenia możliwości udostępniania informacji publicznej na wniosek złożony drogą elektroniczną jest wskazanie, kto może być wnioskodawcą (nadawcą) takiego wniosku. W myśl art. 2 ust. 1 u.d.i.p. prawo dostępu do informacji publicznej przysługuje każdemu. Ponadto w ust. 2 tego przepisu ustawodawca wskazał, że od osoby wykonującej prawo do informacji publicznej nie wolno żądać wykazania interesu prawnego lub faktycznego. Przyrównując powyższe przepisy do art. 61 ust. 1 Konstytucji RP, wskazać należy, że na gruncie u.d.i.p. zakres podmiotowy prawa dostępu do informacji publicznej został rozszerzony w stosunku do regulacji konstytucyjnych, gdzie prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne zostało przyznane obywatelom. Tym samym należy wskazać, że prawo dostępu do informacji publicznej przysługuje każdej osobie fizycznej bez względu na obywatelstwo, a pod pojęciem „każdy” należy rozumieć również osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, o których mowa w art. 33¹ Kodeksu cywilnego⁵. Bez znaczenia jest przy tym wiek osoby fizycznej – prawo to przysługuje również osobom niepełnoletnim – oraz posiadana zdolność do czynności prawnych – z wnio-

3 Cf. wyrok NSA z dnia 17 września 2014 r., sygn. I OSK 46/14; wyrok NSA z dnia 1 października 2014 r., sygn. I OSK 358/14; oba dostępne w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych (CBOSA) – www.orzeczenia.nsa.gov.pl.

4 Cf. wyrok NSA z dnia 18 listopada 2013 r., sygn. I OSK 1558/13, CBOSA.

5 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, t.j. Dz.U. 2014 poz. 121 z późn. zm.

skiem o udostępnienie informacji publicznej może wystąpić nie tylko osoba posiadająca pełną zdolność do czynności prawnych, ale również posiadająca zdolność ograniczoną lub w ogóle jej nieposiadająca.

Przechodząc do dopuszczalności stosowania elektronicznej formy wniosku o udostępnienie informacji publicznej, należy wskazać, że zgodnie z art. 10 ust. 1 u.d.i.p. informacja publiczna, która nie została udostępniona w Biuletynie Informacji Publicznej lub centralnym repozytorium, jest udostępniana na wniosek. O ile bezsprzeczne jest, że wniosek taki może przybrać tradycyjną formę pisemną, o tyle należałoby rozważyć możliwość zastosowania innej jego formy, np. elektronicznej.

Mając na uwadze konstytucyjne uregulowania prawa dostępu do informacji publicznej oraz zakres podmiotowy tego prawa i odformalizowaną procedurę udostępniania informacji publicznej, należy wskazać, że wniosek o udostępnienie informacji publicznej może przybrać formę nie tylko tradycyjną pisemną, ale również elektroniczną w następujących postaciach:

- za pomocą Elektronicznej Skrzynki Podawczej (ESP) na Elektronicznej Platformie Usług Administracji Publicznej (upup),
- opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym,
- w drodze zwykłej wiadomości e-mail.

O ile możliwość składania wniosków w dwóch pierwszych formach elektronicznych wydaje się bezsprzeczna, to już w przypadku trzeciej z nich w praktyce funkcjonowania jednostek samorządu terytorialnego pojawia się wiele wątpliwości i kontrowersji. Wątpliwości te rozwiewa orzecznictwo sądów administracyjnych, gdzie w sposób jednoznaczny przesądza się o dopuszczalności stosowania tej formy wniosku. Jak wskazuje bowiem w jednym ze swoich wyroków Naczelny Sąd Administracyjny:

[...] za wniosek pisemny uznawać należy również przesłanie zapytania pocztą elektroniczną nawet gdy nie zostanie użyty podpis elektroniczny. Pogląd ten wydaje się uzasadniony brakiem konieczności pełnego zidentyfikowania wnioskodawcy, a to z uwagi na to, że żądając informacji, nie musi się on wykazać jakimkolwiek interesem prawnym lub faktycznym, aby otrzymać informację. Wniosek o udzielenie informacji publicznej może przybrać każdą formę, o ile wynika z niego, co jest przedmiotem wniosku. Wniosek taki wszczyna postępowanie w sprawie, ale na tym etapie nie mają jeszcze zastosowania przepisy k.p.a.⁶

Analiza orzecznictwa sądów administracyjnych w powyższym zakresie prowadzi do konkluzji, że wniosek o udostępnienie informacji publicznej nie tylko może być składany poprzez przesłanie go pocztą elektroniczną (za pomocą wiadomości e-mail), ale

⁶ Wyrok NSA z dnia 16 marca 2009 r., sygn. I OSK 1277/08, CBOSA.

że taki wniosek nie musi posiadać nawet podpisu osoby go składającej (wnioskodawcy), tj. jej imienia i nazwiska. Sądy uzasadniają to faktem, że konstytucyjne prawo dostępu do informacji publicznej, rozwinięte przepisami u.d.i.p., ma charakter powszechny, co oznacza, że prawo to przysługuje każdemu, bez konieczności spełnienia jakichkolwiek przesłanek w tym zakresie. Podanie natomiast stosownych danych osobowych będzie niezbędne dopiero w przypadku, gdy zaistnieje konieczność wydania decyzji administracyjnej z uwagi na odmowę udostępnienia informacji publicznej bądź umorzenie postępowania o udostępnienie informacji w przypadku określonym w art. 14 ust. 2 u.d.i.p.⁷

W związku z tym należy wskazać, że wniosek o udostępnienie informacji publicznej może zostać złożony również w formie zapytania wystosowanego drogą elektroniczną, i to nawet w sytuacji, gdy do jego autoryzacji nie użyto podpisu elektronicznego. Należy zgodzić się z sądami administracyjnymi, które wskazują, że postępowanie w sprawie udzielenia informacji publicznej ma charakter uproszczony i odformalizowany, a wnioskodawca nie musi być nawet w żaden sposób w pełni zidentyfikowany. Jak stanowi bowiem art. 2 ust. 2 u.d.i.p., od osoby zadającej pytanie dotyczące spraw publicznych nie można żądać wykazywania ani interesu prawnego, ani interesu faktycznego⁸.

Stosowanie wzoru wniosku o udostępnienie informacji publicznej

Zgodnie z art. 10 ust. 1 u.d.i.p. informacja publiczna, która nie została udostępniona w Biuletynie Informacji Publicznej lub centralnym repozytorium, jest udostępniana na wniosek, chyba że – jak stanowi ust. 2 tego przepisu – informacja taka może być niezwłocznie udostępniona. W takim przypadku udostępnienie następuje w formie ustnej lub pisemnej bez pisemnego wniosku. W praktyce funkcjonowania samorządu terytorialnego bardzo często się zdarza, że podmioty zobowiązane do udostępniania informacji publicznych, znajdujących się w ich posiadaniu, publikują na swoich stronach internetowych lub na stronie Biuletynu Informacji Publicznej (BIP) wzór wniosku o udostępnienie informacji publicznej. Działanie takie budzi wiele wątpliwości, zwłaszcza w kontekście jego legalności.

W przywoływanych już wyrokach sądy administracyjne wskazywały, że wniosek o udostępnienie informacji publicznej, z uwagi na brak konieczności pełnego zidentyfikowania wnioskodawcy, może przybrać dowolną formę (np. ustną, zwykłą pisemną, pisemną elektroniczną), byle wynikało z jego treści w sposób jasny, co jest jego przed-

7 Cf. np. wyrok WSA w Warszawie z dnia 23 września 2009 r., sygn. II SAB/Wa 57/09; wyrok WSA w Gliwicach z dnia 24 lutego 2012 r., sygn. IV SAB/GI 75/11, oba dostępne w CBOŚA.

8 Cf. np. wyrok WSA w Krakowie z dnia 6 marca 2012 r., sygn. II SAB/Kr 183/11; wyrok WSA w Łodzi z dnia 10 maja 2012 r., sygn. II SAB/Łd 46/12, oba dostępne w CBOŚA.

miotem⁹. Oznacza to, że dla prawidłowości złożonego wniosku o udostępnienie informacji publicznej nie jest wymagane podanie nawet takich danych, jak imię i nazwisko wnioskodawcy, a tym bardziej szczegółowych danych osobowych, takich jak: adres, numer PESEL czy numer telefonu, pod którym można skontaktować się z wnioskodawcą. Uzyskanie takich danych przez podmiot zobowiązany do udostępnienia informacji publicznej będzie bowiem stanowić przetwarzanie danych osobowych w rozumieniu ustawy o ochronie danych osobowych¹⁰. Zgodnie z art. 7 pkt 2 tejże ustawy przetwarzaniem danych osobowych jest każde działanie polegające na wykonywaniu jakichkolwiek operacji na danych osobowych, takich jak: zbieranie, utrwalanie, przechowywanie, opracowywanie, zmienianie, udostępnianie i usuwanie. W tym kontekście należy również przytoczyć art. 23 ust. 1 pkt 2 tej ustawy, zgodnie z którym przetwarzanie danych dopuszczalne jest m.in. wtedy, gdy jest to niezbędne dla zrealizowania uprawnienia lub spełnienia obowiązku wynikającego z przepisu prawa.

Ponieważ jednak przepisy u.d.i.p. wyraźnie wskazują, że „każdemu” przysługuje prawo dostępu do informacji publicznej, a od osoby wykonującej to prawo nie wolno żądać wykazania interesu prawnego lub faktycznego, to uzyskanie przez podmiot zobowiązany do udostępnienia informacji publicznej, do którego kierowany jest wniosek, danych osobowych typu dane adresowe wnioskodawcy lub jego numer telefonu bądź też numer PESEL, nie jest „niezbędne dla zrealizowania uprawnienia lub spełnienia obowiązku wynikającego z przepisu prawa”. Podobne stanowisko zajął w jednym ze swoich wystąpień Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych¹¹.

Jak wskazują w swoich orzeczeniach sądy administracyjne, celem u.d.i.p. jest odformalizowanie i uproszczenie postępowania w sprawach udostępniania informacji publicznej. Ustawodawca nie zawarł bowiem w jej przepisach żadnych wymogów formalnych dotyczących wniosku, poza tym, że musi być on w formie pisemnej (chyba że, jak stanowi art. 10 ust. 2 u.d.i.p., informacja taka może być niezwłocznie udostępniona – wówczas udostępnienie następuje w formie ustnej lub pisemnej bez pisemnego wniosku). W związku z tym wniosek o udostępnienie informacji publicznej może przybrać każdą formę, o ile wynika z niego w sposób jasny, co jest jego przedmiotem. Oznacza to, że nakaz stosowania jedyne „słusznego” formularza wniosku czy też żądanie złożenia wniosku na opracowanym przez organ formularzu nie znajduje podstaw w obecnie obowiązujących przepisach prawa¹².

9 Cf. np. wyrok NSA z dnia 16 marca 2009 r., sygn. I OSK 1277/08, CBOSA.

10 Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, t.j. Dz.U. 2015 poz. 2135 z późn. zm.

11 Cf. wystąpienie GIODO nr DOLiS-035-1241/14 z dnia 18 czerwca 2014 r. do Urzędu Gminy w sprawie dostosowania do ustawy o ochronie danych osobowych wniosku o udostępnienie informacji publicznej, http://www.giodo.gov.pl/plik/id_p/6600/j/pl/ [dostęp: 31.03.2016].

12 Cf. np. wyrok WSA w Opolu z dnia 5 sierpnia 2014 r., sygn. II SAB/Op 44/14, CBOSA.

Odmienne ustawodawca uregulował przypadki występowania z wnioskiem o ponowne wykorzystywanie informacji publicznej – w art. 23g ust. 13 u.d.i.p. wyraźnie bowiem zostało wskazane, że wzór takiego wniosku określa, w drodze rozporządzenia, minister właściwy do spraw informatyzacji¹³. Wzór taki został określony w rozporządzeniu z dnia 17 stycznia 2012 r.¹⁴

Podsumowując, należy wskazać, że choć w większości przypadków intencje podmiotów zobowiązanych do udostępnienia informacji publicznej, które tworzą wzory takich wniosków, są słuszne, bowiem ich działania mają na celu uproszczenie procedury występowania przez obywateli (i nie tylko) o udostępnienie informacji publicznej, muszą się one liczyć z możliwością zakwestionowania takiego działania, czy to przez organy nadzoru, czy przez sądy administracyjne, z uwagi na brak podstaw prawnych takiego działania.

Stosowanie cennika udostępniania informacji publicznej

Najczęstszą nieprawidłowością w funkcjonowaniu organów jednostek samorządu terytorialnego w zakresie udostępniania informacji publicznej jest obciążanie wnioskodawców dodatkowymi kosztami udostępniania tychże informacji w oparciu o ustanowione przez siebie cenniki.

Jak stanowi art. 7 ust. 2 u.d.i.p., dostęp do informacji publicznej jest bezpłatny, z zastrzeżeniem art. 15 u.d.i.p. Przepis ten, będący wyjątkiem od zasady bezpłatności udostępniania informacji publicznej, stanowi w ust. 1, że jeżeli w wyniku udostępnienia informacji publicznej na wniosek podmiot obowiązany do udostępnienia ma ponieść dodatkowe koszty związane ze wskazanym we wniosku sposobem udostępnienia lub koniecznością przekształcenia informacji w formę wskazaną we wniosku, to podmiot ten może pobrać od wnioskodawcy opłatę w wysokości odpowiadającej tym kosztom. W ust. 2 tego przepisu wskazano z kolei, że podmiot zobowiązany do udostępnienia informacji publicznej, w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku, ma obowiązek powiadomić wnioskodawcę o wysokości opłaty. Udostępnienie informacji zgodnie z wnioskiem następuje po upływie 14 dni od dnia powiadomienia wnioskodawcy, chyba że

¹³ Z dniem 16 czerwca 2016 r. przepis ten, razem z całym rozdziałem 2a u.d.i.p. dotyczącym ponownego wykorzystywania informacji publicznej zostanie uchylony w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 25 lutego 2016 r. o ponownym wykorzystywaniu informacji sektora publicznego (Dz.U. poz. 352). W nowych przepisach ustawodawca zrezygnował z zawarcia upoważnienia do określenia wzoru wniosku o ponowne wykorzystywanie informacji sektora publicznego poprzestając na wskazaniu w art. 21 tejże ustawy wymogów formalnych, jakie powinno spełniać takie pismo.

¹⁴ Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 17 stycznia 2012 r. w sprawie wzoru wniosku o ponowne wykorzystywanie informacji publicznej, Dz.U. poz. 94.

wnioskodawca dokona w tym terminie zmiany wniosku w zakresie sposobu lub formy udostępnienia informacji albo wycofa wniosek.

Analiza powyższych przepisów wskazuje, że co do zasady dostęp do informacji publicznej ma charakter powszechny i bezpłatny, a w wyjątkowych sytuacjach podmiot zobowiązany do udostępnienia informacji publicznej może żądać od wnioskodawcy uiszczenia stosownej opłaty. Co ważne, samo pobieranie opłat ma charakter fakultatywny. Innymi słowy, podmiot zobowiązany może – ale nie musi – tego robić.

Dodatkowe koszty, o których mowa w art. 15 u.d.i.p., można podzielić na rzeczowe i osobowe. Kosztami rzeczowymi będą np. koszty związane z wykorzystanymi na potrzeby udostępnienia materiałami typu papier, płyta CD itp. Jak wskazuje się w orzecznictwie sądownoadministracyjnym, niedopuszczalne jest np. naliczanie opłaty za zużycie energii przez komputer wraz z urządzeniem skanującym¹⁵. Kosztami osobowymi są z kolei np. koszty związane z wynagrodzeniem osoby przygotowującej odpowiedź na złożony wniosek o udostępnienie informacji publicznej. Jednakże sądy administracyjne wskazują, że niedopuszczalne jest żądanie opłaty z tytułu konieczności wykonywania dodatkowej pracy przez pracownika podmiotu zobowiązanego w godzinach jego pracy¹⁶. Analizując orzecznictwo sądów administracyjnych w tym zakresie można byłoby wyprowadzić wniosek, że dopuszczalne będzie żądanie opłaty np. z tytułu konieczności wykonywania dodatkowej pracy przez pracownika po godzinach jego pracy, za które podmiot zobowiązany musiałby tejże osobie zapłacić jako nadgodziny. Jak wskazuje się bowiem w judykaturze sądownoadministracyjnej, praca pracownika, która jest związana z przygotowaniem żądanej informacji w godzinach jego pracy, stanowi podstawowy wyraz funkcjonowania organu, który ponosi koszty, wykonując swoje ustawowe zadania¹⁷.

Co ciekawe, w praktyce zdarzają się również sytuacje, kiedy to podmiot zobowiązany do udostępnienia informacji publicznej obciąża wnioskodawcę dodatkowymi kosztami, mimo że nie poniósł tych kosztów. Takie działanie uznawane jest w orzecznictwie sądów administracyjnych za niedopuszczalne, bowiem opłatę za udostępnienie informacji publicznej można pobrać wyłącznie wtedy, gdy podmiot zobowiązany rzeczywiście poniesie dodatkowe koszty¹⁸.

Przechodząc do problematyki możliwości uchwalania cenników udostępniania informacji publicznej należy wskazać, że w piśmiennictwie w sposób jednoznaczny wyrażany jest pogląd, iż niedopuszczalne jest odgórne określanie ryczałtowych stawek za udostępnianie informacji publicznej¹⁹. Również sądy administracyjne wskazują, że wyznaczanie

15 Cf. np. wyrok WSA w Kielcach z dnia 12 grudnia 2012 r., sygn. II SA/Ke 755/12, CBOSA.

16 Cf. np. wyrok WSA w Warszawie z dnia 8 lipca 2010 r., sygn. II SAB/Wa 113/10, CBOSA.

17 Cf. np. wyrok WSA w Szczecinie z dnia 24 stycznia 2008 r., sygn. II SA/Sz 1006/07, CBOSA.

18 Cf. np. wyrok WSA w Łodzi z dnia 5 października 2012 r., sygn. II SA/Łd 824/12, CBOSA.

19 Cf. I. Kamińska, M. Rozbicka-Ostrowska, *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 201.

opłaty za udostępnianie informacji publicznej w każdym przypadku wymaga indywidualnego rozpatrzenia²⁰. Jednocześnie w orzecznictwie w sposób jednolity wyrażono pogląd, że ustalone koszty udostępnienia informacji publicznej muszą mieć charakter rzeczywisty²¹.

Mając to na uwadze, należy wskazać, że niedopuszczalne jest stosowanie przez organy jednostek samorządu terytorialnego cenników udostępniania informacji publicznej, bowiem stawki w nich określone mają charakter ryczałtowy, a nie rzeczywisty.

Przetworzenie i anonimizacja informacji publicznej

Kolejnym zagadnieniem z zakresu dostępu do informacji publicznej wzbudzającym w organach jednostek samorządu terytorialnego wątpliwości jest możliwość kwalifikowania zanonimizowanej informacji publicznej jako informacji przetworzonej.

Jak zostało wcześniej wskazane, podmiot zobowiązany do udostępnienia informacji publicznej nie ma prawa odmówić udostępnienia informacji publicznej ani żądać jakichkolwiek dodatkowych informacji od wnioskodawcy w zakresie czy to wykazania interesu faktycznego, czy też wykazania interesu prawnego, jeżeli wnioskowana przez niego informacja jest tzw. informacją prostą, czyli informacją, która znajduje się w posiadaniu podmiotu zobowiązanego, a udostępnienie jej nie wiąże się z zaangażowaniem dodatkowych sił czy środków osobowych lub finansowych, a jednocześnie informacja ta nie podlega ograniczeniom określonym w art. 5 ust. 1 i 2 u.d.i.p. Przepisy te wskazują na ograniczenia wynikające z przepisów o ochronie danych osobowych, o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych. Ograniczenia te nie dotyczą jednak informacji o osobach pełniących funkcje publiczne, mających związek z pełnieniem tych funkcji oraz w przypadku gdy osoba fizyczna lub przedsiębiorca zrezygnują z przysługującego im prawa, o czym stanowi zdanie drugie w art. 5 ust. 2 u.d.i.p.

Z uwagi na to, że przepisy u.d.i.p. nie zawierają definicji „informacji przetworzonej”, pojęcie to zostało zdefiniowane w orzecznictwie sądów administracyjnych oraz piśmiennictwie. Zgodnie z dominującym poglądem w tym zakresie informacją publiczną przetworzoną jest taka informacja, która została opracowana przez podmiot zobowiązany, przy użyciu dodatkowych sił i środków, na podstawie posiadanych przez niego danych, na podstawie kryteriów wskazanych przez wnioskodawcę. Innymi słowy, informacja przetworzona to informacja, która zostanie przygotowana „specjalnie” dla wnioskodawcy wedle wskazanych przez niego kryteriów, której wytworzenie wymaga intelektualnego zaangażowania podmiotu zobowiązanego²².

20 Cf. np. wyrok WSA w Poznaniu z dnia 12 września 2012 r., sygn. IV SA/Po 475/12, CBOSA.

21 Cf. np. wyrok WSA w Warszawie z dnia 8 września 2010 r., sygn. II SAB/Wa 113/10; wyrok

WSA w Lublinie z dnia 8 kwietnia 2010 r., sygn. II SA/Lu 44/10, oba dostępne w CBOSA.

22 Cf. np. wyrok NSA z dnia 5 kwietnia 2013 r., sygn. I OSK 89/13, CBOSA.

Oznacza to, że w przypadku gdy podmiot zobowiązany do udostępnienia informacji publicznej uzna, iż wnioskowana informacja posiada cechy „informacji przetworzonej”, ma obowiązek wezwania wnioskodawcy do wykazania, że uzyskanie przez niego danej informacji jest „szczególnie istotne dla interesu publicznego”. Jak wskazuje się w orzecznictwie sądów administracyjnych, informacja publiczna przetworzona to taka informacja, na którą składa się pewna suma tzw. informacji publicznej prostej, zwykle dostępnej bez wykazywania przesłanki interesu publicznego. Ze względu jednak na treść żądania udostępnienie wnioskodawcy konkretnej informacji publicznej, nawet o wspomnianym prostym charakterze, może się wiązać z potrzebą przeprowadzenia odpowiednich analiz, zestawień, wyciągów, usuwania danych chronionych prawem. Takie zabiegi czynią informacje proste informacją przetworzoną, której udzielenie skorelowane jest z potrzebą wykazania przesłanki interesu publicznego²³.

Również pojęcie „szczególnie istotnego interesu publicznego” nie zostało przez ustawodawcę zdefiniowane w przepisach u.d.i.p. Także w tym przypadku pomocne jest orzecznictwo sądów administracyjnych w zrozumieniu tego pojęcia. W judykaturze przyjęto, że pojęcie to odnosi się w swej istocie do spraw związanych z funkcjonowaniem państwa oraz innych ciał publicznych jako pewnej całości, szczególnie z funkcjonowaniem podstawowej struktury państwa. Skuteczne działanie w granicach interesu publicznego wiąże się z możliwością realnego wpływania na funkcjonowanie określonych instytucji państwa w szerokim tego słowa znaczeniu²⁴. Sądy wskazują również, że wykładnia celowościowa art. 3 ust. 1 pkt 1 u.d.i.p. sprzeciwia się przyjęciu, że istotne jest nie tylko to, w jakim celu (szczególnie istotnym dla interesu publicznego) informacja publiczna ma być udostępniona, ale również to, kto się o nią ubiega. Gdyby ustawodawca chciał dać radnym, posłom lub innym osobom pełniącym funkcje publiczne prawo dostępu do informacji publicznej przetworzonej, nie wprowadzałby kryterium interesu publicznego. Poprzez użycie zwrotu „szczególnie istotne” ustawodawca wprowadził kwalifikowaną formę interesu publicznego, bowiem nie wystarczy, aby udzielenie informacji było istotne z punktu widzenia interesu publicznego, musi ono być jeszcze „szczególnie istotne”. Wnioskodawca musi więc wykazać, że informacje które zamierza uzyskać, nie dotyczą wyłącznie jego interesu, lecz że działa on w interesie publicznym²⁵.

Przechodząc do pojęcia „anonimizacji” informacji publicznej, należy wskazać, że w orzecznictwie sądowoadministracyjnym występują rozbieżności w kwestii możliwości kwalifikowania jako informacji przetworzonej informacji publicznej poddanej czynnościom anonimizowania, która zawiera informacje objęte tajemnicą z mocy szczególnego przepisu prawa. Zdaniem części orzecznictwa już dokonanie samego procesu

23 Cf. np. wyrok NSA z dnia 17 października 2006 r., I OSK 1347/05, CBOSA.

24 Cf. np. wyrok WSA w Warszawie z dnia 15 marca 2005 r., sygn. II SA/Wa 2225/04; wyrok WSA w Warszawie z dnia 17 maja 2005 r., sygn. II SA/Wa 481/05, oba dostępne w CBOSA.

25 Cf. np. wyrok NSA z dnia 16 czerwca 2009 r., sygn. I OSK 57/09, CBOSA.

anonimizacji powoduje, że taka informacja publiczna staje się automatycznie informacją przetworzoną. Z kolei inna część orzecznictwa prezentuje odmienne stanowisko, zgodnie z którym anonimizacja informacji prostej nie powoduje powstania jakościowo nowej informacji, tj. informacji przetworzonej, gdyż usunięcie danych osobowych jest tylko przekształceniem informacji prostej i nie wymaga żadnego wysiłku intelektualnego ze strony podmiotu zobowiązanego do jej udostępnienia.

Co do zasady, wydaje się, że drugi z ww. poglądów jest właściwy, a więc pogląd, zgodnie z którym sam proces anonimizacji danych osobowych, czy też innych informacji niejawnych, nie powoduje automatycznie wytworzenia jakościowo nowej informacji przetworzonej, co jednocześnie miałyby skutkować koniecznością wykazania przez wnioskodawcę szczególnie istotnego interesu publicznego. Jak wskazują sądy administracyjne, informacja prosta nie zmienia się w informację przetworzoną poprzez samo dokonanie procesu anonimizacji, bowiem czynność ta polega jedynie na jej przekształceniu, a nie przetworzeniu²⁶. O przetworzeniu informacji nie stanowi również sięganie do materiałów archiwalnych. Wytworzenie informacji przetworzonej wymaga bowiem przeprowadzenia przez podmiot zobowiązany pewnych czynności analitycznych, organizacyjnych i intelektualnych na podstawie posiadanych informacji prostych.

Do powyższej tezy należy jednak wskazać pewne zastrzeżenia, kiedy dopuszczalne będzie potraktowanie procesu anonimizacji jako wystarczającej przesłanki do uznania danej informacji publicznej za informację przetworzoną w rozumieniu przepisów u.d.i.p., bowiem nie w każdym przypadku organ zobowiązany do udostępnienia informacji publicznej będzie miał do czynienia z żądaniem udostępnienia informacji wymagającej zastosowania prostego procesu anonimizacji, np. usunięcia danych osobowych w postaci imienia i nazwiska, numeru PESEL czy daty urodzenia, niewymagających szczególnego wysiłku intelektualnego bądź przygotowania ze strony zobowiązanego. Tym samym za wątpliwe należy uznać twierdzenia części sądów administracyjnych, generalizujących problem przetworzenia i anonimizacji informacji publicznej i wskazujących, że wyłącznie pewnych danych ze względu na ochronę informacji niejawnych, ochronę tajemnic ustawowo chronionych, prywatność osoby fizycznej czy tajemnicę przedsiębiorcy z treści udostępnianej informacji publicznej nie powoduje nadania tej informacji charakteru informacji przetworzonej²⁷.

Uznanie, czy w określonym przypadku podmiot zobowiązany do udostępnienia informacji publicznej ma do czynienia z informacją przetworzoną, wymaga analizy i indywidualnego podejścia. Z dużym prawdopodobieństwem można bowiem stwierdzić, że w wielu przypadkach żądanie udostępnienia określonych informacji publicznych będzie sformułowane w sposób, który będzie nakazywać ograniczenie przez podmiot

26 Cf. np. wyrok NSA z dnia 9 sierpnia 2011 r., sygn. I OSK 792/11, CBOSA.

27 Cf. np. wyrok WSA w Poznaniu z dnia 7 marca 2013 r., sygn. II SA/Po 47/13, CBOSA.

zobowiązany pełnego, niczym nieskrępowanego dostępu do informacji poprzez konieczność zanonimizowania określonych informacji, co dodatkowo może być poprzedzone koniecznością dokonania stosownych analiz. Bez trudu można wyobrazić sobie sytuację, w której udostępnienie żądanej informacji może wiązać się z koniecznością dokonania anonimizacji informacji wynikających chociażby np. z tajemnicy adwokackiej, radcowskiej, notarialnej, lekarskiej, bankowej czy ubezpieczeniowej. W takim przypadku przeprowadzenie anonimizacji nie będzie bowiem polegało wyłącznie na zwykłym „zaczernieniu” danych osobowych, ale wymagać będzie dokonania zarówno odpowiednich analiz posiadanych treści, jak i posiadania przez podmiot bezpośrednio przygotowujący daną informację niezbędnej wiedzy pozwalającej wskazać, co podlega ochronie, a co nie.

W części orzecznictwa sądów administracyjnych słusznie wskazuje się, że w pewnych przypadkach szeroki zakres wniosku wymagający zgromadzenia, przekształcenia (zanonimizowania) i sporządzenia wielu kserokopii określonych dokumentów może wymagać takich działań organizacyjnych i angażowania środków osobowych, które zakłócają normalny tok działania podmiotu zobowiązanego i utrudniają wykonywanie przypisanych mu zadań. Informacja wytworzona w ten sposób, mimo że składa się z wielu informacji prostych będących w posiadaniu organu, powinna być uznana za informację przetworzoną, gdyż powstały w wyniku wskazanych wyżej działań zbiór nie istniał w chwili wystąpienia z żądaniem o udostępnienie informacji publicznej²⁸. W piśmiennictwie wskazuje się również, że wystąpienie przez wnioskodawcę z żądaniem udostępnienia wokand sądowych za jeden, konkretny miesiąc, mimo konieczności dokonania przez podmiot zobowiązany wyłącznie anonimizacji ich przed udostępnieniem, należy traktować jako przetworzenie informacji, a więc wytworzenie nowej, nieistniejącej wcześniej²⁹.

Podsumowanie

Przeprowadzona analiza najczęstszych problemów, z jakimi borykają się organy jednostek samorządu terytorialnego w przedmiocie udostępniania informacji publicznej, mimo że stanowi niewielki fragment całej problematyki w tym zakresie, wskazuje na konieczność nie tylko doprecyzowania, ale w niektórych przypadkach również wyboru przez ustawodawcę prawidłowego rozumienia niektórych najbardziej problematycznych zagadnień. Wydawać by się mogło, że biorąc pod uwagę kilkanaście lat obowiązywania przepisów u.d.i.p. oraz bogate orzecznictwo sądów administracyjnych w tym zakresie, podmioty zobowiązane do udostępnienia informacji publicznej nie będą miały problemów z realizacją konstytucyjnego prawa dostępu do informacji publicznej. Praktyka

28 Cf. np. wyrok NSA z dnia 23 stycznia 2015 r., sygn. I OSK 315/14, CBOSA.

29 Cf. J. Drachal, *Prawo do informacji publicznej w świetle wykładni funkcjonalnej*, [w:] *Sądowictwo administracyjne gwarantem wolności i praw obywatelskich 1980–2005*, red. J. Góral, R. Hauser, J. Trzeciński, Warszawa 2005, s. 147.

pokazuje jednak, że bez ingerencji ustawodawcy w niektóre kwestie przedstawione w niniejszym opracowaniu problemy będą w dalszym ciągu przysparzać organom samorządu terytorialnego wielu trudności.

Literatura

Drachal J., *Prawo do informacji publicznej w świetle wykładni funkcjonalnej*, [w:] *Sądownictwo administracyjne gwarantem wolności i praw obywatelskich 1980–2005*, red. J. Góral, R. Hauser, J. Trzciński, Warszawa 2005.

Kamińska I., Rozbicka-Ostrowska M., *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, Warszawa 2012.

Wyrok NSA z dnia 17 października 2006 r., I OSK 1347/05, CBOSA.

Wyrok NSA z dnia 16 marca 2009 r., sygn. I OSK 1277/08, CBOSA.

Wyrok NSA z dnia 16 czerwca 2009 r., sygn. I OSK 57/09, CBOSA.

Wyrok NSA z dnia 9 sierpnia 2011 r., sygn. I OSK 792/11, CBOSA.

Wyrok NSA z dnia 5 kwietnia 2013 r., sygn. I OSK 89/13, CBOSA.

Wyrok NSA z dnia 18 listopada 2013 r., sygn. I OSK 1558/13, CBOSA.

Wyrok NSA z dnia 17 września 2014 r., sygn. I OSK 46/14, CBOSA.

Wyrok NSA z dnia 1 października 2014 r., sygn. I OSK 358/14, CBOSA.

Wyrok NSA z dnia 23 stycznia 2015 r., sygn. I OSK 315/14, CBOSA.

Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 24 lutego 2012 r., sygn. IV SAB/G1 75/11, CBOSA.

Wyrok WSA w Kielcach z dnia 12 grudnia 2012 r., sygn. II SA/Ke 755/12, CBOSA.

Wyrok WSA w Krakowie z dnia 6 marca 2012 r., sygn. II SAB/Kr 183/11, CBOSA.

Wyrok WSA w Lublinie z dnia 8 kwietnia 2010 r., sygn. II SA/Lu 44/10, CBOSA.

Wyrok WSA w Łodzi z dnia 10 maja 2012 r., sygn. II SAB/Łd 46/12, CBOSA.

Wyrok WSA w Łodzi z dnia 5 października 2012 r., sygn. II SA/Łd 824/12, CBOSA.

Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 12 września 2012 r., sygn. IV SA/Po 475/12, CBOSA.

Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 7 marca 2013 r., sygn. II SA/Po 47/13, CBOSA.

Wyrok WSA w Szczecinie z dnia 24 stycznia 2008 r., sygn. II SA/Sz 1006/07, CBOSA.

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 15 marca 2005 r., sygn. II SA/Wa 2225/04, CBOSA.

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 17 maja 2005 r., sygn. II SA/Wa 481/05, CBOSA.

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 23 września 2009 r., sygn. II SAB/Wa 57/09, CBOSA.

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 8 września 2010 r., sygn. II SAB/Wa 113/10, CBOSA.

Wyrok WSA w Opolu z dnia 5 sierpnia 2014 r., sygn. II SAB/Op 44/14, CBOSA.

Wystąpienie GIODO nr DOLiS-035-1241/14 z dnia 18 czerwca 2014 r. do Urzędu Gminy w sprawie dostosowania do ustawy o ochronie danych osobowych wniosku o udostępnienie informacji publicznej, http://www.giodo.gov.pl/plik/id_p/6600/j/pl/ [dostęp: 14.06.2016].

SUMMARY

Selected issues of access to public information in local government

The right of access to public information is one of the fundamental constitutional civil rights in the Polish legal system. Its rules on practical implementation regulate the law of access to public information. With the increase of civic awareness among citizens there also follows a growth in applications for access to public information. This has caused a range of problems and doubts in interpretation, which local government bodies have to contend with when dealing with submitted applications. In this article the author presents the most common problems which local government bodies must face in practice.

Keywords: the right of access to public information, access to public information, public information, processed information, anonymization

MATEUSZ KARCIARZ, Adam Mickiewicz University Poznań, Faculty of Law and Administration, al. Niepodległości 53, 61-714 Poznań, e-mail: mateusz.karciaz@amu.edu.pl.

RAFAŁ MAREK

Ustanie bytu prawnego spółki kapitałowej a wygaśnięcie jej długów

Rozwiązanie spółki kapitałowej jako takie ma miejsce po przeprowadzeniu likwidacji i wykreśleniu z rejestru. Prawo dozwala na wykreślenie z rejestru spółki, której cały majątek spieniężono, a mimo to nie zaspokojono wszystkich wierzycieli¹.

W doktrynie panuje pogląd, że wykreślenie spółki z rejestru nie konwaliduje nieprawidłowości przy jej likwidacji. Zwłaszcza jeśli po wykreśleniu okaże się, że wciąż istnieje majątek spółki, to według tej opinii należy zgodnie z art. 12 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym² wpis wykreślić i ustanowić dalszą likwidację lub powołać kuratora. Dominuje jednak zdanie, że ze względu na konstytutywny charakter wykreślenia dowiedzenie się o majątku czy zobowiązaniach spółki wykreślonej nie skutkuje dalszym istnieniem spółki w likwidacji. Możliwe jest jedynie powołanie kuratora majątku. Co do sum i przedmiotów złożonych do depozytu sądowego postępowania mogą toczyć się z udziałem osób, którym przedmioty owe powinny przyspaść na wypadek nieprzejęcia ich przez wierzycieli zlikwidowanej spółki³.

Wykreślenie spółki kapitałowej z rejestru ma charakter konstytutywny, następuje wtedy rozwiązanie spółki *sensu stricto*, co powoduje ustanie jej bytu prawnego jako osoby prawnej⁴. Trzeba zauważyć, że pod rządami Kodeksu handlowego doktryna przyjmowa-

1 Cf. postanowienie SN z dnia 8 stycznia 2002 r., I CKN 752/99, OSNC 2002, nr 10, poz. 130; postanowienie SN z dnia 18 grudnia 1996 r., I CKN 20/96, OSNC 1997, nr 5 poz. 53. Punktem wyjścia dla niniejszego opracowania był nurt orzeczniczy opracowany przez Ł. Orzechowskiego w „Biuletynie Orzecznictwa Lexis.pl”, www.biuletynorzecznictwa.pl [dostęp: 1.01.2015].

2 Dz.U. 1997 nr 121 poz. 769.

3 A. Rachwał, [w:] *System prawa handlowego*, t. 2A, red. W. Górecki, S. Włodyka, Warszawa 2007, s. 1046–1047.

4 W. Popiołek, [w:] *System prawa handlowego*, t. 2B, red. J. Frąckowiak, S. Włodyka, Warszawa 2007, s. 576 i n.; uchwała 7 sędziów SN z dnia 15 marca 1991 r., III CZP 13/91, OSNC 1991, nr 7, poz. 77; postanowienie SN z dnia 19 czerwca 2001 r., CZ 73/01, OSNC 2002, nr 3, poz. 35.

ła, iż wykreślenie spółki z rejestru nie powoduje utraty jej bytu prawnego tak długo, jak długo istnieje majątek wykreślonej spółki⁵.

W prawie niemieckim, odmiennie niż obecnie w prawie polskim, przyjmuje się, że byt prawny spółki ustaje dopiero w momencie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: wykreślenia z rejestru i zupełnego braku majątku (*Doppeltatbestand*)⁶. We współczesnej literaturze polskiej pogląd podobny do niemieckiego *Doppeltatbestand*, że spółka istnieje, dopóki ma majątek, był wyrażany pod rządami k.h. w okresie II RP. Obecnie nie jest szerzej rozpowszechniony⁷.

Wykreślenie spółki kapitałowej z rejestru tworzy *novum* prawne, w którym spółka definitywnie traci osobowość prawną. Jednak wykreślenie nie powoduje, zdaniem części orzecznictwa, ostatecznego wygaśnięcia wszystkich jej zobowiązań – wierzytelności mogą być dochodzone od poręczycieli czy innych odpowiedzialnych za długi spółki⁸. Kwestia ta będzie przedmiotem dalszej analizy.

Postępowanie likwidacyjne jako takie nie musi prowadzić do zamknięcia wszystkich spraw spółki, ponieważ zakończenie likwidacji nie wyklucza istnienia długów podmiotu zlikwidowanego. Dopuszczenie wykreślenia spółki mimo długów jest argumentem za odrzuceniem stanowiska zakładającego wygaśnięcie długów spółki z powodu wykreślenia z rejestru⁹. Skłania to również do odrzucenia tezy o bezpośredniej sukcesji współników w przypadku ujawnienia majątku spółki po jej wykreśleniu¹⁰. Zlikwidowana spółka

5 Cf. R. Potrzezsz, *Wykreślenie spółki kapitałowej bez (właściwej) likwidacji – ze stanowiska wierzycieli*, „Rejent” 1998, nr 5, s. 142–168. Czy ta koncepcja daje się pogodzić z obecnym prawem pozytywnym? Zdecydowanie zaprzecza temu np. A. Koniewicz, *Majątek polikwidacyjny spółek kapitałowych*, „Glosa” 2010, nr 4, s. 42.

6 Cf. K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, Köln – Berlin – Bonn – München 2002, s. 316–317, 932, 1203–1204, *cit. per.* R. Kos, M. Porzycki, *Sytuacja prawna majątku pozostałego po wykreśleniu spółki kapitałowej – uwagi na gruncie postulatu przymusowej likwidacji niewypłacalnych spółek*, „Monitor Prawa Handlowego” 2013, nr 3, s. 16 i n.

7 R. Potrzezsz, *op. cit.*, s. 148–152; Cf. pogląd o dalszym istnieniu spółki mimo jej wadliwego wykreślenia: J.P. Naworski, [w:] *KSH. Komentarz*, red. T. Siemiątkowski, R. Potrzezsz, t. 2, Warszawa 2011, s. 596–597, teza 12 do art. 272; P. Bielski, *Glosa do wyroku SN z 28.10.2005 r. (II CK 275/05)*, OSP 2006, nr 11, poz. 126.

8 Cf. M. Michalski, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 17B, red. S. Sołtysiński, Warszawa 2010, s. 902 z powołaniem się na wyrok SA w Warszawie z dnia 6 kwietnia 2006 r., I Aca 1116/05, OSA 2008, nr 1, poz. 10.

9 Postanowienie SN z dnia 10 maja 2012 r., IV CSK 369/11, niepubl.; wyrok SN z dnia 5 listopada 2008 r., I CSK 204/08, niepubl.

10 S. Babiarczy, W. Łukowski, *Glosa do uchwały SN z 24.01.2007 r., III CZP 143/06*, „Prawo Spółek” 2010, nr 3. Jeszcze pod rządami Kodeksu handlowego SN wypowiedział się, że nieobjęty likwidacją majątek spółki z o.o. a ujawniony po jej zakończeniu staje się własnością jej byłych współników (orzeczenie SN z 26.05.1936 r., C II 331-36, Zbiór Urzędowy 1937, nr 1, poz. 39). Takie stanowisko akceptuje część współczesnej doktryny, np. J. Grykiel, *Glosa do uchwały SN z dnia 24 stycznia 2007 r. (III CZP 143/06)*, „Glosa” 2011, nr 2, s. 17; A. Januchowski, G. Bart-

nie ma następcy prawnego, toteż pojawia się podstawa umorzenia postępowania, w którym wierzyciel dochodził roszczeń przeciwko spółce na podstawie 182 k.p.c. Ponadto zgodnie z art. 818 k.p.c. organ egzekucyjny zawiesza postępowanie i stosuje art. 824 § 2 k.p.c., wyznaczając termin usunięcia braku. W razie likwidacji spółki i uprawomocnienia się postanowienia o jej wykreśleniu z KRS jasne jest, że brak zdolności sądowej nie może być uzupełniony. Spółka nie ma też sukcesora prawnego, wobec czego celowe staje się umorzenie egzekucji bez wyznaczania terminu na uzupełnienie braku zdolności sądowej¹¹. Nie oznacza to jednak wygaśnięcia długów zlikwidowanej spółki.

A. Koniewicz, rozważając powiązaną z problematyką niniejszego artykułu kwestię mienia pozostałego po likwidacji spółek¹², bierze pod uwagę kilka konstrukcji. Odrzuca teorię następstwa prawnego współników¹³ oraz teorię majątku podmiotowego lub bezpodmiotowego, skłania się zaś ku koncepcji prawa podmiotowego przeszłego, co aprobuje Ł. Węgrzynowski¹⁴. Konstrukcją praw podmiotowych przeszłych posługiwał się S. Grzybowski¹⁵, zaznaczając że ich wyróżnienie jest potrzebne, gdyż umożliwia unormowanie niektórych rzadkich sytuacji. Prawami przeszłymi można, choć w wąskim zakresie, rozporządzać, zrzekać się ich czy je zabezpieczać¹⁶.

Moim zdaniem trafniejsze jest jednak przyjęcie koncepcji praw wtórnie ubezpodmiotowanych¹⁷, bowiem w przypadku likwidacji i wykreślenia spółki nie mamy do czynienia z sytuacjami podobnymi do uchylania uchwał o podziale czy połączeniu albo do uchylecia postanowienia o uznaniu za zmarłego. Podmiot definitywnie przestał istnieć, wobec

kowiak, *Dokonanie likwidacji spółki wykreślonej z rejestru. Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 24 stycznia 2007 (III CZP 143/06)*, „Prawo Bankowe” 2008, nr 4, s. 33.

11 F. Zedler, *Dochodzenie roszczeń wierzycieli handlowej spółki kapitałowej po zakończeniu postępowania upadłościowego obejmującego likwidację jej majątku*, [w:] *Problemy polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa Profesora Mariana Kępińskiego*, red. K. Klafkowska-Waśniowska, M. Mataczyński, R. Sikorski, Warszawa 2012, s. 131 i n.

12 A. Koniewicz, *Majątek polikwidacyjny osób prawnych na przykładzie spółek kapitałowych*, Warszawa 2010, s. 165–175, *cit. per.* Ł. Węgrzynowski, *Charakterystyka praw i obowiązków spółki kapitałowej po jej wykreśleniu z rejestru przedsiębiorców (cz. II)*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2014, nr 8, s. 9.

13 Takie stanowisko aprobuje Ł. Węgrzynowski, *op. cit.*, s. 9.

14 *Ibidem*.

15 *System prawa cywilnego*, t. I, *Część ogólna*, red. S. Grzybowski, Wrocław 1974, s. 226–227.

16 A. Koniewicz zwraca uwagę również na inne przypadki „odzycia” prawa podmiotowego – nieuwzględnienie upływu terminu prekluzyjnego, wystąpienie z żądaniem z art. 60 § 3 k.r.o. po upływie terminu tam zawartego, uchylenie postanowienia o uznaniu za zmarłego, uchylenie uchwały od połączenia czy podziale spółki, podważenie uchwał podejmowanych w postępowaniu likwidacyjnym, zastosowanie przepisów o wadach oświadczenia woli, konwalidacja na podstawie 63 k.c., przywrócenie członkostwa w spółdzielni. Cf. A. Koniewicz, *op. cit.*, s. 170–174.

17 Cf. o prawach bezpodmiotowych: S. Grzybowski, [w:] *Encyklopedia podręczna prawa prywatnego*, red. F. Zoll, J. Wasilkowski, t. 3, Warszawa 1939, s. 1475. W *Systemie prawa cywilnego* (t. I, red. W. Czachórski, Wrocław 1974, s. 454–455) S. Grzybowski już o takich prawach nie wspominał.

tego po stronie dłużnika w węzle zobowiązaniowym pozostało „puste miejsce”. Istnieje zaś nadal drugi podmiot – wierzyciel oraz sama wierzytelność¹⁸.

Stanowisko na rzecz wygaśnięcia długów ze względu na ich związek z osobą dłużnika

W wyroku z 5 listopada 2008 r. (I CSK 204/08¹⁹) Sąd Najwyższy przyjął, że skoro wierzytelność to określona sytuacja prawna wobec oznaczonego dłużnika, a dług to określona powinność zachowania się dłużnika wobec wierzyciela, nie może nadal istnieć zobowiązanie w sytuacji utraty bytu prawnego przez jedną ze stron (Sąd nie użył podziału na strony i podmioty stosunku zobowiązaniowego) zobowiązania i braku następstwa prawnego tej strony. Sąd Najwyższy przyznał, że nie stanowi o tym *explicite* żaden obowiązujący przepis, zaś skutek taki ma wynikać z istoty stosunku prawnego określonego w art. 353 § 1 k.c. Ponadto urzeczywistnienie poszczególnych uprawnień wierzyciela jest zgodnie z uzasadnieniem orzeczenia o sygn. I CSK 204/08 niemożliwe, jeżeli dłużnik utraci byt prawny. Brak ponadto instytucji materialnoprawnych czy procesowych umożliwiających – w wypadku utraty bytu prawnego przez osobę prawną – realizację uprawnień wierzyciela²⁰. Jednak czy brak możliwości realizacji interesu wierzyciela, zresztą jedynie względem byłej spółki, oznacza zarazem wygaśnięcie zobowiązania? Czy Sąd Najwyższy właściwie określił charakter zobowiązania jako więzi *inter partes*?

Nie budzi wątpliwości, że Kodeks spółek handlowych nie przewiduje sukcesji innych podmiotów w prawa i obowiązki zlikwidowanej spółki kapitałowej wynikające ze stosunków obligacyjnych. Wszczęcie postępowania likwidacyjnego wobec spółki kapitałowej *de lege lata* nie skutkuje modyfikacją treści stosunków zobowiązaniowych z udziałem tej spółki. Niewykluczone zatem, że z zakończeniem postępowania likwidacyjnego będą kolidować terminy wykonania obowiązków *ex contractu* przypadające w odleglejszym czasie. Sumy potrzebne do zaspokojenia lub zabezpieczenia znanych spółce wierzycieli, którzy się nie zgłosili lub których wierzytelności nie są wymagalne bądź sporne, składa się do depozytu sądowego, a ważne złożenie do depozytu ma takie skutki praw-

18 Warto w tym miejscu spojrzeć na regulacje ustawy o przejęciu majątku byłej PZPR (Dz.U.1991 nr 16 poz. 72). Jak zasadnie zauważa Ł. Węgrzynowski (*op. cit.*, s. 29–30), art. 1 ust. 2 tej ustawy przyjmuje, że istniejące w dniu wejścia ustawy w życie wierzytelności, środki finansowe i inne prawa majątkowe, poza składkami członkowskimi, przechodzą na własność Skarbu Państwa. Jednak PZPR w dacie wejścia w życie przedmiotowej ustawy już nie istniała, zatem mimo braku bytu prawnego wierzyciela i następstwa prawnego po nim ustawa *explicite* stwierdzała, że istnieją pozostałe po nim wierzytelności. TK w wyroku z dnia 25 lutego 1992 r. (K 3/91, OTK 1992) uznał, że mamy tu do czynienia z majątkiem bezpodmiotowym.

19 Cf. wyrok SN z dnia 10 lutego 2012 r., II CSK 325/11, o którym aprobująco pisze M. Bączyk, *Skutki prawne wadliwego zakończenia postępowania likwidacyjnego spółki z ograniczoną odpowiedzialnością*, „Monitor Prawa Bankowego” 2012, nr 11(24), s. 56–59.

20 Cf. uzasadnienie uchwały z 24.01.2007 r., III CZP 143/06, OSNC 2007, nr 11, poz. 166.

ne, jak spełnienie świadczenia, m.in. wygaśnięcie zobowiązania. Skutek ten następuje *ex tunc*, z chwilą złożenia sum do depozytu. Gdy likwidowana spółka jest dłużnikiem ze zobowiązania zabezpieczonego poręczeniem, dług powinien być uregulowany albo odpowiednia kwota złożona do depozytu, skutkiem czego wygasa stosunek prawny między wierzycielem i spółką likwidowaną, a w konsekwencji następuje wygaśnięcie zobowiązania poręczyciela. Likwidacja spółki powinna doprowadzić do pełnego wykonania ciężących na spółce obowiązków ze stosunków zobowiązaniowych. Sąd w omawianym orzeczeniu o sygn. I CSK 204/08 zaaprobował tezę, że brak zaspokojenia wierzycieli powinien być przeszkodą w zakończeniu postępowania likwidacyjnego²¹. Pozostaje jednak do rozważenia kwestia zobowiązań, które nie wygasły przez złożenie sum do depozytu.

Stanowisko na rzecz utrzymania się długów mimo ustania bytu prawnego dłużnika

Jeszcze w wyroku z 6 kwietnia 2006 r. (I ACa 1116/05) stołeczny Sąd Apelacyjny przyjął, że likwidacja i wykreślenie spółki kapitałowej z rejestru nie powoduje wygaśnięcia jej zobowiązań. Mogą być one dochodzone od osób odpowiadających za nie z tytułu udzielonych zabezpieczeń czy poręczeń²². Stanowisko takie spotkało się z aprobatą Sądu Najwyższego, który w wyroku z 27 czerwca 2014 r. (V CSK 440/13, LEX nr 15045870), zauważył, że przyjęcie, iż długi spółki kapitałowej wygasają w momencie ustania jej bytu prawnego, skutkuje znaczącym pogorszeniem sytuacji jej wierzycieli, bowiem jest równoznaczne z wygaśnięciem praw akcesoryjnych. Ponadto oznacza – jak podnosi SN w wyroku o sygn. V CSK 440/13 – wprowadzenie różnicowania w odniesieniu do statusu osób fizycznych, których długi są dziedziczne, i osób prawnych bez dostatecznego uzasadnienia normatywnego, a także pojawienie się niekorzystnych perspektyw funkcjonowania tych ostatnich w obrocie. Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy w postanowieniu z 10 maja 2012 r. (IV CSK 369/11, LEX nr 1238133). Zgodnie z tym orzeczeniem wierzytelność, której dłużnikiem jest osoba prawna, nie wygasa w momencie wykreślenia dłużnika z rejestru po zakończenia postępowania upadłościowego, jeżeli charakter tej wierzytelności jest taki, że możliwe jest jej zaspokojenie z substratu ma-

21 Cf. uchwała SN z dnia 26 kwietnia 1995 r., III CZP 44/95, OSNC 1995, nr 9, poz. 123. Jest to postulat zasadny z punktu widzenia dobrych obyczajów kupieckich. Cf. jednak postanowienia SN: z dnia 18 grudnia 1996 r., I CKN 20/96, OSNC 1997, nr 5, poz. 53; z dnia 8 stycznia 2002 r., I CKN 752/99, OSNC 2002, nr 10, poz. 130; z dnia 5 grudnia 2003 r., IV CK 256/02, Lex nr 134088.

22 J. Grykiel, *Utrata bytu prawnego przez spółkę z o.o. a jej zobowiązania*, „Monitor Prawniczy” 2008, nr 1, s. 49–50 (głosa krytyczna do I Aca 1116/05). Autor ten przyjmuje wygaśnięcie zobowiązań spółki wskutek utraty przez nią bytu prawnego, stwierdzając, że istnieje zasada ścisłego powiązania zobowiązań z podmiotami prawa, co ma wykluczać istnienie zobowiązania bez podmiotu zobowiązanego, zatem aprobuje wyżej przedstawione rozumowanie SN.

jątkowego pozostałego po osobie prawnej (np. w razie złożenia odpowiednich kwot do depozytu sądowego) czy też z zabezpieczeń tej wierzytelności na przedmiotach majątkowych osób trzecich.

W postanowieniu o sygn. IV CSK 369/11²³ Sąd trafnie podkreślił, że żaden przepis nie stanowi o wygaśnięciu wierzytelności w stosunku do dłużnika-osoby prawnej w razie wykreślenia jej z rejestru. Takiego skutku prawnego nie można też wywieść z analizy przepisów dotyczących likwidacji osoby prawnej. Nie ma *lex generalis* pozwalającej wskazać, co oznacza pojęcie „wygaśnięcie wierzytelności”. I w orzecznictwie, i w piśmiennictwie przyjmuje się, że do wygaśnięcia wierzytelności dochodzi również na skutek zdarzeń, z którymi żaden przepis nie wiąże wprost wyartykułowanego skutku w postaci wygaśnięcia wierzytelności lub skutku określonego jako „wygaśnięcie zobowiązania” czy „wygaśnięcie długu”.

Sąd Najwyższy w orzeczeniu o sygn. IV CSK 369/11 zasadnie uznał, że zdefiniowanie warunków „wygaśnięcia wierzytelności” w celu oceny, czy obejmuje ono sytuację spowodowaną prawomocnym wykreśleniem z rejestru dłużnika osobistego, może nastąpić tylko przez próbę uogólnienia przyczyn, które bezspornie skutkują wygaśnięciem wierzytelności. Z pewnością wygaśnięcie wierzytelności nastąpi wówczas, gdy zaspokojony zostanie interes prawny wierzyciela. Jednakże gdy nie dochodzi do zaspokojenia interesu wierzyciela, wygaśnięcie wierzytelności ma miejsce, o ile następuje zniesienie stosunku obligacyjnego, zatem nie można przyjąć dalszego istnienia wierzytelności o dotychczasowej treści. Wedle tegoż postanowienia wygaśnięcie wierzytelności nie zajdzie, gdy brak zaspokojenia interesu wierzyciela określonego treścią zobowiązania jest następstwem jedynie braku możliwości skutecznego przymusowego dochodzenia świadczenia²⁴.

Zgodnie z tezami postanowienia o sygn. IV CSK 369/11 zestawienie tego wniosku z regulacją postępowania likwidacyjnych osób prawnych potwierdza, że ustawodawca nie utożsamia wygaśnięcia zobowiązania, a wraz z nim wynikających z niego wierzytelności, z ustaniem bytu prawnego dłużnika będącego osobą prawną.

Ponadto owo postanowienie głosi, że ułomnością tezy o wygasaniu wierzytelności wraz z utratą bytu prawnego jednej ze stron zobowiązania²⁵ jest to, że skutek w postaci wygaśnięcia wierzytelności jest wyprowadzany tylko z doktrynalnej konstrukcji

23 Ł. Węgrzynowski (*op. cit.*, s. 8–9) zwraca uwagę, że choć orzeczenie zmierza w dobrym kierunku, zwłaszcza jeśli chodzi o skutki prawne złożenia przedmiotu świadczenia do depozytu sądowego, to nie jest jasne, czy odnosi się do każdego przypadku wykreślenia spółki kapitałowej z rejestru, czy tylko do wypadków, gdy w toku likwidacji złożono do depozytu sumy na podstawie art. 285 i 473 k.s.h. Autor zaznacza też, że wątpliwe jest sięgnięcie przez SN do konstrukcji zobowiązania naturalnego.

24 M. Pyziak-Szafnicka, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 6, red. A. Olejniczak, Warszawa 2014, s. 1464–1465, gdzie nie wskazano likwidacji podmiotu jako sposobu wygaśnięcia zobowiązania.

25 Cf. wyroki SN z dnia 7 października 2008 r., III CSK 112/2008 (*Lex Polonica* nr 1955485) i z dnia 5 listopada 2008 r., I CSK 204/08 (*Lex* nr 484664) oraz powyższe wywoady.

zobowiązania, zatem nie wynika wprost z obowiązujących przepisów. Stanowisko takie znacznie osłabia ochronę wierzycieli osób prawnych, ponieważ wygaśnięcie wierzytelności w stosunku do tych podmiotów prowadziłyby także do wygaśnięcia praw akcesoryjnych. Należy pamiętać, że postępowania likwidacyjne mają na celu nie tylko zaspokojenie wierzycieli likwidowanego, lecz także usunięcie z obrotu podmiotów niezdolnych do dalszego w nim funkcjonowania. Ten praktyczny aspekt stanowił dla Sądu Najwyższego uzasadnienie przyjęcia możliwości wykreślenia likwidowanej osoby prawnej z właściwego rejestru mimo stwierdzenia, że w toku postępowania likwidacyjnego nie doszło do zaspokojenia wszystkich wierzycieli likwidowanej osoby prawnej²⁶.

Także w postanowieniu z dnia 27 czerwca 1995 r. (III CRN 28/95, OSNC 1995, nr 11, poz. 165) Sąd Najwyższy przyjął, że niezaspokojenie wierzycieli i niezabezpieczenie ich wierzytelności nie stanowi przeszkody w likwidacji przedsiębiorstwa i wykreślenia go z rejestru jeśli majątek owego przedsiębiorstwa nie wystarcza na zaspokojenie wierzycieli²⁷. W postanowieniu tym Sąd podkreślił, że uzależnienie likwidacji przedsiębiorstwa państwowego od zaspokojenia lub zabezpieczenia wierzytelności w razie braku adekwatnego majątku powodowałoby niemożność likwidacji przedsiębiorstwa. Wzgląd na ochronę wierzycieli stałby się przeszkodą dla wykreślenia z rejestru likwidowanych osób prawnych. Zdarzają się również sytuacje, gdy po wykreśleniu z rejestru osoby prawnej wychodzi na jaw, że pozostał po niej majątek. Wobec braku regulacji prawa pozytywnego w uchwale z 24 stycznia 2007 r. (III CZP 143/06, OSNC 2007, nr 11, poz. 166) przyjęto, że jeśli po wykreśleniu z rejestru spółki z o. o. okaże się, że pozostały po niej składniki majątku nieobjęte likwidacją, dozwolone jest ustanowienie likwidatora do dokończenia likwidacji. Wydaje się, że pojawiłaby się wówczas możliwość uregulowania należności niezaspokojonych wierzycieli, co jest jednym celem każdego postępowania likwidacyjnego, jak zwraca uwagę Sąd w orzeczeniu o sygn. IV CSK 369/11.

Również we wcześniejszym niż to postanowienie orzecznictwie panuje pogląd uznający istnienie wierzytelności w oderwaniu od bytu prawnego dłużnika. W postanowieniu z 20 września 2007 r. (II CSK 240/07, Lex nr 487505) Sąd Najwyższy nie zaaprobował tezy, że wykreślenie spółki z o.o. prowadzi do wygaśnięcia jej zobowiązań bez konieczności zaspokojenia wierzycieli. Gdyby zaspokojenie owo traktować jako warunek zakończenia likwidacji, czyli negatywną przesłankę wykreślenia z rejestru, oznaczałoby to utrzymywanie bytu spółki mimo zupełnej utraty zdolności uczestniczenia w działalności gospodarczej przy jednoczesnym braku jakichkolwiek możliwości świadczenia wierzycielom. Sąd Najwyższy w orzeczeniu o sygn. IV CSK 369/11 zwraca uwagę, że w po-

26 Cf. postanowienie SN z dnia 18 grudnia 1996 r., I CKN 20/96, OSNC 1997, nr 5, poz. 53; z dnia 8 stycznia 2002 r., I CKN 752/99, OSNC 2002, nr 10, poz. 130; z dnia 5 grudnia 2003 r., IV CK 256/02, Lex nr 134088.

27 Art. 18a ust. 1 ustawy z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych, t.j. Dz.U. 2013 poz. 1384 z późn. zm.

stanowieniu tym utratę bytu prawnego spółki z o.o. Sąd powiązał z utratą możliwości zaspokojenia wierzycieli, a nie ze zwolnieniem spółki ze zobowiązań.

Sąd w postanowieniu o sygn. IV CSK 369/11 zasadnie stwierdza, że ustawodawca zakłada, przynajmniej *implicite*, istnienie zobowiązań mimo ustania bytu prawnego dłużnika. Zgodnie z art. 356 ust. 2 Prawa upadłościowego²⁸ sumę wydzieloną na zaspokojenie wierzytelności, której zapłata zależy od warunku zawieszającego, wydaje się wierzycielowi, jeżeli udowodni, że warunek się ziścił, w przeciwnym razie sumę składa się do depozytu sądowego. W myśl dawniejszego brzmienia art. 360 Prawa upadłościowego²⁹, m.in. po zakończeniu postępowania upadłościowego, sumy zatrzymane w depozycie, o ile nie przypadły osobie wskazanej w planie podziału, wydawano upadłemu na jego wniosek. Ostatnia część przepisu nie odnosiła się do upadłego będącego osobą prawną, który na mocy właściwych przepisów zawartych poza Prawem upadłościowym, zostaje wykreślony z rejestru w następstwie zakończenia postępowania upadłościowego. Jednak – jak zasadnie zauważył Sąd Najwyższy w orzeczeniu o sygn. IV CSK 369/11 – z powyższych przepisów wynika, że i po zakończeniu postępowania upadłościowego wobec osób prawnych – którego skutkiem jest wykreślenie ich z rejestru – prawo nie wyklucza istnienia wierzytelności warunkowych ze stosunków obligacyjnych, których stroną był upadły.

Prawdą jest, że ważne złożenie do depozytu sądowego ma skutki spełnienia świadczenia – prowadzi do wygaśnięcia zobowiązania. Jednak oczekiwanie, również po zakończeniu postępowania upadłościowego (nawet więc po wykreśleniu upadłego z rejestru), na ziszczenie się warunku wskazuje, że skutki prawne wywołuje dotychczasowa treść stosunku zobowiązaniowego łączącego wierzyciela oraz upadłego jako dłużnika, którego elementem jest warunek zawieszający. Podobne unormowania dotyczą postępowań likwidacyjnych spółek kapitałowych. Taką regulacją jest art. 18a ust. 1 ustawy o przedsiębiorstwach państwowych, z którego wynika, że wykreślenie z rejestru przedsiębiorstwa państwowego może być dokonane przed zaspokojeniem jego wierzycieli o ile nastąpi zabezpieczenie. Sąd Najwyższy w postanowieniu o sygn. IV CSK 369/11 zasadnie wywodzi, że wierzytelności te utrzymują się po utracie podmiotowości prawnej przedsiębiorstwa. Także art. 127 ustawy z dnia 16 września 1982 r. Prawo spółdzielcze³⁰ zakłada możliwość wykreślenia spółdzielni z KRS w razie złożenia do depozytu sądowego kwot na zabezpieczenie należności niewymagalnych.

Uwzględniając te unormowania oraz biorąc pod uwagę kwestie dotyczące sytuacji, w których dochodzi do wygaśnięcia wierzytelności, Sąd Najwyższy w postanowieniu IV CSK 369/11 jasno stwierdza, że wierzytelność, której dłużnikiem osobistym jest osoba

28 T.j. Dz.U. 2015 poz. 233.

29 Przepis ów zyskał nowe brzmienie z dniem 1 stycznia 2016 r., jednak nie ma to wpływu na problematykę prezentowaną w niniejszym artykule.

30 T.j. Dz.U. 2016 poz. 21.

prawna, nie wygasa z chwilą wykreślenia tejże osoby z rejestru na skutek zakończenia postępowania upadłościowego, jeżeli charakter tej wierzytelności umożliwia zaspokojenie jej z substratu majątkowego pozostałego po osobie prawnej lub z zabezpieczeń tej wierzytelności na przedmiotach majątkowych osób trzecich.

W opinii Sądu Najwyższego zawartej w orzeczeniu o sygn. IV CSK 369/11 w wypadku istnienia majątku byłej osoby prawnej lub zabezpieczeń na mieniu osób trzecich likwidacja osoby prawnej prowadzi do powstania sytuacji podobnej w skutkach do zobowiązania naturalnego. Choć konstrukcja prawna zobowiązania wymaga istnienia dłużnika jako podmiotu, który jest zobowiązany do spełnienia określonego świadczenia, to w momencie powstania określonej wierzytelności znaczenie (z perspektywy wierzyciela) ma istnienie substratu majątkowego, z którego wierzytelność może być zaspokojona, oraz kwestia istnienia podmiotu, do którego można skierować roszczenie. Wedle postanowienia o sygn. IV CSK 369/11 w takich wypadkach nie można przyjąć zaistnienia następczej niemożliwości świadczenia (art. 475 k.c.). Utrata bytu prawnego nie niweczy ani nie modyfikuje dotychczasowej treści stosunku zobowiązaniowego, lecz prowadzi do swoistej konserwacji jego treści i niemożności dochodzenia roszczeń przeciwko nieistniejącemu dłużnikowi oraz braku możliwości wykonywania uprawnień prawokształtujących wynikających z wierzytelności.

Sąd Najwyższy w postanowieniu IV CSK 369/11 zaznacza też, że wygasną jedynie wierzytelności, w których niezbędne jest istnienie dłużnika osobistego. Jeżeli przyjąć odmienny pogląd, potrzeba ochrony praw wierzycieli powodowałaby konieczność przyjęcia, że warunkiem *sine qua non* wykreślenia osoby prawnej jest wcześniejsze wykorzystanie – chociażby w określonym terminie – przez wierzycieli posiadanych zabezpieczeń. Z art. 477 § 1 k.s.h. – dotyczącego rozwiązania spółki akcyjnej po zakończeniu postępowania upadłościowego – oraz z innych przepisów procedury likwidacyjnej osób prawnych nie można wnioskować, że wykreślenie osób prawnych z rejestru zależy od oceny wpływu tego zdarzenia na ochronę praw wierzycieli spółki czy innych osób prawnych. Podobnie – jak zwraca uwagę Sąd Najwyższy w orzeczeniu o sygn. IV CSK 369/11 – ukształtowane orzecznictwo dotyczące warunków wymaganych do wykreślenia osób prawnych w skutek przeprowadzenia postępowań likwidacyjnych nie przywiązuje do tej kwestii wagi, o ile nie istnieje już majątek likwidowanego podmiotu. Również w prawie upadłościowym nie ma przepisów nakazujących uwzględnić przy orzekaniu o zakończeniu postępowania upadłościowego ochronę praw akcesoryjnych wierzycieli upadłego-osoby prawnej.

Wnioski

Obecnie w nauce polskiej przyjęta jest opinia o zasadności wprowadzenia obok pojęcia podmiotu również pojęcia strony zobowiązania. Uzasadnił ją przede wszystkim Alfred

Klein³¹. Pojęcie strony może być użyte do opisania konkretnych stosunków zobowiązaniowych, w których tymczasowo brak osoby uprawnionej³². Można tu *per analogiam* mówić o braku podmiotu po stronie dłużnika, gdy utracił on byt prawny (ubezpodmiotowanie), jednak brak podmiotu nie będzie pociągał za sobą wygaśnięcia zobowiązania, podobnie jak wtedy, gdy podmiot jeszcze nie jest dookreślony, a zobowiązanie jednak istnieje. Analogiczne do zindywidualizowania będzie tu moim zdaniem wskazanie na odpowiedzialnego rzeczowo czy poręczyciela, który będzie podstawiony (w sensie nie-technicznym) w miejsce dawnego dłużnika³³.

Trzeba też zwrócić uwagę, że Sąd Najwyższy w orzeczeniach opowiadających się za wygaśnięciem długów zlikwidowanej spółki zdaje się przychylić do dawnej zasady *ius commune „nomina ossibus inhaerent”*. Jednak w rozwoju historycznym utrwalił się pogląd na wierzytelność jako dobro majątkowe i przedmiot obrotu. Stopniowo popadały w zapomnienie koncepcje ścisłego związku wierzytelności z osobą wierzyciela i niemożności przenoszenia jej na inne podmioty³⁴. Podobnie odrywał się dług od osoby zobowiązanej. Koncepcja zwalnającego przejęcia długu, opierającego się na następstwie prawnym osoby trzeciej w miejsce dotychczasowego dłużnika, pojawiła się dopiero w XIX wieku. Wcześniej tego rodzaju translatywną zmianę dłużnika wykluczano, opierając się na rzymskim poglądzie o ściśle osobistym charakterze długu i związanej z nim odpowiedzialności. Zmiany podmiotowe łączyły się z naruszeniem tożsamości stosunku zobowiązaniowego, zwykle z wygaśnięciem *vinculum iuris*³⁵. W 1853 r. Berthold Delbrück przedstawił założenia nowej konstrukcji zmiany dłużnika, wyróżniając w ramach stosunku zobowiązaniowego poszczególne składniki, takie jak dług i wierzytelność, ujęte jako *res incorporales* czy też urzeczowione jako aktywa i pasywa majątku danego podmiotu prawa cywilnego³⁶. Wskazał również na możliwości dokonywania poprzez czynność

31 A. Klein, *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, Wrocław 2005, s. 34 i n. (lub wydania wcześniejsze).

32 *Ibidem*, s. 36; P. Machnikowski, *System prawa prywatnego* t. 5, red. E. Łętowska, Warszawa 2006, s. 115–116.

33 Cf. rozważania P. Machnikowskiego na temat oznaczenia podmiotów w zobowiązaniu: *op. cit.*, s. 120–123 i 458–461. Wobec tego, że wraz z wykreśleniem spółki z rejestru traci ona podmiotowość prawną, uprawnionymi stają się osoby, którym poszczególne prawa spółki miały przyspaść. Z majątku pozostałego po spółce, którym zajmuje się kurator, mogą zaspokoić się wierzyciele (A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 289 KSH*, teza 2, SIP Lex 2015, tam też dalsza literatura). Ponadto wykreślenie z KRS dłużnika – spółki kapitałowej nie przekreśla ochrony jej wierzycieli na podstawie art. 527 i n. k.c. (cf. uchwała SN z dnia 11 września 2013 r., III CZP 47/13, niepubl.; A. Kidyba, *Komentarz do art. 272 KSH*...).

34 Cf. K. Zawada, *Umowa przelewu*, Kraków 1990, s. 8 i n.

35 W. Rozwadowski, *Przelew wierzytelności w prawie rzymskim*, Poznań 1969, s. 157.

36 B. Delbrück, *Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Rechte*, Berlin 1853, s. 3. Przeciwno dopuszczalności sukcesyjnego przejęcia długu wypowiedział się F.K. von Savigny, *Das obligationenrecht als theil des heutigen römischen rechts*, t. II, Berlin 1853, s. 5; idem,

„przejęcia długu” (*Schuldübernahme*) przeniesienia wydzielonego długu na inny podmiot bez wygasania zobowiązania³⁷.

Wobec niekwestionowanej zasady oderwania długu od osoby dłużnika, która stanowi podbudowę dla dopuszczalności zmiany dłużnika, oraz odróżnienia strony zobowiązania od jego podmiotów trafne jest stanowisko opowiadające się za utrzymaniem się długów podmiotu wykreślonego z rejestru i to nawet w sytuacji niepozostawienia przez niego jakichkolwiek aktywów, a jedynie długów. Mamy tu do czynienia z tworem podobnym do *hereditas iacens* prawa rzymskiego, składającej się wyłącznie z jednego czy większej liczby długów.

Trzeba zaznaczyć, że wprowadzony w 2015 r. art. 25e ustawy o KRS³⁸ potwierdza pogląd o niewygasaniu długów zlikwidowanej osoby prawnej w niektórych wypadkach. Stwierdza bowiem, że Skarb Państwa nabywa nieodpłatnie i *ex lege* mienie wykreślone z Rejestru w skutek nowo wprowadzonego postępowania *ex officio* podmiotu oraz że Skarb Państwa ponosi odpowiedzialność z nabytego mienia za zobowiązania podmiotu wykreślonego. Roszczenia wierzycieli natomiast wygasają, jeżeli nie będą dochodzone w ciągu roku od chwili nabycia mienia przez Skarb Państwa. Jeśli zaś przed takim nabyciem mienia wierzyciel uzyskał tytuł egzekucyjny przeciwko podmiotowi wykreślonemu, roszczenie stwierdzone w tymże tytule wygasa, gdy wierzyciel nie wniesie o wszczęcie egzekucji w terminie roku od chwili nabycia mienia przez Skarb Państwa. Widać tu pewne podobieństwa do instytucji dziedzica koniecznego, która pozwala uniknąć istnienia *hereditates iacentes*.

Konkludując, warto spojrzeć na ważną kwestię odpowiedzialności za długi zlikwidowanej spółki członków zarządu i likwidatorów. Art. 299 k.s.h. stanowi o odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania spółki – jest to odpowiedzialność o charakterze subsydiarnym³⁹, uwarunkowana niedochowaniem określonych aktów staranności, co skutkowało bezskutecznością egzekucji wobec spółki. Odpowiedzialność na podstawie art. 299 k.s.h. ponoszą poza członkami zarządu likwidatorzy⁴⁰. Utrzymuje się ona po wy-

System des heutigen römischen Rechts, t. III, Berlin 1840, s. 15; A. Thibaut, *System des Pandekten-Rechts*, t. II, Jena 1803, s. 304–305.

37 *Cit. per.* P. Drapała, *System prawa prywatnego*, t. 6, red. A. Olejniczak, Warszawa 2014, s. 1389–1390, 1424–1426.

38 T.j. Dz. U. 2015, poz. 1142, 1893, 1923.

39 A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 299 KSH*, teza 1, SIP Lex 2015; I. Weiss, A. Szumański, [w:] W. Pyzioł, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Warszawa 2014, s. 566. Trzeba pamiętać, że art. 299 k.s.h. nie narusza jako *lex generalis* przepisów ustanawiających odpowiedzialność członków zarządu idącą dalej. Cf. I. Weiss, A. Szumański, [w:] W. Pyzioł *et al.*, *op. cit.*, s. 573–574; wyrok SN z dnia 21 września 2005 r., V CK 129/05, „Monitor Prawniczy” 2005, nr 20.

40 Cf. stanowisko SN w uchwale z dnia 28 lutego 2008 r., III CZP 143/07, LEX nr 346311; w uchwale z dnia 28 stycznia 2010 r., III CZP 91/09, „Biuletyn SN” 2010, nr 1, poz. 12; w wyroku z dnia 25 lutego 2010 r., V CSK 248/09, „Biuletyn SN” 2010, nr 5, poz. 13; odmiennie, na

kreśleniu spółki z rejestru⁴¹. Odpowiedzialność owa nie obejmuje jednak, co wydaje się bezsporne, członków rady nadzorczej, komisji rewizyjnej itp. a także wspólników, prokurentów i innych osób trzecich⁴². Osoby wymienione w art. 299 § 1 k.s.h. stają się dłużnikami niezaspokojonego wierzyciela (wyrok SN z 18 kwietnia 2007 r., V CSK 55/07, LEX nr 251525), jednak nie można powiedzieć, by stawały się następcami prawnymi spółki, w tym spółki zlikwidowanej. Można tu mówić o oryginalnym polskim odpowiedniku czy też substytucie tzw. przekłucia welonu korporacyjnego⁴³.

Literatura

- Babiarz S., Łukowski W., *Glosa do uchwały SN z 24.01.2007 r., III CZP 143/06*, „Prawo Spółek” 2010, nr 3.
- Bączyk M., *Skutki prawne wadliwego zakończenia postępowania likwidacyjnego spółki z ograniczoną odpowiedzialnością*, „Monitor Prawa Bankowego” 2012, nr 11(24).
- Bielski P., *Glosa do wyroku SN z 28.10.2005 r. (II CK. 275/05)*, OSP 2006, nr 11, poz. 126.
- Delbrück B., *Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Rechte*, Berlin 1853.
- Drapała P., *System prawa prywatnego*, t. 6, red. A. Olejniczak, Warszawa 2014.
- Encyklopedia podręczna prawa prywatnego*, red. F. Zoll, J. Wasilkowski, t. 3, Warszawa 1939.
- Grykiel J., *Utrata bytu prawnego przez spółkę z o.o. a jej zobowiązania*, „Monitor Prawniczy” 2008, nr 1.

rzecz braku odpowiedzialności likwidatora na podstawie art. 299 k.s.h.: wyrok SN z dnia 6 lipca 2007 r., III CSK 2/07, OSNC-Zbiór Dodatkowy 2008, nr 3, poz. 63. Stanowisko to znalazło poparcie części doktryny. Cf. A. Kidyba, *Komentarz do art. 299 KSH...*, teza 2; M. Rodzyniecki, *Komentarz do art. 299 KSH*, SIP Lex-Lexis Nexis 2014, teza 9. K. Osajda (*Odpowiedzialność cywilna członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o.*, SIP Lex 2014, r. VI 2) konkluduje, że pytanie o odpowiedzialność likwidatorów na gruncie art. 299 k.s.h. pozostaje przedmiotem dyskusji.

- 41 Cf. K. Osajda, *op. cit.*, r. VII 2.1. Spory budzi problem podnoszenia przez członków zarządu zarzutów przysługujących spółce wobec wierzyciela (*ibidem*). Pojawia się też kwestia dziedziczności długów powstałych wskutek zastosowania art. 299 k.s.h. Zasadne wydaje się przyjęcie, że odpowiedzialność z art. 299 k.s.h. nie ma charakteru ściśle osobistego, wobec tego nie gaśnie wraz ze śmiercią zobowiązanego i wchodzi w skład spadku. Duże znaczenie ma tu moment zaistnienia stanu bezskuteczności egzekucji wobec spółki. Gdy zajdzie to przed śmiercią członka zarządu, dług będzie częścią spadku po nim (*ibidem*, r. VI 3).
- 42 W ten sposób A. Kidyba, *Komentarz do art. 299 KSH...*, teza 2; A. Kappes, *Odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o.*, Kraków – Warszawa 2009, s. 147–148; K. Osajda, *Niewypłacalność spółki z o.o.: odpowiedzialność członków zarządu wobec jej wierzycieli*, Warszawa 2014, s. 301.
- 43 I. Weiss, A. Szumański, *op. cit.*, s. 564. O podziale kwoty likwidacyjnej: *ibidem*, s. 603–604.

- Grykiel J., *Glosa do uchwały SN z dnia 24 stycznia 2007 r. (III CZP 143/06)*, „Glosa” 2011, nr 2.
- Januchowski A., Bartkowiak G., *Dokonanie likwidacji spółki wykreślonej z rejestru. Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 24 stycznia 2007 (III CZP 143/06)*, „Prawo Bankowe” 2008, nr 4.
- Kidyba A., *Komentarz aktualizowany do art. 299 KSH, teza 1*, SIP Lex 2015.
- Klein A., *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, Wrocław 2005.
- Koniewicz A., *Majątek polikwidacyjny spółek kapitałowych*, „Glosa” 2010, nr 4.
- Kos R., Porzycki M., *Sytuacja prawna majątku pozostałego po wykreśleniu spółki kapitałowej – uwagi na gruncie postulatu przymusowej likwidacji niewypłacalnych spółek*, „Monitor Prawa Handlowego” 2013, nr 3.
- Kappes A., *Odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o.*, Kraków – Warszawa 2009.
- KSH. Komentarz*, red. T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz, Warszawa 2011.
- Osajda K., *Niewypłacalność spółki z o.o.: odpowiedzialność członków zarządu wobec jej wierzycieli*, Warszawa 2014.
- Osajda K., *Odpowiedzialność cywilna członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o.*, SIP Lex 2014, VI 2.
- Potrzeszcz R., *Wykreślenie spółki kapitałowej bez (właściwej) likwidacji – ze stanowiska wierzycieli*, „Rejent” 1998, nr 5.
- Pyziół W., Szumański A., Weiss I., *Prawo spółek*, Warszawa 2014.
- Rodzinkiewicz M., *Komentarz do art. 299 KSH*, SIP Lex-Lexis Nexis 2014, teza 9.
- Rozwadowski W., *Przelew wierzytelności w prawie rzymskim*, Poznań 1969.
- Savigny F.K. von, *Das obligationenrecht als theil des heutigen römischen rechts*, t. II, Berlin 1853.
- Schmidt K., *Gesellschaftsrecht*, Köln – Berlin– Bonn – München 2002.
- System prawa handlowego*, t. 2A, red. W. Górecki, S. Włodyka, t. 2B, red. J. Frąckowiak, S. Włodyka, Warszawa 2007.
- System prawa prywatnego*, t. 6, red. A. Olejniczak, Warszawa 2014.
- System prawa prywatnego*, t. 17B, red. S. Sołtysiński, Warszawa 2010.
- Thibaut A., *System des Pandekten-Rechts*, t. II, Jena 1803.
- Węgrzynowski Ł., *Charakterystyka praw i obowiązków spółki kapitałowej po jej wykreśleniu z rejestru przedsiębiorców (cz. II)*, PPH 2014, nr 8.
- Zawada K., *Umowa przelewu*, Kraków 1990.
- Zedler F., *Dochodzenie roszczeń wierzycieli handlowej spółki kapitałowej po zakończeniu postępowania upadłościowego obejmującego likwidację jej majątku*, [w:] *Problemy polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa Profesora Mariana Kępińskiego*, Warszawa 2012.

SUMMARY

**The end of the legal existence of a capital company
and the expiration of its debts**

Under Polish law, indebted companies can be liquidated without satisfying all the creditors. Therefore, debts may remain without a debtor. This issue is controversial in the Polish judicature. One way of thinking considers debt to be so closely joined with the debtor that when the debtor's existence ends with no successor, the debts also end their existence. The other opinion holds that debts of the liquidated company do not cease to exist and may be claimed from the guarantor. As a rule, in Polish law debt is not strictly connected to the debtor or creditor and a change of debtor or creditor is possible. An old *Ius Commune* rule *nomina ossibus inhaerent* is not recognized in Poland. Thus the opinion that debts do not vanish after the liquidation of a company is more correct from the dogmatic point of view. Such a stance is also supported by a recent change in the Law on National Court Register.

Keywords: Polish commercial law, capital companies' liquidation, liquidated companies' debts in the Polish law, concept of contractual relation in the Polish Supreme Court jurisprudence.

RAFAŁ MAREK, Jagiellonian University, Faculty of Law and Administration, Karola Ol-
szewskiego, 30-962 Kraków, Republic of Poland, e-mail: r.m.a.marek@gmail.com.

MARCIN CZERWIŃSKI

Udział konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na przykładzie Polski, Wielkiej Brytanii i Francji

Uwagi wprowadzające

W niniejszym opracowaniu zostanie przedstawiony kształt regulacji dotyczącej udziału konsorcjum w postępowaniu zamówieniowym obowiązującej na obszarze trzech państw Unii Europejskiej: Polski, Wielkiej Brytanii i Francji. Choć nie sposób znaleźć definicji konsorcjum adekwatnej dla wszystkich państw Unii Europejskiej, to ze względu na harmonizację przepisów dotyczących funkcjonowania rynku zamówień publicznych przyjęte przez państwa rozwiązania są dość zbliżone. Niemniej występują też pewne unormowania charakterystyczne dla poszczególnych krajów. Pojawia się więc pokusa, aby rozważyć sens przyjęcia podobnych rozwiązań w innych państwach.

Przy charakterystyce każdego z państw opisano najpierw ogólnie prawne aspekty funkcjonowania konsorcjum w danym systemie prawnym, a następnie przedstawiono instytucje podobne, jak spółka cywilna czy podwykonawstwo, by wreszcie scharakteryzować regulację odnoszącą się do udziału konsorcjum w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Uznano za przydatne – przede wszystkim w części brytyjskiej – odwołać się przy niektórych kwestiach problematycznych wprost do prawa unijnego i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Ze względu na obszerną literaturę dotyczącą funkcjonowania konsorcjum w Polsce, w tym funkcjonowania w obrocie regulowanym przez prawo zamówień publicznych, część dotycząca polskiej regulacji nie będzie miała charakteru wyczerpującego, a jednocześnie odsyłać będzie do literatury uzupełniającej, w której można znaleźć również analizę aktualnego orzecznictwa sądowego i Krajowej Izby Odwoławczej. W części brytyjskiej i francuskiej niektóre tezy będą wymagały weryfikacji w praktyce stosowania przepisów ze względu na dokonującą się zmianę stanu prawnego uwzględnioną w niniejszym opracowaniu.

Konsorcjum w polskim prawie zamówień publicznych

Konsorcjum w ogólności

W polskim systemie prawnym konsorcjum postrzegane jest jako elastyczna forma kooperacji gospodarczej wypracowana na płaszczyźnie praktycznej. Nawiązanie stosunku konsorcjum może być podyktowane np. rozmiarem przedsięwzięcia koniecznego do wykonania oraz stopniem jego skomplikowania, który przerasta możliwości finansowe, organizacyjne czy techniczne pojedynczego podmiotu. Jednocześnie konsorcjum pozwala na niezależność konsorcjantów w pozostałych działaniach, niezwiązanych ze wspólnym przedsięwzięciem. Po osiągnięciu celu, dla którego utworzono konsorcjum, jest ono zazwyczaj rozwiązywane.

Brakuje w polskim prawie definicji konsorcjum czy umowy konsorcjalnej. Pojęć tych nie używają ani Kodeks cywilny¹, ani Prawo zamówień publicznych², ani ustawy podatkowe³. O konsorcjum wspomina jedynie Prawo bankowe⁴, ustawa o zasadach finansowania nauki⁵, ustawa o ofercie publicznej⁶ oraz ustawa o niektórych umowach zawieranych w związku z realizacją zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa⁷, jednakże ustawy te nie regulują samej umowy konsorcjalnej. Dopuszczalność tworzenia przez kontrahentów tej formy współpracy wynika z zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.). Forma umowy konsorcjalnej może być dowolna (także ustna), choć ze względów dowodowych zazwyczaj będzie to forma pisemna.

W literaturze podkreśla się, że konsorcjum nie ma podmiotowości prawnej, nie posiada majątku odrębnego od majątku uczestników ani nie podlega rejestracji, tworzone jest przez zawarcie zobowiązaniowej umowy konsorcjalnej. Konsorcjanci zobowiązują się w umowie do wspólnego działania i ponoszenia ryzyka w celu urzeczywistnienia

1 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, t.j. Dz.U. 2014 poz. 121 ze zm.

2 Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, t.j. Dz.U. 2013 poz. 907 ze zm., dalej p.z.p.

3 Zasadniczo konsorcja kwalifikowane są jako wspólne przedsięwzięcia w rozumieniu art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, t.j. Dz.U. 2014 poz. 851 ze zm., i art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych, t.j. Dz.U. 2012 poz. 361 ze zm.

4 Konsorcjum bankowe pojawia się w art. 73 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe, t.j. Dz.U. 2012 poz. 1376.

5 Konsorcjum naukowe pojawia się w art. 2 pkt 12 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o zasadach finansowania nauki, Dz.U. nr 96 poz. 615 ze zm.

6 Konsorcjum pojawia się w art. 14 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych, tj. Dz.U. 2013 poz. 1382 ze zm.

7 Konsorcjum pojawia się w art. 2 pkt 3 i art. 24 ustawy z 26 czerwca 2014 r. o niektórych umowach zawieranych w związku z realizacją zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa, Dz.U. 2014 poz. 932.

konkretnego przedsięwzięcia gospodarczego⁸. Stosunek ten jest o tyle specyficzny, że współdziałanie współników nie polega na wniesieniu wkładów, tylko na wykonaniu określonej części prac w należyty sposób⁹. Dominuje pogląd, że umowy konsorcjalnej nie można kwalifikować jako umowy spółki cywilnej, chyba że konsorcjanci celowo ukształtują konsorcjum jako spółkę cywilną. Co istotne w praktyce, regulacje z zakresu rachunkowości¹⁰ czy ustawy o podatku od towarów i usług¹¹ traktują spółkę cywilną – inaczej niż prawo prywatne – jako odrębny podmiot, nie traktują natomiast w ten sam sposób umowy konsorcjum. Niektórzy autorzy opowiadają się za stosowaniem do umowy konsorcjalnej przepisów o spółce cywilnej w drodze analogii¹², dostrzegając jednak odmiennosć konsorcjum względem spółki cywilnej w braku odpowiedzialności solidarnej konsorcjantów¹³. Należy też zauważyć, że dla umowy spółki wymagana jest forma pisemna pod rygorem *ad probationem* (art. 860 § 2 k.c.).

W praktyce najczęściej występują konsorcja zewnętrzne, jednolite i scentralizowane. Oznacza to odpowiednio, że okoliczność zawarcia umowy kooperacyjnej jest jawna dla osób trzecich, występuje jedna wielostronna umowa konsorcjalna, a prowadzenie spraw oraz reprezentację konsorcjum powierza się jednemu z konsorcjantów, zwanemu liderem konsorcjum. W przypadku konsorcjum o charakterze wewnętrznym jego uczestnicy nie występują w stosunkach zewnętrznych wspólnie. Umowy z osobami trzecimi (np. inwestorem) zawiera tylko jeden z uczestników konsorcjum w imieniu własnym (ze skutkiem dla siebie albo na rachunek wszystkich konsorcjantów), tym samym samodzielnie ponosi on odpowiedzialność względem osób trzecich. Pozostali konsorcjanci są postrzegani na

8 L. Stecki, *Konsorcjum*, Toruń 1997; A. Opalski, *Umowy o wspólne przedsięwzięcie (joint venture)*, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 9, *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, red. W. Katner, Warszawa 2015, s. 877–885; S. Włodyka, M. Spyra, *Umowy i porozumienia o współpracę przedsiębiorców (umowy kooperacyjne)*, [w:] *System prawa handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, red. S. Włodyka, Warszawa 2014, s. 707–718; S. Włodyka, *Strategiczne umowy przedsiębiorców*, Warszawa 2000, s. 245–269; J. Strzępka, *Konsorcjum budowlane – wybrane zagadnienia prawne*, „Monitor Prawniczy” 2012, nr 14, s. 738–744; J. Hilla, *Prawne problemy funkcjonowania konsorcjum*, „Radca Prawny” 2005, nr 5, s. 35–40.

9 E. Zielińska, *Konsorcjum w procesie budowlanym w systemie polskiego i niemieckiego prawa prywatnego*, w: *Wpływy europeizacji prawa na instytucje prawa handlowego*, red. J. Kruczałak-Janowska, Warszawa 2013, s. 586.

10 Art. 2 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, t.j. Dz.U. 2016 poz. 1047 ze zm.

11 Spółka cywilna jest jednostką organizacyjną w rozumieniu art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U. 2016 poz. 710), stąd konieczność rejestracji dla celów podatku VAT i uzyskanie numeru NIP.

12 A. Chrząszcz, *Konsorcjum w zamówieniach publicznych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2013, nr 7, s. 43.

13 Bezwzględnie wiążący art. 864 k.c. przewiduje solidarną odpowiedzialność współników spółki cywilnej.

zewnątrz co najwyżej jako podwykonawcy, co jednak w przypadku umowy o roboty budowlane będzie pociągało za sobą konsekwencje z art. 647¹⁴ k.c.

Nie ma jednolitego modelu rozliczeń finansowych w konsorcjum i trudno przenosić na grunt tej konstrukcji rozwiązanie wprowadzone w art. 867 k.c. Dlatego sama umowa konsorcjalna powinna określać udział poszczególnych konsorcjantów w przychodach i kosztach przedsięwzięcia. W praktyce ustalenie tego udziału następuje metodą rzeczową lub finansową. W pierwszej bazuje się na zakresie rzeczowym robót realizowanych przez uczestnika, w efekcie czego każdy konsorcjant realizuje inny zysk zależny od własnych kosztów. W drugiej udział ten wyznacza się z góry przyjętym procentem w generowanych przychodach i kosztach, a zatem zysk jest dzielony między konsorcjantów w ustalonej proporcji¹⁵.

Skoro konsorcjum nie posiada podmiotowości prawnej, to tym samym nie ma zdolności procesowej. Stroną postępowania cywilnego albo administracyjnego są zawsze podmioty wchodzące w skład konsorcjum, a nie samo konsorcjum. Istotne wątpliwości wiążą się z dochodzeniem roszczeń przez konsorcjantów w postępowaniu sądowym. Uprawnienia do dochodzenia wynagrodzenia za świadczenia realizowane przez konsorcjum na rzecz podmiotów trzecich oraz innych roszczeń z tym związanych powinny być określone w umowie łączącej uczestników konsorcjum z kontrahentem zewnętrznym. Umowa taka może uwzględniać postanowienia umowy konsorcjalnej, ale jeśli przewiduje inne niż przyjęte w umowie konsorcjalnej reguły rozliczeń, to ma ona pierwszeństwo. Sądy muszą w każdym przypadku dokonywać oceny, czy między konsorcjantami zachodzi współuczestnictwo materialne zwykłe, czy współuczestnictwo konieczne. W pierwszym przypadku każdy konsorcjant mógłby występować z powództwem niezależnie od innych konsorcjantów. W drugim konsorcjanci tylko wspólnie mogliby dochodzić roszczenia od kontrahenta zewnętrznego (legitymacja procesowa łączna)¹⁶.

Konsorcjum jest strukturą względnie zamkniętą w tym sensie, że dopuszcza się w określonych wypadkach możliwość zwiększenia lub zmniejszenia liczby konsorcjantów oraz subrogację podmiotową, tj. wejście innego podmiotu w prawa i obowiązki konsorcjanta¹⁷.

Regulacja udziału konsorcjum w postępowaniu zamówieniowym

W praktyce konsorcja występują najczęściej w obrocie regulowanym przez prawo zamówień publicznych, przy czym w ustawie zamówieniowej pojęcie wykonawców występu-

14 Wymóg zgody inwestora na zaangażowanie podwykonawców i jego solidarna odpowiedzialność za zapłatę im wynagrodzenia.

15 K. Kańtor, K. Wróblewska, *Umowa konsorcjum – konsekwencje w zakresie VAT*, „Przegląd Podatkowy” 2015, nr 12, s. 25.

16 J. May, *Dochodzenie roszczeń przez uczestników konsorcjum*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2015, nr 2, s. 79.

17 L. Stecki, *op. cit.*, s. 215–216.

jących wspólnie pojawiło się dopiero w 2001 r.¹⁸ w odpowiedzi na dużą skalę stosowania tej instytucji przez wykonawców¹⁹. Przed tą datą możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia budziła wątpliwości w orzecznictwie²⁰. Warto odnotować, że sytuacji konsorcjum w postępowaniu zamówieniowym poświęcono wiele miejsca w polskiej literaturze²¹.

Obecnie traktuje się konsorcjum jako instrument wsparcia małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) na rynku zamówieniowym²². Wykonawcy wykorzystują konsorcjum

18 Ustawa z dnia 22 czerwca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych, Dz.U. nr 76 poz. 813.

19 Cf. np. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 marca 1998 r., UZP/ZO/0-108/98, ZPO 1998, nr 1, poz. 32; wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 17 września 1998 r., UZP/ZO/0-756/98, ZPO 1998, nr 2, poz. 59; wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 stycznia 1999 r., UZP/ZO/0-1185/98, www.uzp.gov.pl; wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 12 stycznia 1999 r., UZP/ZO/0-1186/98, ZPO 1999, nr 1, poz. 11; wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 6 kwietnia 1999 r., UZP/ZO/0-162/99, ZPO 1999, nr 1, poz. 92; wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 11 maja 1999 r., UZP/ZO/0-253/99, ZPO 2000, nr 1, poz. 53; wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 17 listopada 1999 r., UZP/ZO/0-1090/99, ZPO 1999, nr 2, poz. 210; wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 8 lutego 2000 r., UZP/ZO/0-066/00, ZPO 2000, nr 2, poz. 31; wyrok SA w Warszawie z dnia 16 lutego 2000 r., I ACa 878/00, LEX nr 1681006; wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 9 marca 2000 r., UZP/ZO/0-133/00, ZPO 2000, nr 2, poz. 41; wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 13 czerwca 2000 r., UZP/ZO/0-516/00, ZPO 2000, nr 2, poz. 124; wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 16 czerwca 2000 r., UZP/ZO/0-537/00, ZPO 2000, nr 2, poz. 130; wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 23 października 2000 r., UZP/ZO/0-1160/00, ZPO 2000, nr 3, poz. 126; wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 23 listopada 2000 r., UZP/ZO/0-1350/00, ZPO 2000, nr 3, poz. 159; wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27 listopada 2000 r., UZP/ZO/0-1361/00, ZPO 2000, nr 3, poz. 164.

20 Cf. np. wyrok SN z dnia 13 grudnia 1999 r., III CKN 478/98, OSNC 2000, nr 6, poz. 118; R. Szostak, *Glosa do wyroku SN z dnia 13 grudnia 1999 r., III CKN 478/98*, „Samorząd Terytorialny” 2001, nr 6, s. 68–71; J. Jerzykowski, *Glosa do wyroku SN z dnia 13 grudnia 1999 r., III CKN 478/98*, „Monitor Prawniczy” 2001, nr 15, s. 797.

21 Cf. np. K. Muchowska-Zwara, *Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2015; A. Chrzęszcz, *op. cit.*, s. 41–47; S. Babiarsz, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 215–224, 722–724; E.A. Norek, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 91–93; J. Baehr, *Zamawiający i wykonawcy*, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. T. Czajkowski, Warszawa 2007, s. 128–131; E. Zielińska, *Wspólna realizacja zamówienia publicznego – zagadnienia wybrane*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2015, nr 1, s. 133–145; J. Lic, *Konsorcjum w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4, s. 98–114; K. Gałczyńska-Lisik, *Konsorcjum w świetle prawa zamówień publicznych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006, nr 10, s. 44–45; R. Świstak, *Konsorcjum w świetle prawa zamówień publicznych – polemika*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 3, s. 40–42; T. Kocowski, *Wspólni zamawiający oraz wspólni wykonawcy w systemie zamówień publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy*, red. T. Kocowski, J. Kaspryszyn, Wrocław 2012, s. 74–90; Z. Raczkiewicz, *Konsorcja w ramach zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2009, nr 2, s. 62–68.

22 K. Horubski, T. Kocowski, *Konsorcjum jako instrument wsparcia małych i średnich przedsiębiorców w systemie zamówień publicznych*, [w:] *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększania innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Do-*

przede wszystkim do sumowania potencjałów konsorcjantów i spełnienia warunków podmiotowych udziału stawianych przez zamawiających w postępowaniu zamówieniowym. Polska regulacja wciąż pozostaje bardzo lakoniczna i ogranicza się do dwóch artykułów: art. 23 i art. 141 p.z.p. Istotniejszych zmian dotyczących udziału konsorcjum w postępowaniu zamówieniowym nie przyniosła najnowsza nowelizacja ustawy zamówieniowej, która weszła w życie 28 lipca 2016 r.²³, choć niewątpliwie pewną doniosłość będą miały nowe rozwiązania dotyczące spełniania warunków przez konsorcja. Ustawa nowelizująca wdraża do polskiego systemu prawnego trzy dyrektywy zamówieniowe wydane w 2014 r.²⁴, reformujące unijny system zamówień publicznych.

Ustawa nie posługuje się wprost pojęciem „konsorcjum”. W pierwszej kolejności należy przytoczyć treść art. 23 p.z.p. Zgodnie z nim wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia (ust. 1). Wymaga się od nich ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym może on ponadto zostać umocowany do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (ust. 2)²⁵. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (ust. 3). Jeżeli wybrano ofertę wykonawców występujących wspólnie, to zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego udostępnienia umowy regulującej współpracę wykonawców (ust. 4). Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony sposób spełniania przez takich wykonawców warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne (nowo dodany ust. 5). Ponadto zamawiający może określić warunki realizacji zamówienia przez takich wykonawców w inny sposób niż w przypadku pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne (nowo dodany ust. 6). Specyfika podmiotów zbiorowych wymaga bowiem nieraz zastosowania wobec nich pewnych zasad szczególnych, np. w celu zapewnienia im równej pozycji w postępowaniu i na etapie realizacji.

świadczenia polskie i zagraniczne. Część I, red. J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek, Kazimierz Dolny 2011, s. 45–58.

23 Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2016 poz. 1020.

24 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L nr 94, s. 65), dalej dyrektywa 2014/24/UE lub dyrektywa klasyczna; dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.Urz. UE L nr 94, s. 1), dalej dyrektywa 2014/23/UE lub dyrektywa koncesyjna; dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz.Urz. UE L nr 94, s. 243), dalej dyrektywa 2014/25/UE lub dyrektywa sektorowa.

25 I. Kołaczyńska-Wyszogrodzka, *Pełnomocnictwo a wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego*, „Finanse Komunalne” 2007, nr 1, s. 93–96.

Nowelizacja wprowadziła pewne zmiany w zakresie nazewnictwa odnośnie do warunków udziału w postępowaniu, choć merytorycznie katalog warunków pozostał w zasadzie taki sam. Mianowicie określenie „zdolność techniczna lub zawodowa” (art. 22 ust. 1b pkt 3 p.z.p.) zastępuje dotychczasowy warunek wiedzy i doświadczenia (dotychczas art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p.) oraz warunek dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (dotychczas art. 22 ust. 1 pkt 3 p.z.p.). Co znaczące, w zakresie warunku „sytuacji ekonomicznej i finansowej” zamawiający może zażądać w szczególności posiadania określonego minimalnego rocznego przychodu, w tym określonego w obszarze objętym zamówieniem publicznym. Dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji²⁶ i braku podstaw wykluczenia każdy z konsorcjantów składa odrębny jednolity europejski dokument zamówienia (JEDZ) lub odpowiednie oświadczenie w odpowiednim zakresie (art. 25a ust. 6 p.z.p.).

Natomiast zgodnie z art. 141 p.z.p. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Przepis ten ma charakter bezwzględnie wiążący. Przesądza jednak wyłącznie o solidarności biernej konsorcjantów ubiegających się o zamówienie, nie powoduje zaś skutków w postaci solidarności czynnej. Ponadto odpowiedzialność solidarna nie obejmuje wniesienia wadium²⁷. Ponoszenie odpowiedzialności za uchybienia innych konsorcjantów z jednej strony zmniejsza atrakcyjność tej formy kooperacji przy realizacji zamówienia, z drugiej – pozwala na późniejsze powoływanie się przez każdego z konsorcjantów na wiedzę i doświadczenie wynikające z całego przedsięwzięcia niezależnie od rzeczywistego zakresu prac. Przykładowo, w wyroku z dnia 25 czerwca 2009 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu uznał, że powołanie się na doświadczenie zdobyte przy dostawie tramwajów realizowanej przez konsorcjum, w którym wykonawca pełnił jedynie funkcję logisty i dostawcy komponentów, jest wy-

26 „Kryteria selekcji” to nowe pojęcie ustawowe oznaczające obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria ustalane w przypadku trybu przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego lub ustanowienia partnerstwa innowacyjnego stosowane przy prekwalfikacji wykonawców.

27 Szerzej o odpowiedzialności konsorcjantów: A. Mucha, *Odpowiedzialność uczestników konsorcjum*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ” 2013, nr 13, s. 43-57; M. Kalina-Nowaczyk, *Solidarna odpowiedzialność wykonawców za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia publicznego*, [w:] *Odpowiedzialność cywilnoprawna w obrocie gospodarczym*, red. A. Śmieja, Wrocław 2011, s. 106-118; E. Kowalewski, W. Mogiński, *Gwarancja ubezpieczeniowa członka konsorcjum jako wadium w postępowaniu o uzyskanie przez konsorcjum zamówienia publicznego*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2014, nr 1, s. 23-31; J. Pokrzywniak, *Gwarancja na gruncie PZP*, „Miesięcznik Ubezpieczeniowy” 2014, nr 9, s. 39-40; M. Makowski, *Gwarancja bankowa jako forma wniesienia wadium – kontrowersje interpretacyjne*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 2, s. 22-41.

starczające dla spełnienia w kolejnym postępowaniu warunku posiadania doświadczenia w zakresie dostaw tramwajów²⁸.

Warto zauważyć, że w odrzuconym przez Radę Ministrów projekcie nowego Prawa zamówień publicznych z października 2015 r.²⁹ proponowano rezygnację z obligatoryjnej solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów. W przyjętej nowelizacji treść art. 141 p.z.p. pozostawiono jednak bez zmian.

Obecnie dominuje trafny pogląd, że istotą wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przez konsorcjantów jest połączenie doświadczeń, wiedzy, potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego poszczególnych uczestników konsorcjum, którzy nie są w stanie samodzielnie spełnić wymogów przedstawionych przez zamawiającego. Spełnienie przez nich warunków z art. 22 ust. 1b p.z.p. należy więc – w dużym uproszczeniu – co do zasady oceniać łącznie, z pewnymi wyjątkami, np. w zakresie warunku posiadania kompetencji lub uprawnień. Natomiast każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie musi spełnić oddzielnie warunki niepodlegania wykluczeniu z postępowania zawarte w art. 24 ust. 1 i 5 p.z.p.³⁰

Dopuszczalność zmian i przekształceń podmiotowych – ze względu na brak regulacji – była źródłem szczególnych kontrowersji, przy czym zarówno na etapie postępowania, jak i na etapie wykonawczym zmiany podmiotowe uznawano raczej za niedopuszczalne³¹. Natomiast w znowelizowanym art. 144 ust. 1 pkt 4 p.z.p. wprowadzono możliwość zmiany podmiotowej w zawartej umowie (umowie ramowej) w stosunku do treści oferty w następujących trzech sytuacjach: 1) zmiana podmiotowa została przewidziana przez zamawiającego we wzorze umowy, 2) zmiana następuje w wyniku połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy, 3) w wyniku przejścia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców.

Warto zasygnalizować, że wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego przez konsorcjum może ułatwiać tworzenie tzw. zmów przetargowych, czyli – w myśl

28 Wyrok SO w Poznaniu z dnia 25 czerwca 2009 r., X Ga 198/09, www.uzp.gov.pl.

29 Projekt z dnia 12 października 2015 r., <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12271652/12285001/12285002/dokument188464.pdf> [dostęp: 1.06.2015].

30 K. Horubski, T. Kocowski, *Spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 1, s. 40–60; M. Grabarczyk, *Dostateczna wiedza i doświadczenie jako warunek ubiegania się o zamówienie publiczne*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 1, s. 61–74; J. Wiak, *Spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego*, „Finanse Komunalne” 2012, nr 6, s. 5–19.

31 K. Horubski, *Zmiany składu konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz na etapie wykonywania zamówienia*, Wrocław 2012, s. 24–37.

art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów³² – porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny³³. W jednej z decyzji prezes UOKiK uznał zawarcie umowy konsorcjalnej na potrzeby złożenia wspólnej oferty przetargowej przez przedsiębiorców, którzy mogliby przedstawić oferty w przetargu samodzielnie za znowę przetargową³⁴.

Konsorcjum w brytyjskim prawie zamówień publicznych

Konsorcjum w ogólności

Zarówno pojęcie konsorcjum, jak i pojęcie *joint venture* nie mają w prawie brytyjskim swojej definicji legalnej. To drugie pojęcie przeważnie bywa używane dla określenia różnego rodzaju porozumień, gdzie dwie albo więcej stron współpracują w prowadzeniu działalności gospodarczej. Przejawia się to np. we wspólnym podziale zysku, wniesieniu środków pieniężnych, rzeczy, wiedzy czy zdolności do wspólnego przedsięwzięcia³⁵.

Z powodu braku przepisów prawnych regulujących szczegółowo konsorcjum czy *joint venture* relacje pomiędzy stronami uczestniczącymi w tego rodzaju porozumieniu – przy wyborze konstrukcji *joint venture* jako umowy kooperacyjnej (*collaboration agreement*) lub *partnership* – poddane są sądowemu prawu precedensowemu (*common law*), przepisom prawa o spółkach osobowych (*partnership law*), prawu podatkowemu, prawu konkurencji (unijnemu i krajowemu) oraz innym przepisom regulującym kwestie szczegółowe (np. własność intelektualna, zatrudnienie, obrót nieruchomościami). Umowa konsorcjalna, podobnie jak umowa spółki zwykłej (*partnership*), nie kreuje odrębnego podmiotu³⁶.

Proces tworzenia konsorcjum jest znacznie prostszy niż procedura rejestracji spółek kapitałowych. Nie istnieją wymogi konsultacyjne z żadnym organem publicznym (np. organem ochrony konkurencji) ani formalna procedura co do zakładania i rozwiązywania konsorcjum. Powstanie stosunku konsorcjalnego wymaga jedynie zgody stron na związanie się umową konsorcjalną regulującą prawa i obowiązki w ramach wspólnego przedsięwzięcia. Umowa nie wymaga szczególnej formy ani żadnej formy uwierzytelnienia (np. notarialnego) czy wpisu do rejestru publicznego. W praktyce zaleca się jednak stronom sporządzenie umowy w formie pisemnej w celu uniknięcia nieporozumień

32 Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, t.j. Dz.U. 2015 poz. 184 ze zm.

33 J. Wiak, *op. cit.*, s. 6.

34 Decyzja prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2012 r., RLU-38/2012.

35 S. Williams-Elegbe, *Fighting Corruption in Public Procurement. A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures*, Oxford 2012, s. 200.

36 C. Newsholme, P. Groves, *Joint ventures in the UK: overview*, Practical Law/el. 2015.

czy przedwczesnego rozwiązania umowy. Nie ma również żadnych ograniczeń w prawie kontraktowym co do celu (przedmiotu) umowy konsorcjalnej, pod warunkiem że prowadzona działalność jest legalna. Stąd konsorcjum może zostać zawiązane w każdym celu prawnie dozwolonym³⁷.

Jeśli chodzi o czas, na jaki zawierana jest umowa konsorcjum, to może być ona zawarta również na czas nieokreślony. Jest wówczas rozwiązywalna zgodnie z regułami określonymi w umowie. Konsorcjanci zazwyczaj postanawiają, że wspólne przedsięwzięcie automatycznie rozwiąże się w razie likwidacji lub upadłości któregoś z konsorcjantów. Odnosnie do liczby konsorcjantów, również nie przewiduje się żadnych ograniczeń. Natomiast możliwe jest określenie w umowie zakresu uprawnień do ekonomicznych korzyści i ponoszonej odpowiedzialności i ryzyka w sposób niejednakowy dla wszystkich konsorcjantów. Strony mogą też swobodnie wybrać prawo właściwe dla umowy konsorcjum oraz uzgodnić klauzulę prorogacyjną. Nie istnieją także żadne ograniczenia czy konieczność uzyskiwania zezwolenia na uczestnictwo w konsorcjum podmiotu zagranicznego³⁸. Ze względu na brak ustawowej regulacji oraz zasadę *parol evidence rule* (zgodnie z którą sądy angielskie nie dopuszczają dowodów na okoliczności towarzyszące redagowaniu umowy w celu wykazania, że rzeczywista intencja stron umowy była inna, niż to wynika z treści samej umowy³⁹) brytyjskie umowy konsorcjalne są bardzo rozbudowane.

Odpowiedzialność konsorcjantów względem kontrahenta zewnętrznego z tytułu umowy może być łączna (*joint*), indywidualna (*several*) lub solidarna (*joint and several*) w zależności od treści stosunku umownego z kontrahentem. Pierwszy rodzaj odpowiedzialności jest typowy dla umów zawieranych z *joint venture*⁴⁰, zatem każdy uczestnik *joint venture* będzie odpowiadał za całość zobowiązania. Przy odpowiedzialności indywidualnej każdy konsorcjant odpowiadałby jedynie za swoją część. Odpowiedzialność solidarna w prawie brytyjskim przypomina polską instytucję solidarnej odpowiedzialności, zatem kontrahent mógłby żądać wykonania zobowiązania w całości lub w części od wszystkich konsorcjantów łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna. Takie rozwiązanie należałoby jednak wprost przewidzieć w umowie⁴¹.

Umowa konsorcjalna – przy odpowiednim rozmiarze działalności – może podlegać rygorom unijnego prawa konkurencji, jeśli mogłaby mieć bezpośredni lub pośredni istotny wpływ na obrót pomiędzy państwami członkowskimi UE. Analogicznie w pewnych okolicznościach konsorcjum podlega brytyjskiemu prawu konkurencji, w tym ustawie

37 *Ibidem*.

38 *Ibidem*.

39 E. Myrczek, *The art of drafting contracts – o podobieństwach i różnicach polskich umów i angielskich kontraktów*, „Edukacja Prawnicza” 2008, nr 2, s. 3.

40 Np. *Townsend v. Stone Toms & Partners* (1981), „Weekly Law Reports” 1981, t. 1, s. 1153–1160.

41 J. Bailey, *Construction Law*, Abingdon 2011, s. 1062–1063.

Competition Act z 1998 r.⁴², która zakazuje nadużywania pozycji dominującej i stosowania pewnych antykonkurencyjnych porozumień skutkujących wyeliminowaniem, ingerencją lub zakłócaniem konkurencji, w tym na rynku krajowym. Stąd strony przed wdrożeniem umowy konsorcjalnej powinny same ocenić, czy konsorcjum nie narusza unijnych i brytyjskich norm prawa konkurencji. W szczególności strony muszą ocenić, czy postanowienia zawarte w umowie konsorcjalnej nie mają charakteru antykonkurencyjnych klauzul ograniczających konkurencję, przy czym ocena ta zależy od charakteru klauzuli antykonkurencyjnej. Umowa między rzeczywistymi lub potencjalnymi konkurentami (przed utworzeniem konsorcjum) może być zakwalifikowana jako niedozwolone horyzontalne porozumienie o podziale rynku ograniczające konkurencję. Wykryte przez regulatora może zaś skutkować sankcjami. Niemniej – wyjątkowo – utworzenie konsorcjum byłoby dopuszczalne w celu złożenia oferty na skomplikowany projekt, gdy żadna ze stron nie ma odpowiednich zasobów, żeby zrealizować przedsięwzięcie samodzielnie. Z kolei tzw. wertykalne porozumienia (zawierane między podmiotami na różnych szczeblach obrotu) są dopuszczalne, jeśli udział we właściwym rynku każdej ze stron wynosi poniżej 30% i jeśli brak konkurencji między stronami będzie trwał nie dłużej niż 5 lat⁴³.

Spółka cywilna

W prawie brytyjskim nie istnieje podział na spółki prawa handlowego i spółki prawa cywilnego ze względu na brak formalnego rozróżnienia prawa prywatnego na prawo cywilne i handlowe. Za zbliżoną formę do spółki cywilnej można uznać spółkę zwykłą (*private partnership*) unormowaną w ustawie Partnership Act z 1890 r.⁴⁴ uzupełnionej ustawą Limited Partnerships Act z 1907 r.⁴⁵ Forma ta łączy w sobie elementy odpowiadające polskiej spółce cywilnej i jawnej i jest ustanawiana na podstawie umowy ustnej lub pisemnej zawartej pomiędzy co najmniej dwoma podmiotami chcącymi prowadzić wspólnie interes. Co istotne, interes ten nie musi mieć charakteru stałego i może polegać na podjęciu jednorazowego wspólnego przedsięwzięcia. Umową spółki zwykłej wspólnicy nie kreują osoby prawnej. Powstaje jednak zazwyczaj wyodrębniony niepodzielny majątek spółki, choć wspólnicy mogą z tego rozwiązania zrezygnować. Sama zaś spółka wyposażona zostaje w bierną i czynną legitymację procesową, a także podmiotowość na

42 Competition Act 1998, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/41/pdfs/ukpga_19980041_en.pdf [dostęp: 30.06.2016].

43 C. Newsholme, P. Groves, *op. cit.*

44 Partnership Act 1890, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1890/39/pdfs/ukpga_18900039_en.pdf [dostęp: 30.06.2016].

45 Limited Partnerships Act 1907, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1907/24/pdfs/ukpga_19070024_en.pdf [dostęp: 30.06.2016].

gruncie prawa pracy i prawa podatkowego. Za zobowiązania związane z działalnością spółki odpowiada spółka całym swoim majątkiem oraz solidarnie wspólnicy spółki⁴⁶.

Nie istnieje normatywna procedura wymagana dla utworzenia spółki zwykłej, wymaga się jedynie, aby strony umowy zamierzały prowadzić działalność wspólnie z nastawieniem na zysk. W związku z tym istnieje ryzyko uznania umowy konsorcjalnej za tzw. dorozumianą spółkę zwykłą (*de facto partnership*), jeśli powstały stosunek prawny spełnia wymogi ustawowe przewidziane dla takiej spółki. Skutkuje to przyjęciem przez strony umowy odpowiedzialności za działania pozostałych uczestników struktury, bowiem wspólnicy ponoszą solidarną i niegraniczoną odpowiedzialność za działania podejmowane w ramach spółki. Dlatego też strony zazwyczaj starają się zawrzeć w umowie konsorcjalnej wyraźne postanowienie, że umowa nie będzie interpretowana jako umowa spółki⁴⁷.

Ramy prawne zamówień publicznych

W Anglii, Walii i Irlandii Północnej istnieją obecnie trzy główne akty prawne dotyczące udzielania zamówień publicznych, przy czym oddzielne (choć podobne) uregulowania istnieją w Szkocji (w opracowaniu pominięte zostanie jednak prawo szkockie).

Pierwszym aktem są Przepisy w sprawie zamówień publicznych z 2015 r. (Public Contracts Regulations 2015⁴⁸) wdrażające unijne reguły zawarte w dyrektywie klasycznej z 2014 r., a więc reguły odnoszące się do zamówień na usługi, dostawy i roboty budowlane udzielanych przez zamawiających innych niż zamawiający sektorowi. Zostały one uchwalone przez brytyjski Parlament w dniu 5 lutego 2015 r. i weszły w życie 26 lutego 2015 r., zastępując Przepisy w sprawie zamówień publicznych z 2006 r. (Public Contracts Regulations 2006⁴⁹). Drugim aktem prawnym są uchwalone 17 marca 2016 r. Przepisy w sprawie zamówień sektorowych (Utilities Contracts Regulations 2016⁵⁰) wdrażające unijne reguły dotyczące zamówień na usługi, dostawy i roboty budowlane udzielanych przez zamawiających sektorowych. Zastąpiły one z dniem 18 kwietnia 2016 r. Przepisy w sprawie zamówień sektorowych z 2006 r. (Utilities Contracts Regulations 2006⁵¹). Trzeci akt to natomiast uchwalone 17 marca 2016 r. Przepisy w sprawie koncesji (Con-

46 I. Hasińska, *Charakter prawny spółki cywilnej na tle historycznym i prawoporównawczym* [praca doktorska], Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, 2013, s. 99–108.

47 C. Newsholme, P. Groves, *op. cit.*

48 Statutory Instrument 2015 No. 102. The Public Contracts Regulations 2015, http://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/102/pdfs/uksi_20150102_en.pdf [dostęp: 30.06.2016], dalej p.c.r.

49 Statutory Instrument 2006 No. 5. The Public Contracts Regulations 2006, http://www.legislation.gov.uk/uksi/2006/5/pdfs/uksi_20060005_en.pdf [dostęp: 30.06.2016].

50 Statutory Instrument 2016 No. 274. The Utilities Contracts Regulations 2016, http://www.legislation.gov.uk/uksi/2016/274/pdfs/uksi_20160274_en.pdf [dostęp: 30.06.2016].

51 Statutory Instrument 2006 No. 6. The Utilities Contracts Regulations 2006, http://www.legislation.gov.uk/uksi/2006/6/pdfs/uksi_20060006_en.pdf [dostęp: 30.06.2016].

cessions Contracts Regulations 2016⁵²), które weszły w życie 18 kwietnia 2016 r. i wdrażają dyrektywę koncesyjną. Wskazywane akty prawne są jednocześnie implementacją dyrektywy odwoławczej⁵³, przy czym zamówienia publiczne w Anglii i Walii objęte są kognicją High Court of Justice.

Prawodawca brytyjski stosuje technikę redakcyjną wdrażania dyrektyw unijnych polegającą na dosłownym przeniesieniu treści dyrektyw do treści przepisów krajowych tak dalece, jak to w danym przypadku jest możliwe. Stąd przy analizie przepisów krajowych celowe będzie przywoływanie podobnie sformułowanych przepisów dyrektywy klasycznej. Należy zauważyć, że mimo istotnej reformy systemu zamówień publicznych w Wielkiej Brytanii w 2015 i 2016 r. przepisy dotyczące grup wykonawców nie zmieniły się znacząco.

Regulacja udziału konsorcjum w postępowaniu zamówieniowym

Konsorcjum składające wspólną ofertę i wykonujące zamówienie publiczne bywa w literaturze określane jako *project joint venture*. Konsorcja takie zasadniczo można podzielić na dwa typy: konsorcja zintegrowane (*integrated joint ventures*) i niezintegrowane (*non-integrated joint ventures*). W pierwszym modelu konsorcjum stanowi centrum zysków, a konsorcjanci przyjmują solidarną odpowiedzialność wobec kontrahenta i partycypują w stosunku wewnętrznym w stratach i zobowiązaniach w uzgodnionej proporcji. Prace mogą być wykonywane centralnie na zasadzie *poolu* przez konsorcjantów lub poprzez zaangażowanych podwykonawców. W drugim modelu prace dzielone są na odrębne segmenty, które każdy konsorcjant wykonuje na własny koszt i odpowiada w stosunku wewnętrznym za wszelkie zobowiązania wynikające z tego segmentu. Konsorcjum nie stanowi wówczas centrum zysków⁵⁴. Rozwiązania te przypominają finansowe i zadaniowe modele rozliczeń konsorcjum występujące w Polsce.

S. Arrowsmith wskazuje, że stosunkowo często przy skomplikowanych zamówieniach udzielanych przez brytyjskie instytucje zamawiające wykonawcy (zwłaszcza prowadzący działalność w różnych dziedzinach) zrzeszają się i uczestniczą w konsorcjach. Podaje przykład zamówienia na wybudowanie i zarządzanie więzieniem, gdzie spółka z branży budowlanej może kooperować ze spółkami z branży zarządzania i branży ochroniarskiej w celu przedłożenia oferty⁵⁵. Powodem tworzenia konsorcjów przetargowych, podobnie jak w Polsce, bywa, po pierwsze, konieczność spełnienia wymagań określonych przez

52 Statutory Instrument 2016 No. 273 The Concession Contracts Regulations 2016, http://www.legislation.gov.uk/uksi/2016/273/pdfs/ukxi_20160273_en.pdf [dostęp: 30.06.2016].

53 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/66/WE z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, Dz.Urz. UE L nr 335, s. 31.

54 I. Hewitt, *Joint Ventures*, London 2001, s. 63.

55 S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK*, London 2014, s. 1321.

zamawiającego i przekraczających możliwości jednego wykonawcy, np. odnośnie do uzyskania gwarancji bankowych, zdolności do wykonania zamówienia (np. odpowiednio szeroka sieć punktów obsługowych), posiadania certyfikatów jakości czy odpowiedniej sytuacji finansowej. Po drugie, spółka będąca w stanie samodzielnie uczestniczyć w postępowaniu zamówieniowym może utworzyć grupę z innymi wykonawcami w celu wsparcia własnej oferty, np. wzmocnienia zasobów czy kompetencji i wiedzy w danej dziedzinie. Podmioty wspólnie uczestniczące w postępowaniu są traktowane jak jeden uczestnik. O ile dozwolone są konsorcja przetargowe zawiązywane w dobrej wierze, o tyle z umowy przetargowe mogące powodować zakłócenia na rynku są zabronione i mogą być podważane w trybie właściwych postępowań⁵⁶.

Podczas gdy w poprzednich przepisach z 2006 r. posługiwano się pojęciem „konsorcjum” posiadającym swoją definicję legalną, nowe przepisy używają terminu „grupa wykonawców”. W związku ze zmianą definicji „wykonawcy” uwzględniającej również grupy wykonawców, nie powtórzono odpowiednika art. 28 § 4 z 2006 r., zgodnie z którym jakiegokolwiek odniesienie do wykonawcy, dostawcy lub usługodawcy obejmowało odniesienie do każdego indywidualnego członka konsorcjum, oraz art. 28 § 1, który definiował konsorcjum jako dwa lub więcej podmiotów, z których przynajmniej jeden jest wykonawcą, działających wspólnie w celu zdobycia zamówienia publicznego⁵⁷.

Aktualnie w art. 19 § 3-6 p.c.r. wciąż przewiduje się, że grupy wykonawców⁵⁸, w tym tymczasowe stowarzyszenia, mogą uczestniczyć w postępowaniu zamówieniowym, a zamawiający nie może od nich wymagać przyjęcia określonej formy prawnej w celu złożenia oferty lub wniosku o udział w postępowaniu. Przepis art. 19 ust. 2 dyrektywy klasycznej stanowi, że instytucje zamawiające nie mogą wymagać, aby grupy wykonawców przybierały określoną formę prawną podczas składania oferty lub wysuwania swojej kandydatury. Oznacza to, że zamawiającym wyraźnie zabroniono odrzucania oferty na tej podstawie, że została ona przedłożona przez konsorcjum złożone z więcej niż jednego podmiotu prawnego zamiast pojedynczego podmiotu. Przepis ten wdrożono w Wielkiej Brytanii w art. 19 § 3 p.c.r. (poprzednio art. 28 § 2). Jest to przypuszczalnie potwierdzenie jednego z aspektów bardziej ogólnej zasady wywodzonej z orzecznictwa TFUE, która zakazuje ograniczeń dotyczących uczestniczenia w rynkach, bazujących na formie prawnej lub składzie wykonawców, gdy te ograniczenia są nieuzasadnione⁵⁹.

Z drugiej strony, żeby zabezpieczyć interesy instytucji zamawiającej w zapewnieniu prostego systemu odpowiedzialności i egzekwowania prawnych zobowiązań, wprost za-

56 G.L. Albano, G. Spagnolo, M. Zanza, *Regulating Joint Bidding in Public Procurement*, „Journal of Competition Law and Economics” 2009, t. 5, nr 2, s. 339.

57 S. Arrowsmith, *op.cit.*, s. 1320.

58 Odwołanie do grup jest odniesieniem do jakichkolwiek grup wykonawców, które składają oferty lub wysuwają swoje kandydatury wspólnie, nie tylko w formie konsorcjum, ale również z zastosowaniem innych modeli kooperacji.

59 S. Arrowsmith, *op.cit.*, s. 1321.

strzeżono w art. 19 ust. 3 dyrektywy klasycznej i w art. 19 § 6 p.c.r. (poprzednio art. 28 § 3), że zamawiający może wymagać, aby konsorcjum utworzyło określony podmiot prawny, zanim dojdzie do zawarcia umowy o zamówienie publiczne, w zakresie, w jakim taka zmiana jest niezbędna do zadowalającej realizacji zamówienia. Komentowany przepis stanowi, iż instytucje zamawiające mogą wymagać od grup wykonawców, aby przyjęły określoną formę prawną w momencie udzielenia zamówienia, w zakresie, w jakim taka zmiana jest konieczna dla zadowalającego wykonania zamówienia. Stąd podczas fazy wykonywania zamówienia zamawiający miałby możliwość utrzymywania stosunków z jednym tylko podmiotem, a nie z grupą wykonawców⁶⁰.

Reguły zakazujące żądania od grupy wykonawców uczestniczących wspólnie przyjęcia określonej formy prawnej w momencie składania oferty lub wniosku o udział w postępowaniu, ale pozwalające żądać utworzenia podmiotu prawnego dla wykonania zamówienia, gdy jest to konieczne, zostały zawarte odpowiednio w art. 19 ust. 2 i 3 nowej dyrektywy klasycznej. Pierwszy z tych przepisów precyzuje ponadto rozwiązanie (które zdaje się być dopuszczalne również pod rządami dyrektywy 2004/18/WE⁶¹), iż w razie potrzeby i pod warunkiem, że jest to obiektywnie uzasadnione i proporcjonalne, instytucje zamawiające mogą sprecyzować sposób, w jaki grupy wykonawców mają spełnić wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej lub zdolności technicznej i zawodowej. Przepis precyzuje, że powinno to zostać dokonane w dokumentach zamówienia. Art. 19 ust. 2 dyrektywy klasycznej stanowi również, że warunki realizacji zamówienia przez takie grupy wykonawców, odmienne od warunków nakładanych na pojedynczych uczestników, muszą być obiektywnie uzasadnione i proporcjonalne. I znowu, przepis ten zasadniczo wprost wyraża stanowisko przyjmowane już pod rządami dyrektywy 2004/18/WE⁶². Rozwiązanie to wdrożono w art. 19 § 4 p.c.r., który stanowi, że gdy jest to konieczne, instytucja zamawiająca może sprecyzować w dokumentacji zamówieniowej, w jaki sposób grupy wykonawców mają spełnić wymogi odnoszące się do kondycji ekonomicznej i finansowej, zdolności technicznych i zawodowych, pod warunkiem że jest to obiektywnie uzasadnione i proporcjonalne.

Brytyjskie przepisy (podobnie jak dyrektywa klasyczna) nie zawierają wyraźnych reguł co do ewentualnego obowiązku albo uprawnienia po stronie zamawiającego odnośnie do wykluczenia konsorcjum w razie zmiany podmiotowej. Przewidziano jednak w nowym art. 72 § 1 lit. (d) p.c.r. możliwość zmiany podmiotowej w dwóch sytuacjach: 1) kiedy zamieszczono jednoznaczny klauzulę przeglądową w umowie o zamówienie (a wcześniej w dokumentach zamówienia) bądź 2) w razie sukcesji uniwersalnej lub częściowej nowe-

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE z 31.03.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

Dz.Urz. UE L nr 134, s. 114, dalej dyrektywa 2004/18/WE.

⁶² S. Arrowsmith, *op.cit.*, s. 1322.

go wykonawcy w miejsce pierwotnego, będącej wynikiem restrukturyzacji (np. przejęcia, fuzji, niewypłacalności), o ile nowy wykonawca spełnia podmiotowe kryteria udziału i nie pociąga to za sobą istotnych modyfikacji umownych mających na celu obejście przepisów w sprawie zamówień. Reguły te będą mieć zapewne zastosowanie również do zmian podmiotowych w konsorcjum. Już wcześniej zasadniczo przyjmowano, że zmiana podmiotowa mogła być podstawą dyskwalifikacji konsorcjum tylko wtedy, gdy była istotna, tj. gdy mogła mieć wpływ na decyzję zamawiającego, np. co do spełnienia warunków podmiotowych. Powoływano się na zasadę uczciwej konkurencji oraz konieczność zapobiegania nadużywaniu swobodnego uznania przez zamawiających⁶³.

Jeśli jeden z konsorcjantów zostanie skazany za przestępstwa określone w art. 57 § 1 p.c.r. (np. za korupcję), należy ustalić, czy wpływa to na zdolność pozostałych konsorcjantów do ubiegania się o udzielenie zamówienia. Brytyjskie przepisy milczą w tej kwestii, ale przyjmuje się, że pozostali konsorcjanci nie mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia tylko wtedy, gdy opierali się na zasobach, zdolnościach lub wiedzy skazanego czy też wykluczonego partnera. Jednakże konsorcjanci wciąż będą mogli ubiegać się o zamówienie, jeśli znajdą partnera, który zastąpi tego wykluczonego⁶⁴.

Nie jest jasne, czy w systemie brytyjskim możliwe jest uczestniczenie w więcej niż jednym konsorcjum, przy czym z jednej strony wskazuje się na niedopuszczalność takiej praktyki ze względu na zakłócenia konkurencji i ryzyko ujawnienia informacji o ofercie, z drugiej zaś dopuszcza się pewne wyjątki, zwłaszcza w kontekście stosowania przepisów o minimalnej liczbie oferentów⁶⁵.

Zgodnie z art. 63 § 6 p.c.r. (poprzednio art. 24 § 4) grupa wykonawców może polegać na zdolnościach uczestników grupy lub innych podmiotów. Zatem przy ocenie kwalifikacji wykonawców starających się o uczestnictwo jako konsorcjum zamawiający musi ocenić kwalifikacje konsorcjum jako całości w zakresie, w jakim zasoby są dostępne dla konsorcjum w przypadku konkretnego zamówienia⁶⁶. Przepis odsyła do norm uprawniających pojedynczego wykonawcę do polegania na zasobach innych podmiotów dla wykazania swoich zdolności. W tym zakresie art. 63 ust. 1 dyrektywy klasycznej stanowi, że wykonawca może – w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia – polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji

63 *Ibidem*, s. 1323.

64 S. Williams-Elegbe, *op. cit.*, s. 201–202.

65 S. Arrowsmith, *op. cit.*, s. 1323.

66 Przykładowo, przy ocenie, czy istnieje odpowiednia zdolność techniczna dostępna dla wykonawców zamówienia, zamawiający musi wziąć pod uwagę wszystkie zasoby techniczne rzeczywiście bezpośrednio dostępne konsorcjum jako całości i nie może wymagać, żeby każdy członek grupy posiadał odpowiednią zdolność indywidualnie.

zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów⁶⁷. Zasadniczo wykonawca może opierać się na jakichkolwiek środkach dowodowych, które są odpowiednie do wykazania, że rzeczywiście posiada on wymagane zasoby do swojej dyspozycji – zasadę tą wyrażono literalnie w art. 60 ust. 1 dyrektywy klasycznej z 2014 r. (pośrednio w art. 47 ust. 2 dyrektywy klasycznej z 2004 r.) i w art. 63 § 3 p.c.r.⁶⁸

S. Arrowsmith zauważa, że wprowadzone regulacje uwzględniają i w zasadzie potwierdzają pewne zasady wynikające z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, które są przydatne przy interpretacji tych przepisów. Przywołuje przy tym sprawę C-389/92, Ballast Nedam⁶⁹; C-5/97, Ballast Nedam⁷⁰; C-176/98, Holst Italia⁷¹; C-218/11, Édukóvízig i Hochtief Construction⁷². W tym miejscu należy ograniczyć się jedynie do przywołania brytyjskiej sprawy Harmon⁷³, w której sąd wskazał, że wykonawca był uprawniony do polegania na zasobach innych podmiotów w grupie, przy założeniu, że każda ze spółek w grupie mogłyby zostać podstawiona jako główny wykonawca przed zawarciem umowy o zamówienie publiczne⁷⁴.

Analizowane przepisy dyrektywy (art. 63 ust. 1–2) i prawa brytyjskiego (art. 63 § 1 i 6 p.c.r.) dotyczą sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz możliwości technicznych i zawodowych. Poprzednio zarówno na poziomie unijnym, jak i krajowym kategorie te były umieszczone w odrębnych jednostkach redakcyjnych. Przepisy krajowe stanowią najpierw o ogólnej regule dopuszczającej poleganie na innych podmiotach, a następnie odnoszą się do warunku wymagania dowodu, że odpowiednie zasoby będą dla wykonawcy dostępne. Reguły dotyczące zdolności technicznych i zawodowych są więc takie same jak te stosowane w przypadku sytuacji ekonomicznej i finansowej. Inne są jednak reguły powoływania się na kwalifikacje zawodowe, wykształcenie i doświadczenie zawodowe

67 Przykładowo, spółka-córka polega na zasobach finansowych jej spółki-matki, gdy są one dostępne dla spółki-córki. Musi jednak przedstawić stosowne oświadczenie spółki-matki.

68 S. Arrowsmith, *op.cit.*, s. 1196 i 1323.

69 Wyrok TS z dnia 14 kwietnia 1994 r. w sprawie C-389/92, Ballast Nedam Groep, ECR 1994, s. I-1289.

70 Wyrok TS z dnia 18 grudnia 1997 r. w sprawie C-5/97, Ballast Nedam Groep v. Belgia, ECR 1997, s. I-07549.

71 Wyrok TS z dnia 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98, Holst Italia SpA v. Comune di Cagliari, ECR 1999, s. I-1289.

72 Wyrok TS z dnia 18 października 2012 r. w sprawie C-218/11, Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukóvízig), Hochtief Construction AG Magyarország Fióktelepe v. Közbeszerzés Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság, ECLI EU C 2012, 643.

73 Harmon CFEM Facades (UK) Ltd v. The Corporate Officer of the House of Commons (2000) 2 L.G.L.R. 372.

74 S. Arrowsmith, *op.cit.*, s. 1197. Prawdopodobnie nie chodziło o to, że grupa może jednostronnie nominować kogokolwiek z jej członków jako głównego wykonawcę. Rozstrzygnięcie z Harmon wydaje się raczej bazować na tym, że zamawiający wcześniej w procedurze zaakceptował podstawienie przez grupę jako głównego wykonawcę innego członka grupy.

(art. 63 § 2 p.c.r.). Choć nie jest konieczne, żeby każda spółka w konsorcjum spełniała warunki co do kwalifikacji zawodowych i wykształcenia, niezbędne jest przedstawienie takiego wymogu podmiotowi wykonującemu w ramach projektu prace, do których potrzebne są kwalifikacje, co pozwoli je przypisać konsorcjum jako całości. Takie podejście prezentował przedtem TSUE, np. w sprawie C-399/05, Komisja v. Republika Grecji⁷⁵. W dyrektywie klasycznej to podejście zostało wyraźnie potwierdzone w art. 63 ust. 1, który stanowi, że „w odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych, określonych w załączniku XII część II lit. f), lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne” (podobnie w art. 63 § 2 p.c.r.)⁷⁶.

Wprowadzono również nowy art. 63 § 6 p.c.r., zgodnie z którym w przypadku zamówień na roboty budowlane, usługi lub dostawy obejmującej prace dotyczące rozmieszczenia lub instalacji zamawiający może wymagać, aby pewne kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio – gdy oferta jest składana przez grupę wykonawców – przez uczestnika tej grupy wykonawców, co jest implementacją art. 62 ust. 2 dyrektywy klasycznej. Należy także zwrócić uwagę na nowy art. 63 § 5 p.c.r., w myśl którego zamawiający może – w przypadku wykonawcy polegającego na zdolnościach innych podmiotów (a więc także konsorcjum polegającego na potencjale konsorcjantów) w celu spełnienia kryteriów odnoszących się do sytuacji ekonomicznej i finansowej – wymagać od tego wykonawcy i podmiotów przyjęcia solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zamówienia, co może być odpowiedzią na sugestię wynikającą z motywu piętnastego preambuły do dyrektywy klasycznej.

Co do wnoszenia odwołania na decyzję zamawiającego, brak jest w prawie brytyjskim przepisów wymagających od członków konsorcjum wprost wspólnego działania. W poprzednim stanie prawnym obowiązywał art. 28 § 4 stanowiący, że pojęcie „wykonawca” obejmuje każdego członka konsorcjum. Uznawano zatem, że każdy członek może co do zasady wносить samodzielnie jakiegokolwiek skargi regulowane tym aktem prawnym. W związku z brakiem odpowiednika tego przepisu w nowej regulacji możliwość samodzielnego wnoszenia odwołania pozostaje niejasna, niemniej, jak wynika z wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawach C-145/08 i C-149/08, Club Hotel Loutraki A.E.⁷⁷, dyrektywa odwoławcza wymaga dopuszczenia poszczególnych członków konsorcjum do wnoszenia roszczeń odszkodowawczych.

⁷⁵ Wyrok TS z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-399/05, Komisja v. Republika Grecji, ECR 2007, s. I-00101.

⁷⁶ S. Arrowsmith, *op. cit.*, s. 1215.

⁷⁷ Wyrok TS z dnia 6 maja 2010 r. w sprawach połączonych C-145/08 i C-149/08, Club Hotel Loutraki A.E., Athinaiki Techniki A.E. i Evangelos Marinakis v. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias, ECR 2010, s. I-04165.

Konsorcjum we francuskim prawie zamówień publicznych

Konsorcjum w ogólności

We Francji instytucja konsorcjum, uznawana za podrodzaj *joint venture*, ma istotne znaczenie teoretyczne i praktyczne. Francuski system prawny nie przewiduje definicji i nie posługuje się w sposób jednoznaczny pojęciem *joint venture* albo konsorcjum (*groupements momentanés d'entreprises*). *Joint venture* to raczej pojęcie ekonomiczne stosowane do pewnego typu kooperacji cechującej się wspólnym celem i korzyściami, nie zaś pojęcie prawne⁷⁸.

Podobnie jak w systemie polskim i brytyjskim, francuskie konsorcjum to umowa kooperacyjna, której charakter jest czysto zobowiązaniowy i która nie pociąga za sobą utworzenia podmiotu trzeciego. Konsorcjum nie ma osobowości prawnej ani zdolności sądowej. Umowa jest zawierana między dwiema lub większą liczbą osób fizycznych bądź prawnych, które zobowiązują się do wykonania pewnych prac w celu zrealizowania wspólnego projektu. W praktyce kluczowe elementy konsorcjum to: 1) wspólny cel wielu podmiotów, 2) realizacja konkretnych i określonych prac, 3) współpraca każdej strony polegająca na wykonaniu części prac⁷⁹.

Umowa konsorcjalna nie jest wprost uregulowana przez francuskiego ustawodawcę, jest jednak dopuszczalna w świetle zasady swobody umów (wyinterpretowanej z art. 6 i art. 1134 francuskiego Kodeksu cywilnego⁸⁰) i z tego powodu jej konstrukcja jest kształtowana w oparciu o stosowanie ogólnych zasad prawa kontraktów (przede wszystkim art. 1101 francuskiego Kodeksu cywilnego, na podstawie którego „kontraktem jest umowa, przez którą jedna lub kilka osób zobowiązują się względem jednej, lub kilku innych osób, do dania, czynienia, lub nieczynienia jakiejś rzeczy”). Konstrukcja umowy konsorcjalnej jest ponadto kształtowana przez judykaturę i doktrynę. Jedną z zasad dotyczących tego rodzaju kontraktu jest równość między stronami. Oznacza to, że umowa konsorcjum nie powinna być stosowana i może zostać podważona przez sąd w przypadku utworzenia konsorcjum przez podmiot, który kieruje lub w istotnym stopniu sprawuje kontrolę nad pozostałymi konsorcjantami. Tak będzie w sytuacji, gdy partnerzy nie są autonomiczni, w dodatku świadczenia, do których są zobowiązani, nie są równe, a najważniejsze uprawnienia zostały powierzone jednemu członkowi lub jedynie kilku członkom konsorcjum z wyłączeniem pozostałych⁸¹.

⁷⁸ I. Hewitt, *op.cit.*, s. 403.

⁷⁹ D.M. Parrilli, *Barriers and Enablers for SME Extended and Dynamic Clustering, Legal Barriers and Enablers*, Brussels 2008, s. 16–17.

⁸⁰ Code civil, wersja skonsolidowana z 17 października 2015 r., www.legifrance.gouv.fr [dostęp: 30.06.2016].

⁸¹ D.M. Parrilli, *op. cit.*, s. 17.

Wskazuje się też, że umowa konsorcjalna musi uwzględniać wszelkie ogólne reguły prawa kontraktów, np. zasadę ochrony porządku publicznego, reguły odnoszące się do zdolności do czynności prawnych partnerów, reguły dotyczące ważności wyrażenia zgody na zobowiązanie. Umowa konsorcjalna, w przeciwieństwie do umowy spółki handlowej, nie musi być sporządzona w języku francuskim. Jedyne w przypadku sporu przed francuskim sądem wymagane będzie tłumaczenie umowy przygotowane przez tłumacza przysięgłego. Nie wymaga się również sporządzenia umowy przed notariuszem ani jakiegokolwiek rejestracji. Strony mogą poddać umowę prawu francuskiemu lub jakiegokolwiek prawu obcemu, chyba że jedynym celem takiego działania jest uniknięcie stosowania francuskich norm bezwzględnie wiążących. Strony mogą również zamieścić w umowie klauzulę prorogacyjną, jednak egzekucja wyroków sądów spoza UE wymaga uznania przez francuski sąd (*exequatur*)⁸².

Jeśli chodzi o podmioty mogące być stronami umowy, to nie ma wątpliwości, że mogą nimi być zarówno osoby fizyczne, jak i osoby prawne. Jeśli w danym przypadku jednym z kluczowych elementów kontraktu jest *intuitus personae* (co oznacza, że cechy właściwe dla każdego z członków są istotnym powodem, dla którego inni członkowie zawierają umowę), to możliwe jest również rozciągnięcie tej koncepcji na osoby prawne i używanie wyrażenia *intuitus firmae* lub *intuitus societatis* i wyłączenie lub ograniczenie możliwości zmian podmiotowych. W każdym razie nie ma ograniczeń co do liczby konsorcjantów, byle były to przynajmniej dwie osoby. Członkowie konsorcjum mogą skutecznie uzgodnić między sobą w umowie, że jeden z nich uczestniczy w przedsięwzięciu bez ponoszenia jakiegokolwiek ryzyka, straty czy wynagrodzenia, np. gdy uczestniczy w konsorcjum jedynie jako podmiot zarządzający (lider). Nie ma również ograniczeń co do przynależności państwowej konsorcjantów⁸³.

Z prawnego punktu widzenia cel umowy może być dowolny, byle był zgodny z prawem. W praktyce wrażliwą kwestią, która może wpływać na zastosowanie tego rodzaju umowy do kooperacji między MŚP, jest przedmiot współpracy. Francuskie konsorcjum wydaje się właściwą formą współpracy, jeśli cel kooperacji jest konkretnie określony i składa się z realizacji poszczególnych prac czy świadczeń. Innymi słowy, jeśli grupa MŚP chciałaby dzielić zasoby grupy w celu współpracy w szerszy sposób (np. wspólna produkcja, marketing, badania i rozwój), francuskie konsorcjum prawdopodobnie nie jest najwłaściwszą umową dla ich potrzeb. Nadaje się ono bowiem do dostatecznie sprecyzowanych, zwykle pojedynczych projektów⁸⁴.

82 F. Gonter, A. Veil, *Joint ventures in France: overview*, "Practical Law" 2015.

83 *Ibidem*.

84 D.M. Parrilli, *op. cit.*, s. 17. Autor podaje przykład grupy MŚP chcącej uczestniczyć w prywatnym przetargu na wybudowanie nowej siedziby dla kontrahenta zewnętrznego (inwestora). Podmioty te muszą podzielić się zasobami, żeby wygrać przetarg i pomyślnie ukończyć pracę. Zawierają więc umowę konsorcjalną, która określa ich wzajemne zobowiązania. Każdy z nich będzie uczestniczył w projekcie ze swymi umiejętnościami i kompetencjami, i wnieś wkład

Biorąc zaś pod uwagę długotrwałość współpracy, choć przedmiot umowy konsorcjalnej jest potencjalnie nieograniczony, to umowa zawsze będzie ograniczona w czasie – okres jej trwania nie może być dłuższy niż czas osiągnięcia wspólnego celu. Strony chcące założyć konsorcjum podlegające prawu francuskiemu powinny być tego świadome i muszą rozważyć zdecydować, do jakiego stopnia i jak długo chcą współpracować. Innymi słowy, muszą sprawdzić, czy chcą ograniczyć swoje wysiłki do jednego określonego projektu, czy też stworzyć bardziej stabilne relacje⁸⁵.

Należy zauważyć, że francuskie prawo zabrania kreowania zobowiązań wieczystych. Stąd strony umowy zawartej na czas nieoznaczony mogą wypowiedzieć ją w każdym momencie (z ewentualnym okresem wypowiedzenia, jeśli taki ustalono). W praktyce umowa konsorcjalna zazwyczaj reguluje przypadki skutkujące jej automatycznym wygaśnięciem, choć kwestia ważności klauzul skutkujących rozwiązaniem umowy jest wciąż kontrowersyjna w systemie francuskim. Oczywiście nie jest wymagana żadna zgoda na wygaśnięcie stosunku konsorcjalnego ze strony organu publicznego⁸⁶.

Zgrupowanie interesów gospodarczych

We francuskim porządku prawnym od konsorcjum należy odróżnić zgrupowanie interesów gospodarczych (*groupement d'intérêt économique*, GIE), które pojawiło się we francuskim Ordonnance nr 61-821 z 23 września 1967 r.⁸⁷ Zgrupowanie interesów gospodarczych może być alternatywą dla umowy konsorcjum, ze względu na podobne cechy, takie jak elastyczność struktury (w tym dobrowolność stworzenia kapitału założycielskiego, swoboda określenia reguł podejmowania decyzji) i korzyści wynikające z transparentności podatkowej. Bywają one wykorzystywane do dzielenia kosztów w grupie⁸⁸.

Institucja ta obecnie regulowana jest we francuskim Kodeksie handlowym z 2001 r.⁸⁹ Zgodnie z art. 1 Ordonnance i aktualnego art. L251-1 Kodeksu handlowego „dwie lub więcej osób prawnych lub fizycznych może utworzyć zgrupowanie interesów gospodarczych na czas określony. Celem zgrupowania jest ułatwienie lub rozwinięcie działalności gospodarczej ich członków, poprawa lub podwyższenie wyników ich działalności; nie jest nim zaś realizacja korzyści dla samej siebie. Jej działalność musi być związana z działalnością gospodarczą jej członków i może mieć wobec niej jedynie pomocniczy charakter”. W literaturze wskazuje się, że zgrupowanie interesów gospodarczych jest

dla osiągnięcia wspólnego celu. Kiedy cel zostanie osiągnięty, konsorcjum nie będzie miało więcej powodów do istnienia, w konsekwencji umowa wygaśnie, a konsorcjum przestanie istnieć.

⁸⁵ *Ibidem*, s. 18.

⁸⁶ F. Gonter, A. Veil, *op. cit.*

⁸⁷ Ordonnance nr 67-821 z 23 września 1967 r. o zgrupowaniu interesów ekonomicznych, <http://www.legifrance.gouv.fr> [dostęp: 30.06.2016].

⁸⁸ I. Hewitt, *op. cit.*, s. 406; F. Gonter, A. Veil, *op. cit.*

⁸⁹ Code de commerce, wersja skonsolidowana z 1 kwietnia 2016 r., www.legifrance.gouv.fr [dostęp: 30.06.2016].

formą pośrednią między spółką osobową wraz z ochronnymi przepisami prawa spółek (np. francuskiej ustawy o spółkach handlowych z 24 lipca 1966 r.⁹⁰) a umową nienazwaną, wykreowaną w oparciu o swobodę umów, zważywszy, że elastyczność przyjętego stosunku prawnego pozostaje – w danym przypadku – dla uczestników wciąż istotną wartością. Sukces tej formy prawnej zachęcił Komisję do użycia jej jako podstawy do stworzenia rozporządzenia o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych⁹¹, przy czym sukcesu i popularności francuskiej formy prawnej nie udało się powtórzyć na poziomie europejskim. Patrząc z innej perspektywy, można powiedzieć, że zgrupowanie interesów gospodarczych jest hybrydowym podmiotem łączącym cechy stowarzyszenia, tj. *association* (regulowanego przez francuską ustawę z 1 lipca 1901 r.⁹²) i spółki osobowej⁹³.

Jeśli chodzi o kształt prawny tej instytucji, to zgrupowanie ma osobowość prawną. Członkowie zgrupowania odpowiadają solidarnie i osobiście za jego długi w sposób nieograniczony. Do założenia GIE GIE nie jest obowiązkowy kapitał założycielski mogący pełnić rolę gwarancji zaspokojenia potencjalnych wierzycieli zgrupowania w przypadku niewypłacalności członków. Aby zapobiec nieuczciwym praktykom transferu długów, wprowadzono zakaz przepisywania na GIE długów jego członków. Zarządzający zgrupowaniem dysponuje pełną możliwością reprezentacji i dokonywania czynności prawnych na rachunek zgrupowania, co sprzyja szybkości i elastyczności działań. GIE ulega automatycznemu rozwiązaniu, gdy przestaje mieć więcej niż jednego członka⁹⁴.

Spółka cywilna

Od konsorcjum należy odróżnić dwa rodzaje spółek objętych regulacją francuskiego prawa cywilnego: spółkę cywilną (*société civile*), uregulowaną w art. 1832-1870 francuskiego Kodeksu cywilnego, i spółkę udziałową (*société en participation*), uregulowaną w art. 1871-1873. Od konsorcjum oddzielić powinno się także konstrukcję szczególnego rodzaju, którą jest „spółka wynikająca z okoliczności faktycznych” (*société de fait*). Francuska spółka cywilna musi posiadać statut podlegający rejestracji w rejestrze handlowym i spółek (*Régistre du commerce et des sociétés*). Spółka udziałowa nie jest rejestrowana i jest nazywana spółką cichą (*société en participation*), nie posiada osobowości prawnej. Natomiast

90 Loi nr 66-537 z 24 lipca 1966 r. o spółkach handlowych, www.legifrance.gouv.fr [dostęp: 30.06.2016].

91 Rozporządzenie Rady (EWG) nr 2137/85 z dnia 25 lipca 1985 r. w sprawie europejskiego ugrupowania interesów gospodarczych (EUIG) z dnia 25 lipca 1985 r. (Dz.Urz. UE L nr 199, s. 1).

92 Loi z 1 lipca 1901 r. odnoszące się do umowy stowarzyszenia, wersja skonsolidowana z 12 marca 2015 r., www.legifrance.gouv.fr [dostęp: 30.06.2016].

93 D.M. Parrilli, *op. cit.*, s. 24.

94 M. Sokołowski, *Europejskie Zgrupowanie Interesów Gospodarczych w prawie polskim*, Warszawa 2012, s. 1-3.

co do spółki faktycznie utworzonej, to stosuje się wobec niej przepisy rozdziału Kodeksu cywilnego o spółkach⁹⁵.

Istnieje ryzyko, że konkretna umowa konsorcjalna zostanie zakwalifikowana jako umowa spółki wynikająca z okoliczności faktycznych. Francuskie sądy uważają, że obecność wkładów i podziału zysków lub strat jest dowodem na istnienie spółki. Sąd może się oprzeć nie tylko na treści umowy, ale również na późniejszym postępowaniu stron umowy konsorcjalnej. W takim przypadku do konsorcjum znajdą zastosowanie reguły odnoszące się do spółki cywilnej, a ponadto mogą wystąpić istotne konsekwencje podatkowe⁹⁶.

Podwykonawstwo

Należy również zwrócić uwagę na odmienność instytucji podwykonawstwa od konsorcjum, zwłaszcza na gruncie prawa zamówień publicznych, gdzie różnice mogą ulec pewnemu zatarciu (w szczególności przy konsorcjum reprezentowanym na zewnątrz jedynie przez lidera). Jako zasadniczą różnicę podaje się odmienność w określeniu stron umowy zamówieniowej (umowy z inwestorem). Francuski Kodeks zamówień publicznych nie zawiera definicji podwykonawstwa. Definicja podwykonawstwa (*sous-traitance*) znajduje się natomiast w ustawie dotyczącej podwykonawstwa z 31 grudnia 1975 r.⁹⁷ Zgodnie z jej art. 1 podwykonawstwo jest stosunkiem, przez który przedsiębiorca (wykonawca) powierza na swoją odpowiedzialność innej osobie, zwanej podwykonawcą, wykonanie całości lub części umowy lub części umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej z zamawiającym. Powierzenie podwykonawcy wykonania zamówienia publicznego jest możliwe jedynie w części, niemożliwe zaś w całości. Jak stanowi art. 112 francuskiego Kodeksu zamówień publicznych⁹⁸, wykonawca w zamówieniach publicznych dotyczących robót budowlanych (*marché public de travaux*), usług (*marché public de services*) lub przemysłu (*marché industriel*) mógł podzleczyć wykonanie pewnych części zamówienia pod warunkiem otrzymania od zamawiającego zgody na każdego podwykonawcę oraz na jego warunki zapłaty⁹⁹. Obecnie przepisy dotyczące podwykonawstwa znajdują się w art. 62 Ordonnance nr 2015-899 i w art. 133–137 dekretu 2016-360, o których będzie mowa dalej.

95 I. Hasińska, *op. cit.*, s. 46–49.

96 F. Gonter, A. Veil, *op. cit.*

97 Loi nr 75-1334 z 31 grudnia 1975 r. odnoszące się do podwykonawstwa, wersja skonsolidowana z 10 sierpnia 2010 r., www.legifrance.gouv.fr [dostęp: 30.06.2016].

98 Code des marchés publics (édition 2006), wersja skonsolidowana z 1 października 2015 r., www.legifrance.gouv.fr [dostęp: 30.06.2016], dalej k.z.

99 E. Figura-Góralczyk, *Z problematyki podwykonawstwa w zamówieniach publicznych na tle prawnoporównawczym*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 1, s. 23.

Regulacja udziału konsorcjum w postępowaniu zamówieniowym

Z dniem 1 kwietnia 2016 r. weszły w życie akty prawne wdrażające nową dyrektywę klasyczną i sektorową i zastępujące dotychczasowe regulacje, mianowicie Ordonnance nr 2015-899 z 23 lipca 2015 r. w sprawie zamówień publicznych¹⁰⁰ i akty wykonawcze w postaci Décret nr 2016-360 z 25 marca 2016 r. w sprawie zamówień publicznych¹⁰¹ i Décret nr 2016-361 z 25 marca 2016 r. w sprawie zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa¹⁰². Jednocześnie z dniem 1 kwietnia 2016 r. weszły w życie Ordonnance Nr 2016-62 z 29 stycznia 2016 r. w sprawie umowy koncesyjnej¹⁰³ i wykonawczy Décret Nr 2016-86 z 1 lutego 2016 r. w sprawie umowy koncesyjnej¹⁰⁴ wdrażające dyrektywę koncesyjną. Przed implementacją dyrektyw francuskie zamówienia publiczne były regulowane przez wiele różnych aktów, z których podstawowym był Kodeks zamówień publicznych z 2006 r. Umowy koncesyjne i umowy partnerstwa publiczno-prywatnego były regulowane odrębnymi przepisami.

We francuskiej literaturze podkreśla się rolę konsorcjów i innego rodzaju tymczasowych zgrupowań w kontekście wspierania dostępu MŚP do rynku zamówień publicznych. Alternatywne sposoby to podział zamówienia na części i dopuszczenie instytucji podwykonawstwa. Konsorcjalna forma współpracy jest najbardziej odpowiednia dla małych przedsiębiorstw niemających zdolności do realizacji całego zamówienia, a mogących zsumować np. swoje zasoby ludzkie i materialne z innymi podobnymi podmiotami. Nie zawsze bowiem możliwa jest formuła podziału zamówienia na odrębne mniejsze części, jak np. przy zamówieniach centralnych (globalnych), dla których wymaga się technicznej spójności, czy też podział byłby nieuzasadniony finansowo. Francuskie sądy administracyjne potwierdzały, że możliwe jest stworzenie konsorcjum składającego się z przedsiębiorców o różnych kwalifikacjach. Poprzez umożliwienie udziału w postępowaniu zamówieniowym grupom wykonawców realizowana jest zasada swobodnego dostępu do zamówień publicznych¹⁰⁵.

Reguły odnoszące się do grup wykonawców zostały włączone do art. 45 dekretu 2016-360. Zasadniczo są one potwórzaniem treści dotychczasowych przepisów o grupach wykonawców zawartych w art. 51 uchylonego Kodeksu zamówień, choć redakcja przepisów

100 Ordonnance nr 2015-899 z 23 lipca 2015 r. w sprawie zamówień publicznych, www.legifrance.gouv.fr [dostęp: 30.06.2016], dalej ordynans 2015-899.

101 Décret nr 2016-360 z 25 marca 2016 r. w sprawie zamówień publicznych, www.legifrance.gouv.fr [dostęp: 30.06.2016], dalej dekret 2016-360.

102 Décret nr 2016-361 z 25 marca 2016 r. w sprawie zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, [ww.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) [dostęp: 30.06.2016], dalej dekret 2016-361.

103 Ordonnance nr 2016-62 z 29 stycznia 2016 r. w sprawie umowy koncesyjnej, www.legifrance.gouv.fr [dostęp: 30.06.2016].

104 Décret nr 2016-86 z 1 lutego 2016 r. w sprawie umowy koncesyjnej, www.legifrance.gouv.fr [dostęp: 30.06.2016].

105 *Code des Marchés Publics*, red. F. Llorens, P. Soler-Couteaux, Paris 2015, s. 833–864.

uległa pewnej modyfikacji. Z kolei art. 44 (poprzednio art. 52 k.z.) wspomina o ocenie zdolności grupy wykonawców.

Odpowiednikami art. 44 i 45 dekretu 2016-360 są w obszarze zamówień w dziedzinie obronności art. 36 i 38 dekretu 2016-361. W toku każdego postępowania zamówieniowego regulowanego przez Kodeks zamówień konieczne jest przestrzeganie zasady swobodnego dostępu do zamówień publicznych, równego traktowania wykonawców i transparentności procedur. Kodeks nie posługuje się wprost pojęciem konsorcjum, ale pojęciem grupy. Przez to pojęcie należy rozumieć zarówno grupy mogące mieć osobowość prawną (np. stowarzyszenie, spółka, zgrupowanie interesów gospodarczych, europejskie zgrupowania interesów gospodarczych), jak i tzw. grupę tymczasową (*groupements momentanés d'entreprises*), czyli konsorcjum.

Zgodnie z art. 45 dekretu 2016-360 grupa wykonawców może uczestniczyć w procedurze ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Do samego złożenia wniosku lub oferty zamawiający nie może żądać od grupy przyjęcia określonej formy prawnej. Stąd wykonawcy mogą złożyć ofertę, działając zarówno jako „grupa wspólna” (*groupement conjoint*), jak i „grupa solidarna” (*groupement solidaire*). Zamawiający może jednak wymagać od konsorcjantów przyjęcia określonej formy prawnej już po udzieleniu zamówienia w zakresie niezbędnym do jego prawidłowego wykonania. W takim przypadku zamawiający precyzuje ten wymóg w dokumentacji przetargowej.

W nowym art. 45 dekretu 2016-360 usunięto zastrzeżenie z art. 51 k.z. o zgodności z regulacjami odnoszącymi się do swobodnego ustalania cen i konkurencji. Nie wydaje się, aby zabieg ten miał inny charakter niż jedynie redakcyjny. Aktualne pozostają uwagi formułowane na tle poprzedniego stanu prawnego, że ze względu na tego rodzaju uregulowanie instytucje zamawiające nie mogą zabronić wykonawcom tworzenia grup. Podkreślano, że Francja przyjęła bardzo liberalne stanowisko w sprawie ograniczeń prawa konkurencji dotyczących udziału konsorcjów w postępowaniu zamówieniowym. Mianowicie nawet gdyby podmioty mogły uczestniczyć w postępowaniu zamówieniowym jako samodzielni oferenci (spełniając samodzielnie wszystkie konieczne warunki), to byłyby one uprawnione do stworzenia konsorcjum ofertowego tak długo, jak cel lub skutek grupowego działania nie stanowiłyby ograniczenia konkurencji. To podejście efektywnie obciąża koniecznością udowodnienia szkodliwego skutku grupowej współpracy instytucję zamawiającą, która zamierzałaby nałożyć jakiegoś rodzaju ograniczenia¹⁰⁶.

Należy zwrócić uwagę, że francuskie przepisy zamówieniowe wyróżniają dwa rodzaje grup wykonawców. W grupie wspólnej (*groupement conjoint*) każdy z członków odpowiada jedynie za tę część zamówienia, która została mu powierzona. Zamówienie powinno móc się podzielić na odrębne części, które można powierzyć poszczególnym konsorcjantom. W grupie solidarnej (*groupement solidaire*) każdy członek grupy odpo-

106 G.L. Albano, G. Spagnolo, M. Zanza, *op. cit.*, s. 348.

wiedzialny jest za wykonanie całego zamówienia, ponosi bowiem odpowiedzialność solidarną z pozostałymi uczestnikami zgrupowania. Nie ma tu znaczenia, czy zamówienie da się podzielić na odrębne części. W obu modelach wyznaczany jest lider zgrupowania (reprezentant), który reprezentuje grupę wobec instytucji zamawiającej i koordynuje zadania wykonywane przez członków grupy. W modelu wspólnej grupy możliwe jest przyjęcie solidarnej odpowiedzialności lidera za całe zamówienie w umowie z zamawiającym. Wspólna grupa jest bardziej odpowiednia dla małych projektów, gdy zamawiający nie potrzebuje zobowiązania każdego z członków grupy do przyjęcia odpowiedzialności za wykonanie całego zamówienia. Grupa solidarna jest korzystniejsza dla zamawiającego, który może dochodzić roszczeń od każdego członków z grupy ponoszących solidarną odpowiedzialność. W składanej dokumentacji konsorcjanci powinni określić liczbę i szczegółowy podział świadczeń, które każdy z członków grupy jest zobowiązany wykonać, albo wszystkie świadczenia, które członkowie grupy solidarnie podejmują się wykonać. Wnioski i oferty są przedkładane przez wszystkich wykonawców z grupy albo przez pełnomocnika, jeżeli posiada niezbędne uprawnienia (pełnomocnictwo) do reprezentowania tych wykonawców w toku postępowania zamówieniowego.

W poprzednim stanie prawnym przepis wprost stanowił, że jeden wykonawca nie może reprezentować więcej niż jednej grupy przy tym samym zamówieniu. W obecnym stanie prawnym nie jest wykluczone, że taka praktyka będzie w pewnych sytuacjach dopuszczona. Wciąż jednak zamawiający w dokumentach określających reguły postępowania (dokumentacji przetargowej) może zabronić oferentom składania kilku ofert na to samo zamówienie lub na jedną z jego części przy jednoczesnym działaniu jako indywidualny oferent i członek grupy lub grup wykonawców, a także składania ofert w ramach kilku grup.

W postępowaniach kilkietapowych skład grupy nie powinien być zmieniany w okresie między datą złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu a datą podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednak w przypadku restrukturyzacji (np. nabycia przedsiębiorstwa, przejęcia, fuzji) albo wykazania przez grupę, że członek nie jest w stanie wykonać jego zadania z przyczyn, które nie są spowodowane przez niego, grupa może zwrócić się do instytucji zamawiającej o zezwolenie na dalszy udział w postępowaniu zamówieniowym bez brakującego wykonawcy, przedstawiając w razie potrzeby do akceptacji zamawiającego jednego lub więcej podwykonawców. Zamawiający podejmuje decyzję w sprawie tego wniosku po zbadaniu kompetencji zawodowych, technicznych i finansowych wszystkich członków grupy tak przekształconej, a w stosownych przypadkach także podwykonawców przedstawionych do akceptacji.

Powodem tworzenia konsorcjów wykonawców jest zazwyczaj zamiar połączenia zasobów poszczególnych członków w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu wymaganych przez zamawiającego. Oferenci muszą bowiem udowodnić swoją zdolność do kontynuowania aktywności zawodowej, sytuację ekonomiczną i finansową lub moż-

liwości techniczne i zawodowe, np. poprzez system certyfikatów wystawianych przez profesjonalne organizacje, przez przedłożenie pisemnych oświadczeń o zadowalającym wykonaniu podobnych prac w przeszłości albo informacji ze sprawozdania finansowego. W myśl art. 44 dekretu 2016-360 ocena zdolności grupy jest dokonywana łącznie. Nie jest więc wymagane, aby każdy członek grupy miał samodzielnie wszelkie zasoby czy potencjał niezbędny do wykonania zamówienia¹⁰⁷.

Zgodnie z art. 50 ordynansu 2015-899 w razie gdy przyczyny wykluczenia z procedury zamówieniowej leżą po stronie członka grupy, zamawiający żąda zastąpienia go przez podmiot niedający powodów do wykluczenia w ciągu 10 dni od otrzymania żądania przez reprezentanta grupy pod rygorem wykluczenia całej grupy z procedury.

W nawiązaniu do dyrektywy klasycznej dodano w art. 45 dekretu 2016-360 zastrzeżenie, że przy zamówieniach na roboty budowlane, usługi i dostawy obejmujące usługi lub prace dotyczące rozmieszczenia i instalacji zamawiający mogą wymagać, aby pewne kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez członka zgrupowania.

Podsumowanie

Powodem trudności w znalezieniu wspólnej definicji „konsorcjum” dla systemów prawnych państw członkowskich są znaczne różnice w regulacjach prawnych i praktyce kontraktowej. Ogólnie można powiedzieć, że w większości systemów prawnych uznaje się umowę konsorcjalną za jedną z bardziej elastycznych form kooperacji między podmiotami. W państwach *common law* treść umowy konsorcjalnej w bardzo szerokim zakresie zależy od woli stron. Natomiast w części systemów kontynentalnych umowa konsorcjum to specjalny typ umowy nazwanej normowanej przez przepisy względnie i bezwzględnie wiążące, gdzie swoboda kontrahentów jest znacznie mniejsza. Nawet w razie uregulowania umowy konsorcjum jako umowy nazwanej treść regulacji różni się istotnie w poszczególnych krajach¹⁰⁸. Jednak w analizowanych systemach prawnych umowa konsorcjum pozostawała umową nienazwaną.

Zazwyczaj przy próbie opisanego stosunku prawnego konsorcjum autorzy z różnych krajów łączą umowę konsorcjalną z *joint venture* bezudziałowym czy kontraktowanym (*non-equity joint venture, contractual joint venture*) lub strategicznym aliansem. Istotną cechą tych form kooperacji jest to, że nie pociągają one za sobą utworzenia nowego podmiotu. Nie jest natomiast cechą przesądzającą krótkoterminowy charakter współpracy w ramach konsorcjum. Choć w większości przypadków czas trwania stosunku konsorcjalnego łączony jest z wykonaniem określonego zadania, to nie jest wykluczone, że konsorcjum będzie wykorzystywane do działalności długoterminowej.

¹⁰⁷ *Ibidem*, s. 339.

¹⁰⁸ D.M. Parrilli, *op. cit.*, s. 16.

Porównując polskie regulacje z francuskimi, należy zwrócić uwagę na podział na grupy wspólne i solidarne w prawie francuskim. Ze względu na art. 141 p.z.p. w polskim systemie zamówień publicznych występuje jedynie odpowiednik tego drugiego modelu. W związku z tym niemożliwe byłoby wprowadzenie – na wzór francuski – szczególnej odpowiedzialności pełnomocnika konsorcjum (przyjmując, że jest jego uczestnikiem), skoro wszyscy konsorcjanci ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia.

Patrząc zaś na brytyjskie rozwiązania, należy stwierdzić, że regulacja ta jest wciąż bardziej lakoniczna niż francuska. Odmienne niż w ustawie polskiej i francuskiej, nie ma wymogu wyznaczenia pełnomocnika przez konsorcjantów. Jeżeli zaś chodzi o odpowiedzialność konsorcjantów wobec zamawiającego, to w 2015 r. wprowadzono uprawnienie po stronie zamawiającego polegające na możliwości narzucenia konsorcjantom solidarnej odpowiedzialności, co wydaje się rozwiązaniem lepszym niż obligatoryjna solidarna odpowiedzialność w każdym przypadku przewidziana w prawie polskim.

Literatura

- Albano G.L., Spagnolo G., Zanza M., *Regulating Joint Bidding in Public Procurement*, „Journal of Competition Law and Economics” 2009, t. 5, nr 2.
- Arrowsmith S., *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK*, London 2014.
- Babiarz S., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Baehr J., *Zamawiający i wykonawcy*, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. T. Czajkowski, Warszawa 2007.
- Bailey J., *Construction Law*, Abingdon 2011.
- Chrząszcz A., *Konsorcjum w zamówieniach publicznych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2013, nr 7.
- Code Des Marchés Publics*, red. F. Llorens, P. Soler-Couteaux, Paris 2015.
- Figura-Góralczyk E., *Z problematyki podwykonawstwa w zamówieniach publicznych na tle prawnopórownańczym*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 1.
- Gączyńska-Lisik K., *Konsorcjum w świetle prawa zamówień publicznych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006, nr 10.
- Gonter F., Veil A., *Joint ventures in France: overview*, Practical Law/el. 2015.
- Grabarczyk M., *Dostateczna wiedza i doświadczenie jako warunek ubiegania się o zamówienie publiczne*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 1.
- Hasińska I., *Charakter prawny spółki cywilnej na tle historycznym i prawnopórownańczym* [praca doktorska], Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, 2013.
- Hewitt I., *Joint Ventures*, London 2001.

- Hilla J., *Prawne problemy funkcjonowania konsorcjum*, „Radca Prawny” 2005, nr 5.
- Horubski K., Kocowski T., *Konsorcjum jako instrument wsparcia małych i średnich przedsiębiorców w systemie zamówień publicznych*, [w:] *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększania innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne. Część I*, red. J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek, Kazimierz Dolny 2011.
- Horubski K., *Zmiany składu konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz na etapie wykonywania zamówienia*, Wrocław 2012.
- Horubski K., Kocowski T., *Spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 1.
- Jerzykowski J., *Glosa do wyroku SN z dnia 13 grudnia 1999 r., III CKN 478/98*, „Monitor Prawniczy” 2001, nr 15.
- Kalina-Nowaczyk M., *Solidarna odpowiedzialność wykonawców za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia publicznego*, [w:] *Odpowiedzialność cywilnoprawna w obrocie gospodarczym*, red. A. Śmieja, Wrocław 2011.
- Kańtor K., Wróblewska K., *Umowa konsorcjum – konsekwencje w zakresie VAT*, „Przegląd Podatkowy” 2015, nr 12.
- Kocowski T., *Wspólni zamawiający oraz wspólni wykonawcy w systemie zamówień publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy*, red. T. Kocowski, J. Kaspryszyn, Wrocław 2012.
- Kołączyńska-Wyszogrodzka I., *Pełnomocnictwo a wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego*, „Finanse Komunalne” 2007, nr 1.
- Kowalewski E., Mogilski W., *Gwarancja ubezpieczeniowa członka konsorcjum jako wadium w postępowaniu o uzyskanie przez konsorcjum zamówienia publicznego*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2014, nr 1.
- Lic J., *Konsorcjum w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4.
- Makowski M., *Gwarancja bankowa jako forma wniesienia wadium – kontrowersje interpretacyjne*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 2.
- May J., *Dochodzenie roszczeń przez uczestników konsorcjum*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2015, nr 2.
- Mucha A., *Odpowiedzialność uczestników konsorcjum*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ” 2013, nr 13.
- Muchowska-Zwara K., *Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2015.
- Myrczek E., *The art of drafting contracts – o podobieństwach i różnicach polskich umów i angielskich kontraktów*, „Edukacja Prawnicza” 2008, nr 2.
- Newsholme C., Groves P., *Joint ventures in the UK: overview*, Practical Law/el. 2015.

- Norek E.A., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2009.
- Opalski A., *Umowy o wspólne przedsięwzięcie (joint venture)*, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 9, *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, red. W. Katner, Warszawa 2015.
- Parrilli D.M., *Barriers and Enablers for SME Extended and Dynamic Clustering, Legal Barriers and Enablers*, Brussels 2008.
- Pokrzywniak J., Gwarancja na gruncie PZP, „Miesięcznik Ubezpieczeniowy” 2014, nr 9.
- Raczkiewicz Z., *Konsorcja w ramach zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2009, nr 2.
- Sokołowski M., *Europejskie Zgrupowanie Interesów Gospodarczych w prawie polskim*, Warszawa 2012.
- Stecki L., *Konsorcjum*, Toruń 1997.
- Strzępka J., *Konsorcjum budowlane – wybrane zagadnienia prawne*, „Monitor Prawniczy” 2012, nr 14.
- Wiak J., *Spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego*, „Finanse Komunalne” 2012, nr 6.
- Williams-Elegbe S., *Fighting Corruption in Public Procurement. A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures*, Oxford 2012.
- Włodyka S., Spyra M., *Umowy i porozumienia o współpracę przedsiębiorców (umowy kooperacyjne)*, [w:] *System prawa handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, red. S. Włodyka, Warszawa 2014.
- Włodyka S., *Strategiczne umowy przedsiębiorców*, Warszawa 2000.
- Szostak R., *Glosa do wyroku SN z dnia 13 grudnia 1999 r., III CKN 478/98*, „Samorząd Terytorialny” 2001, nr 6.
- Świstak R., *Konsorcjum w świetle prawa zamówień publicznych – polemika*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 3.
- Zielińska E., *Konsorcjum w procesie budowlanym w systemie polskiego i niemieckiego prawa prywatnego*, [w:] *Wpływ europeizacji prawa na instytucje prawa handlowego*, red. J. Kruzczałak-Jankowska, Warszawa 2013.
- Zielińska E., *Wspólna realizacja zamówienia publicznego – zagadnienia wybrane*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2015, nr 1.
- Harmon CFEM Facades (UK) Ltd. v. The Corporate Officer of the House of Commons (2000) 2 L.G.L.R. 372.
- Townsend v. Stone Toms & Partners [1981], „Weekly Law Reports” 1981, t. 1.
- Wyrok SA w Warszawie z dnia 16 lutego 2000 r., I ACa 878/00, LEX nr 1681006.
- Wyrok SN z dnia 13 grudnia 1999 r., III CKN 478/98, OSNC 2000, nr 6, poz. 118.
- Wyrok TS z dnia 14 kwietnia 1994 r. w sprawie C-389/92, Ballast Nedam Groep, ECR 1994.

- Wyrok TS z dnia 18 grudnia 1997 r. w sprawie C-5/97, Ballast Nedam Groep v. Belgia, ECR 1997.
- Wyrok TS z dnia 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98, Holst Italia SpA v. Comune di Cagliari, ECR 1999.
- Wyrok TS z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-399/05, Komisja v. Republika Grecji, ECR 2007.
- Wyrok TS z dnia 6 maja 2010 r. w sprawach połączonych C-145/08 i C-149/08, Club Hotel Loutraki A.E., Athi-naiki Techniki A.E. i Evangelos Marinakis v. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias, ECR 2010.
- Wyrok TS z dnia 18 października 2012 r. w sprawie C-218/11, Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukovávizig), Hochtief Construction AG Magyarország Fióktelepe v. Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság, ECLI EU C 2012, 643.
- Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 marca 1998 r., UZP/ZO/0-108/98, ZPO 1998, nr 1, poz. 32.
- Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 17 września 1998 r., UZP/ZO/0-756/98, ZPO 1998, nr 2, poz. 59.
- Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 stycznia 1999 r., UZP/ZO/0-1185/98, www.uzp.gov.pl.
- Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 12 stycznia 1999 r., UZP/ZO/0-1186/98, ZPO 1999, nr 1, poz. 11.
- Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 6 kwietnia 1999 r., UZP/ZO/0-162/99, ZPO 1999, nr 1, poz. 92.
- Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 11 maja 1999 r., UZP/ZO/0-253/99, ZPO 2000, nr 1, poz. 53.
- Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 17 listopada 1999 r., UZP/ZO/0-1090/99, ZPO 1999, nr 2, poz. 210.
- Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 8 lutego 2000 r., UZP/ZO/0-066/00, ZPO 2000, nr 2, poz. 31.
- Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 9 marca 2000 r., UZP/ZO/0-133/00, ZPO 2000, nr 2, poz. 41.
- Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 13 czerwca 2000 r., UZP/ZO/0-516/00, ZPO 2000, nr 2, poz. 124.
- Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 16 czerwca 2000 r., UZP/ZO/0-537/00, ZPO 2000, nr 2, poz. 130.
- Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 23 października 2000 r., UZP/ZO/0-1160/00, ZPO 2000, nr 3, poz. 126.
- Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 23 listopada 2000 r., UZP/ZO/0-1350/00, ZPO 2000, nr 3, poz. 159.

Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27 listopada 2000 r., UZP/ZO/0-1361/00, ZPO 2000, nr 3, poz. 164.

SUMMARY

Participation of a consortium in the procedure for the award of public contract with the examples of Poland, United Kingdom and France

The aim of the study is to compare regulations relating to consortia applying for public contracts in Polish, British and French law. Although it is impossible to find a common definition of a “consortium” for all EU members, due to the harmonization of rules concerning the functioning of the public procurement markets, the solutions adopted by member states are quite similar. However, there are also some specific regulations in individual countries. It is worth considering the usefulness of the adoption of similar solutions in other countries. In each analyzed country the author describes the general legal aspects of the functioning of a consortium in the legal system, then refers to similar legal institutions e.g. partnerships or subcontracting, and finally characterizes the regulation relating to the participation of the consortium in the procedure for the award of public contract.

Keywords: commercial law, consortium, public contracts

MARCIN CZERWIŃSKI, Adam Mickiewicz University Poznań, Faculty of Law and Administration, Al. Niepodległości 53, 61-714 Poznań, e-mail: marcin.czerwinski@amu.edu.pl.

MARTA KARPIŃSKA

Analiza zmian obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej brokera w zakresie dotyczącym minimalnej sumy gwarancyjnej oraz umownego ograniczenia odpowiedzialności zakładów ubezpieczeń

Wprowadzenie

Najnowsze rozporządzenie z dnia 12 lutego 2015 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywania działalności brokerskiej weszło w życie 1 czerwca 2015 r.¹ Określa ono szczegółowe warunki obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej za szkody powstałe z tytułu wykonywania działalności brokerskiej. Warto zauważyć, że jest to kolejne rozporządzenie dostosowujące polskie prawo do wymogów dyrektywy 2002/92/WE w sprawie pośrednictwa ubezpieczeniowego, zwanej w skrócie IMD². Porównując treść wspomnianego rozporządzenia do poprzedniego, można zauważyć jedynie dwie zmiany: określono maksymalną długość okresu ubezpieczenia objętego sumą gwarancyjną na 12 miesięcy oraz uchylono możliwość umownego ograniczenia odpowiedzialności zakładów ubezpieczeń o kwotę nieprzekraczającą 10% wartości należnego odszkodowania. Można zatem stwierdzić, że istotą wydanego rozporządzenia jest neutralizacja niedociągnięć legislacyjnych dokonanych w trakcie pierwotnego implementowania dyrektywy. Celem niniejszego artykułu będzie analiza wprowadzonych zmian i ich możliwych konsekwencji dla poszkodowanych wykonywaniem usług brokerskich oraz brokerów ubezpieczeniowych.

1 Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 12 lutego 2015 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywania działalności brokerskiej, Dz.U. nr 0 poz. 275.

2 Dyrektywa 2002/92/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 grudnia 2002 r. w sprawie pośrednictwa ubezpieczeniowego (IMD 1), OJ L 9 z 15.01.2003; dalej dyrektywa IMD.

Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywania działalności brokerskiej jest ubezpieczeniem obowiązkowym³. Jako *ratio legis* wspomnianego obowiązku można wskazać, po pierwsze, chęć „zapewnienia skuteczności przepisom prawa odszkodowawczego – zagwarantowania, by w każdym przypadku, gdy osoba ubezpieczona ponosi odpowiedzialność wobec osoby trzeciej, nastąpiło rzeczywiste spełnienie świadczenia odszkodowawczego i to w pełnej (ograniczonej jedynie wysokością sumy gwarancyjnej) wysokości”, po drugie, potrzebę ochrony interesów korporacyjnych w postaci budowania zaufania do rynku finansowego⁴.

Wysokość, zakres minimalnej sumy gwarancyjnej oraz długość okresu ubezpieczenia

Odpowiednio wysoka minimalna suma gwarancyjna pozwala zrealizować gwarancyjną funkcję ubezpieczeń odpowiedzialności cywilnej. Należy przy tym zauważyć, że stopień ochrony interesów poszkodowanych zależy nie tylko od wysokości minimalnej sumy gwarancyjnej, ale również od okresu, który dana suma gwarancyjna ma obejmować. Im dłuższy okres trwania, obejmujący daną minimalną sumę gwarancyjną, tym wyższa powinna być jej wysokość, aby zapewnić poszkodowanym skuteczną realizację roszczeń. W obecnie obowiązującym rozporządzeniu minimalna suma gwarancyjna ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, w okresie nie dłuższym niż 12 miesięcy, wynosi równowartość w złotych 1250 618 euro w odniesieniu do jednego zdarzenia, którego skutki są objęte umową ubezpieczenia, oraz 1875 972 euro w odniesieniu do wszystkich takich zdarzeń⁵. Minimalne sumy gwarancyjne w podanej wysokości obowiązują od 10 stycznia 2014 r.⁶ Można zastanawiać się, czy wymienione minimalne sumy gwarancyjne są odpowiednio wysokie do zapewnienia pełnej realizacji roszczeń poszkodowanych. Warto zauważyć, że wysokość minimalnych sum gwarancyjnych sukcesywnie się zwiększa. Zgodnie z dyrektywą IMD jest ona kontrolowana co 5 lat, a następnie waloryzowana w celu uwzględnienia zmian w europejskim wskaźniku cen konsumpcyjnych, publikowanym w Eurostacie (art. 4 ust. 7 dyrektywy IMD). Wyjściowym pułapem dla wysokości minimalnych sum gwarancyjnych była równowartość w złotych 50 000 euro zarówno

3 Art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym, Dz.U. nr 124 poz. 1154; dalej u.p.u.

4 M. Orlicki, *Obowiązkowe ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej brokerów ubezpieczeniowych*, [w:] *Broker w świetle praktyki ubezpieczeniowej*, red. M. Serwach, Łódź 2012, s. 225; E. Wiczorek, [w:] *Prawo ubezpieczeń gospodarczych. Komentarz*, t. I, red. Z. Brodecki, M. Serwach, M. Glicz, wydanie 2, Warszawa 2010, s. 1163.

5 § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 12 lutego 2015 r.

6 Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 12 listopada 2013 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywania działalności brokerskiej, Dz.U. 2013 poz. 1495.

dla jednego, jak i dla wszystkich zdarzeń w 2003 r., a następnie równowartość w złotych 1 000 341 000 euro w odniesieniu do jednego zdarzenia, którego skutki są objęte umową ubezpieczenia, oraz 1 500 000 euro w odniesieniu do wszystkich takich zdarzeń w 2005 r.

Ustawowe określenie, że minimalna suma gwarancyjna odnosi się do okresu nie dłuższego niż 12 miesięcy, należy uznać za szczególnie istotną zmianę. Dotychczas bowiem możliwa była sytuacja, gdy broker zawarł co prawda umowę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej na wymaganą wysokość minimalnej sumy gwarancyjnej, jednak czynił to na okres np. 5 lub 10 lat. Takie wydłużenie okresu objętego minimalną sumą gwarancyjną, przy założeniu braku ustawowego obowiązku uzupełniania sumy gwarancyjnej do pierwotnej wysokości, w miarę dokonywania kolejnych wypłat w okresie ubezpieczenia mogło spowodować spadek realnej możliwości zaspokojenia roszczeń poszkodowanego do poziomu np. 100 000 zł na jedno zdarzenie. Zaistnienie w praktyce wspomnianej sytuacji było dość prawdopodobne, ponieważ ani w ustawie o pośrednictwie ubezpieczeniowym, ani w rozporządzeniu w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywania czynności brokerskich nie wyrażono *expressis verbis* obowiązku doubezpieczenia, w przypadku znacznego uszczuplenia sumy gwarancyjnej w okresie ubezpieczenia. Powinność doubezpieczenia można było natomiast wyinterpretować z założenia o racjonalności prawodawcy, argumentując, że skoro ustawodawca ustanowił dany obowiązek, to wymaga rzeczywistego, a nie symbolicznego czy pozornego wypełniania przez ubezpieczenia obowiązkowe ich funkcji⁷. Obecnie nadal możliwe jest zawieranie wieloletnich umów ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, jednak globalna suma gwarancyjna musi być skorelowana w taki sposób, aby w skali roku spełniać wymogi dotyczące wysokości minimalnej sumy gwarancyjnej.

Pomimo wspomnianych korzystnych dla poszkodowanych zmian przepisów warto zauważyć, że zakres sumy gwarancyjnej nadal odnosi się do zdarzenia, zamiast roszczenia (pojęcie roszczenia *expressis verbis* pojawia się w dyrektywie IMD, nie występuje tam natomiast pojęcie zdarzenia). Ta z pozoru mało istotna rozbieżność terminologiczna, może powodować znaczące konsekwencje dla możliwości zaspokojenia roszczeń poszkodowanych. Z jednego zdarzenia może wynikać wiele roszczeń, których łączna suma może przekroczyć wysokość minimalnej sumy gwarancyjnej przewidzianej na jedno zdarzenie. W przypadku posługiwania się pojęciem roszczenia możliwe jest zastosowanie wyższej minimalnej sumy gwarancyjnej właściwej dla skutków wszystkich zdarzeń, co jest bardziej korzystne dla poszkodowanego⁸.

Warto przy tym zwrócić uwagę na wspomniane zjawisko wyczerpywania się sumy gwarancyjnej w miarę dokonywania kolejnych wypłat w okresie ubezpieczenia. Mimo że suma gwarancyjna ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej brokera jest wysoka w porównaniu z innymi zawodami wymagającymi zawarcia obowiązkowego ubezpieczenia

7 M. Orlicki, *Ubezpieczenia obowiązkowe*, Warszawa 2011, s. 525.

8 M. Orlicki, *Obowiązkowe ubezpieczenie...*, *op. cit.*, s. 230.

odpowiedzialności cywilnej (jedynie multiagent ma obowiązek zawarcia umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej na minimalną sumę gwarancyjną w identycznej wysokości jak broker, natomiast np. u adwokatów, radców prawnych i notariuszy wynosi ona równowartość w złotych 50 000 euro w odniesieniu do jednego zdarzenia, którego skutki są objęte umową ubezpieczenia, nie wspominając już o zawodach, w których nie określa się ustawowo minimalnej sumy gwarancyjnej), to relatywnie może okazać się zbyt niska nawet dla zaspokojenia roszczeń poszkodowanych z wyższej minimalnej sumy gwarancyjnej właściwej dla skutków wszystkich zdarzeń⁹. Paradoksalnie określenie górnej granicy odpowiedzialności ubezpieczyciela nie precyzując, iż suma gwarancyjna przysługuje na każde zdarzenie, może być bardziej korzystne dla brokera niż dla poszkodowanych, ponieważ ogranicza ewentualną kumulację roszczeń¹⁰. W tym względzie potencjalna zmiana polegająca na zastąpieniu pojęcia „zdarzenia” terminem „roszczenie” w rozporządzeniu w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywania działalności brokerskiej może nie przynieść oczekiwanego rezultatu w postaci poprawy sytuacji poszkodowanych.

Umowne ograniczenie odpowiedzialności zakładów ubezpieczeń o kwotę nieprzekraczającą 10% wartości należnego odszkodowania

Wprowadzenie wysokich minimalnych sum gwarancyjnych z pewnością korzystnie wpływa na sytuację potencjalnych poszkodowanych wykonywaniem usług brokerskich, należy jednak pamiętać, że z punktu widzenia brokerów wiąże się ono z kosztami w postaci konieczności zapłaty przez nich odpowiednio wysokiej składki ubezpieczeniowej. Według szacunków zakładów ubezpieczeń takie składki mogą wynosić nawet kilkadziesiąt tysięcy złotych, co uprzywilejowuje duże podmioty wykonujące działalność brokerską¹¹. Z obawy, że narzucone przez prawodawstwo unijne, wysokie jak na realia polskiego rynku ubezpieczeniowego, minimalne sumy gwarancyjne negatywnie wpłyną na kondycję podmiotów oferujących usługi brokerskie, wprowadzono udogodnienie dla brokerów, polegające na możliwości umownego ograniczenia odpowiedzialności zakładów

9 Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 12 lutego 2015 r w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywania czynności agencyjnych, Dz.U. nr 0 poz. 276; rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 11 grudnia 2003 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej adwokatów, Dz.U. nr 217 poz. 2134; rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 11 grudnia 2003 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej radców prawnych, Dz.U. nr 217 poz. 2135; rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 11 grudnia 2003 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej notariuszy, Dz.U. nr 218 poz. 2148.

10 E. Wiczorek, [w:] *Prawo ubezpieczeń gospodarczych...*, *op. cit.*, s. 1164.

11 P. Bałasz, K. Szaniawski, *Ustawa o pośrednictwie ubezpieczeniowym. Komentarz*, Kraków 2005, s. 125.

ubezpieczeń o kwotę nieprzekraczającą 10% wartości należnego odszkodowania. Takie rozwiązanie, będące w istocie franszyzą redukcyjną, budziło jednak wiele uzasadnionych wątpliwości dotyczących naruszenia interesów poszkodowanych¹². Poszkodowani w przypadku zastosowania takiej klauzuli przez brokera mogli w skrajnym wypadku liczyć na wypłatę 90% wartości należnego im odszkodowania.

W obecnym rozporządzeniu z dnia 12 lutego 2015 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywania działalności brokerskiej zrezygnowano ze wspomnianej możliwości umownego ograniczenia odpowiedzialności zakładów ubezpieczeń o kwotę nieprzekraczającą 10% wartości należnego odszkodowania. Takie rozwiązanie pozytywnie wpłynęło na stan ochrony poszkodowanych wykonywaniem usług brokerskich, jednak pogorszyło sytuację samych brokerów. Pomimo zrezygnowania przez ustawodawcę ze wspomnianej franszyzy redukcyjnej w aktualnym stanie prawnym możliwe jest korzystne ułożenie stosunków pomiędzy stronami, pozwalające brokerom zredukować wysokość płaconej składki, nie przerzucając ryzyka na poszkodowanych. Można zaproponować za M. Orlickim regulację polegającą na zezwoleniu przez ustawodawcę na zastrzeżenie franszyzy integralnej w stosunku wewnętrznym, pomiędzy ubezpieczycielem a ubezpieczonym brokerem¹³. W przypadku wystąpienia szkody, gdyby jej wartość przekraczała wysokość franszyzy redukcyjnej, poszkodowany mógłby otrzymać odszkodowanie od zakładu ubezpieczeń w pełnej wysokości, przy czym roszczenie regresowe zakładu ubezpieczeń wobec brokera byłoby nieuprawnione. Natomiast w sytuacji gdyby franszyza integralna nie była przekroczone, zakład ubezpieczeń wypłaciłby poszkodowanemu odszkodowanie w pełnej wysokości, a następnie zwracałby się z roszczeniem regresowym do brokera.

Należy zwrócić uwagę, że rezygnacja z możliwości umownego ograniczenia odpowiedzialności zakładów ubezpieczeń może okazać się nie do końca korzystna dla poszkodowanych, jeśli rozważy się możliwość przerzucenia przez brokerów kosztów wyższych składek ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej na potencjalnych poszkodowanych wykonywaniem usług brokerskich. Aby zminimalizować to ryzyko, warto wspomnieć o nowej dyrektywie w sprawie pośrednictwa ubezpieczeniowego (Insurance Distribution Directive, IDD), która weszła w życie 23 lutego 2016 r. (państwa członkowskie mają czas na jej implementację do 23 lutego 2018 r.)¹⁴. Przewiduje ona obowiązkowe ujawnianie informacji na temat charakteru wynagrodzenia otrzymanego przez pośredników ubezpieczeniowych w związku z umową ubezpieczenia (art. 19 ust. 1 lit. d IDD). W ramach wspomnianej informacji pośrednik ubezpieczeniowy powinien wskazać, czy jego wy-

12 Cf. M. Orlicki, *Obowiązkowe ubezpieczenie...*, *op. cit.*, s. 233.

13 *Ibidem*.

14 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/97 z dnia 20 stycznia 2016 r. w sprawie dystrybucji ubezpieczeń (wersja przekształcona) (tekst mający znaczenie dla EOG), Dz.Urz. UE z dnia 2.02.2016, L 26/19.

nagrodzenie przybiera formę: honorarium, rozumianego jako wynagrodzenie płacone bezpośrednio przez poszukującego ochrony ubezpieczeniowej; prowizji dowolnego rodzaju, rozumianej jako wynagrodzenie uwzględnione w kwocie składki ubezpieczenia, jakiegokolwiek innego rodzaju wynagrodzenia, w tym korzyści ekonomicznej jakiegokolwiek rodzaju oferowanej lub przekazywanej w związku z umową ubezpieczenia, czy też wynagrodzenia stanowiącego połączenie którychkolwiek z wymienionych rodzajów wynagrodzenia (art. 19 ust. 1 lit. e IDD). Przy czym pośrednik ubezpieczeniowy jest zobowiązany także ujawniać informacje dotyczące jakiegokolwiek płatności innej niż bieżące składki i planowe płatności, których poszukujący ochrony ubezpieczeniowej dokonuje po zawarciu umowy ubezpieczenia (art. 19 ust. 3 IDD). Wspomniane przepisy dyrektywy IDD umożliwiają potencjalnym poszkodowanym wykonywaniem działalności brokerskiej zorientowanie się, czy poszczególne składniki wynagrodzenia brokera, nie są zbyt wysokie w stosunku do ponoszonych kosztów. Wydaje się jednak, że tak precyzyjna regulacja obowiązków informacyjnych brokera nie jest konieczna, ponieważ brokerom ubezpieczeniowym jako grupie zawodowej zależy na budowaniu zaufania do rynku usług brokerskich poprzez rzetelne wykonywanie działalności brokerskiej, a poczucie bezpieczeństwa klientów z pewnością wzmacnia to zaufanie.

Podsumowanie

Można przyjąć, że wydane niedawno rozporządzenie dotyczące obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywania czynności brokerskich usunęło prawie wszystkie istotne niedociągnięcia legislacyjne powstałe przy pierwotnym implementowaniu dyrektywy IMD. Doprecyzowanie maksymalnej długości okresu ubezpieczenia, objętego sumą gwarancyjną na 12 miesięcy, uniemożliwiło ewentualne manipulacje wysokością sumy gwarancyjnej na niekorzyść poszkodowanego. Podobnie uchylene możliwości umownego ograniczenia odpowiedzialności zakładów ubezpieczeń o kwotę nieprzekraczającą 10% wartości należnego odszkodowania zagwarantowało perspektywę zaspokojenia poszkodowanego w 100%, niezależnie od tego, jak wysoką składkę z tytułu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej płacił broker. Jako jedyne niedociągnięcie można wskazać pozostawienie przez ustawodawcę sum gwarancyjnych obejmujących skutki danego zdarzenia, zamiast danego roszczenia, co może doprowadzić do wypłaty odszkodowania w niepełnej wysokości, ograniczonego przez wysokość minimalnej sumy gwarancyjnej przypadającej na skutki jednego zdarzenia.

Reasumując, można stwierdzić, że wprowadzone zmiany zmierzają do ograniczenia ryzyka potencjalnych poszkodowanych wykonywaniem usług brokerskich. Należy przy tym mieć świadomość, że zwiększenie bezpieczeństwa poszkodowanych pociąga za sobą wzrost kosztów usług po stronie brokerów. Wydaje się jednak, że budując klimat zaufania do brokerów ubezpieczeniowych, stwarza się poczucie bezpieczeństwa, które

może zachęcić klientów do szerszego korzystania z usług brokerów, a w konsekwencji przyczynić się do dynamicznego rozwoju tego rynku. Warto też pamiętać o tym, że ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej brokerów ubezpieczeniowych jest tylko jedną z opcji zapewnienia bezpieczeństwa poszkodowanym. Być może dobrym rozwiązaniem przy okazji implementowania dyrektywy IDD byłoby stworzenie brokerom możliwości wyboru instrumentu zabezpieczenia roszczeń, chociażby w postaci gwarancji bankowej czy ubezpieczeniowej, by mogli zabezpieczyć roszczenia poszkodowanych w dogodny dla siebie sposób.

Literatura

- Bałasz P., Szaniawski K., *Ustawa o pośrednictwie ubezpieczeniowym. Komentarz*, Kraków 2005.
- Orlicki M., *Obowiązkowe ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej brokerów ubezpieczeniowych*, [w:] *Broker w świetle praktyki ubezpieczeniowej*, red. M. Serwach, Łódź 2012.
- Orlicki M., *Ubezpieczenia obowiązkowe*, Warszawa 2011.
- Prawo ubezpieczeń gospodarczych. Komentarz*, t. I, red. Z. Brodecki, M. Serwach, M. Glicz, wyd. II, Warszawa 2010.
- Dyrektywa 2002/92/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 grudnia 2002 r. w sprawie pośrednictwa ubezpieczeniowego (IMD 1), OJ L 9 z 15.01.2003.
- Dyrektywa 2016/97 Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z dnia 20 stycznia 2016 r. w sprawie dystrybucji ubezpieczeń (wersja przekształcona) Dz.Urz. UE z 2.02.2016, L 26/19.
- Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 11 grudnia 2003 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej adwokatów, Dz.U. 2003 nr 217 poz. 2134.
- Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 11 grudnia 2003 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej radców prawnych, Dz.U. 2003 nr 217 poz. 2135.
- Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 11 grudnia 2003 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej notariuszy, Dz.U. 2003 nr 218 poz. 2148.
- Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 12 lutego 2015 r w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywania czynności agencyjnych, Dz.U. nr 0 poz. 276.
- Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 12 lutego 2015 r w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywania działalności brokerskiej, Dz.U. nr 0 poz. 275.

Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 12 listopada 2013 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywania działalności brokerskiej, Dz.U. 2013 poz. 1495.

Ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym, Dz.U. nr 124 poz. 1154.

SUMMARY

The analysis of the civil liability of an insurance broker on the minimum insurance guaranteed sum against liability and the contractual limitation of insurance undertaking liability

The article is devoted to the analysis of the law regime regulating the professional indemnity insurance issues of insurance intermediaries. The Ordinance of the Finance Minister on the civil liability matters of insurance mediation business, which entered into force 1 July 2015 lays down the civil liability risks for insurance intermediaries pursuing their activity in Poland. The Ordinance, in comparison to its repealed version, takes down the possibility of a contractual limitation of insurance undertaking liability to the criterion of 10% of the redress value and corrects the maximum insurance cover period of (limited to 12 months). It has been found that a wrong transposition of directive No. 2002/92/EC of the European Parliament and of the Council of 9 December 2002 on insurance mediation was the cause of such legislative activity. In addition to making an exhaustive analysis of this amendment, an attempt is made to assess it for the sake of the market share of recipients of insurance services requiring special protection (consumers) and intermediaries (insurance brokers).

Keywords: broker, insurance, insurance intermediaries, insurance distribution directive, civil liability

MARTA KARPIŃSKA, Adam Mickiewicz University Poznań, Faculty of Law and Administration, Al. Niepodległości 53, 61-714 Poznań, e-mail: marta.karpinska@amu.edu.pl.

MATEUSZ WIKTOR GOLAK

Jurysdykcja w sprawach roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej wykonaniem zabezpieczenia w rozporządzeniu (UE) nr 1215/2012

Wstęp

Przedmiotem niniejszego opracowania jest kwestia jurysdykcji w sprawach roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej wykonaniem zabezpieczenia w reżimie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z 12 grudnia 2012 w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych¹. Zagadnienie to nie zostało dotąd szerzej opracowane w polskich publikacjach prawnych, a także trudno jest doszukać się go w publikowanym orzecnictwie sądów wyższych instancji oraz judykatach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w tym przedmiocie. Natomiast wobec swobodnego przepływu towarów, usług oraz orzeczeń sądów cywilnych w Unii Europejskiej transgraniczne roszczenia odškodowawcze mogą stawać się coraz częstsze w praktyce orzeczniczej sądów polskich, zwłaszcza gdy w niektórych krajach Unii Europejskiej, z którymi Rzeczpospolita Polska prowadzi znaczącą wymianę handlową², stale zwiększane są koszty prowadzenia spraw sądowych. Wszak w sprawach o wartości przedmiotu sporu powyżej 200 tys. euro, które należą w Polsce do właściwości sądu okręgowego, na koszty sporu sądowego będą najczęściej składać się w naszym kraju opłata sądowa od pozwu w maksymalnej możliwej kwocie 100 tys. zł³ oraz wynagrodzenia profesjonalnego pełnomocnika w minimalnej stawce 14,4 tys. zł⁴. Są to relatywnie niewielkie koszty, jeśli porównać je ze standardami

1 Dz.U. UE L 351/1 z 20.12.2012; dalej Bruksela I bis.

2 Największy obrót towarami Polska w 2014 r. prowadziła kolejno z: Niemcami, Czechami, Wlk. Brytanią, Francją, Włochami, Niderlandami, Szwecją. Departament Studiów i Analiz Ministerstwa Gospodarki RP na podstawie danych GUS w raporcie z 2015 pt. „Polska 2015. Raport o stanie handlu zagranicznego”.

3 Art. 13 ust. 1 *in fine* ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz.U. 2014 poz. 1025 ze zm.).

4 § 2 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz.U. poz. 1800) oraz ustawa z dnia 16 listopada 2006 r. o opłacie skarbowej (t.j. Dz.U. 2014 poz. 1628).

obowiązującymi obecnie w innych krajach „starej” Unii Europejskiej. Z badań przeprowadzonych na zlecenie Parlamentu Europejskiego wynika, że koszty tego samego sporu będą wynosić: w Wielkiej Brytanii 51 tys. funtów szterlingów, w Szwecji 67 tys. euro, w Niemczech niecałe 10 tys. euro, a we Francji 21 tys. euro⁵.

Z tych względów coraz częściej konieczna może być odpowiedź na następujące pytanie: czy sąd krajowy (polski) ma jurysdykcję w sprawie roszczenia o naprawienie szkody wyrządzonej wykonaniem zabezpieczenia udzielonego przez sąd tego samego państwa i na jego terytorium wykonanego, w sytuacji gdy strona obowiązana tym zabezpieczeniem nie ma miejsca zamieszkania (siedziby) w kraju? Wyjaśnienie tego zagadnienia wymaga podania argumentów na rzecz jurysdykcji sądu krajowego (polskiego) oraz przeciw temu. Konieczna będzie również analiza krajowych przepisów postępowania cywilnego oraz precyzyjna wykładnia przepisów unijnych posiłkująca się orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (aktualnie: Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej) prezentowanym w sprawach roszczeń mających swoje podstawy w delikcie.

Roszczenie o naprawienie szkody

Obecnie obowiązujące brzmienie przepisu art. 746 § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego⁶ ustalono ustawą z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw⁷. Nowelizacja, która weszła w życie 3 maja 2012 r., nie wpłynęła na materialnoprawny charakter tego przepisu. W dalszym ciągu reguluje on w sposób szczególny odpowiedzialność uprawnionego za wyrządzenie obowiązanemu szkody wynikającej z wykonania zabezpieczenia⁸. Zgodnie z aktualnie obowiązującym brzmieniem przepisu art. 746 § 1 zd. I k.p.c., który jest podstawą roszczenia odszkodowawczego, jeżeli uprawniony nie wniósł pisma wszczynającego postępowanie w wyznaczonym terminie albo cofnął pozew lub wniosek, jak również gdy pozew lub wniosek zwrócono bądź odrzucono czy też powództwo lub wniosek oddalono lub postępowanie umorzono, a także w przypadkach wskazanych w art. 744 § 2, obowiązanemu przysługuje przeciwko uprawnionemu roszczenie o naprawienie szkody wyrządzonej wykonaniem zabezpieczenia. W zdaniu drugim powyższego przepisu ustawodawca określił materialnoprawny termin, z upływem którego roszczenie wygasa, jeżeli nie będzie dochodzone w ciągu roku od dnia jego powstania. W doktry-

5 Badanie to przywołuje E. Gmurzyńska, *Mediacja – Stany Zjednoczone, Wielka Brytania*, [w:] *Mediacja w sprawach gospodarczych. Praktyka, teoria, perspektywy*, red. A. Torbus, Warszawa 2015, s. 137.

6 Dz.U. 2014 poz. 101 ze zm., dalej k.p.c.

7 Dz.U. nr 233 poz. 1381.

8 Cf. J. Jankowski, *Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego. Część II. Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne*, „Monitor Prawniczy” 2012, nr 3, s. 118.

nie⁹ i orzecznictwie¹⁰ podkreśla się, że rzeczony przepis dotyczy roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej samym wykonaniem zabezpieczenia, ale nie obejmuje już roszczenia o zwrot spełnionego lub wyegzekwowanego świadczenia. Jednakże bardziej przekonujące jest stanowisko, które odwołuje się do dosłownego brzmienia wspomnianego przepisu i dopuszcza objęcie tym roszczeniem szkodę efektywnie poniesioną (*damnum emergens*) i zwrot utraconych korzyści (*lucrum cessans*)¹¹. Argumentem za tym poglądem jest to, że skutek wykonania zabezpieczenia może wynikać jednocześnie szkoda dla obowiązanego i korzyść majątkowa dla uprawnionego – tym samym dojdzie do zbiegu podstaw odpowiedzialności deliktowej z art. 746 § 1 k.p.c. oraz art. 410 i n. k.c.¹² Niemniej, odpowiedzialność uregulowana w przedmiotowym przepisie dotyczy wyłącznie szkód majątkowych, a roszczenie o zadośćuczynienie za doznaną krzywdę może znaleźć swą ustawową podstawę w art. 24 k.c. oraz art. 444 i n. k.c.¹³

Jurysdykcja w sprawach odszkodowawczych

Jeśli siedziby stron w procesie o odszkodowanie znajdują się w dwóch różnych państwach członkowskich Unii Europejskiej, to zastosowanie będzie miało wyłącznie prawo unijne. Jest to przejaw procesu europeizacji prawa prywatnego, polegającego na poszerzeniu w Unii Europejskiej zasięgu regulacji wspólnej, która zasadniczo wypiera regulacje krajowe¹⁴. Podstawą prawną wydania regulacji wspólnotowych był przepis art. 288 traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹⁵, na podstawie którego kraje członkowskie przyznały Unii w szczególności kompetencje do wydawania rozporządzeń¹⁶. Rozporządzenie ma zasięg ogólny, wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich¹⁷. Aktem prawnym, na podstawie którego bada się jurysdykcję od 10 stycznia 2015 r., jest rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady

9 A. Zieliński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 1178.

10 Uchwała SN z dnia 3 października 1972 r., III CZP 53/72, OSN 1973, nr 10, poz. 164.

11 J. Jagieła, [w:] *KPC. Komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 1997, s. 617–618.

12 M. Iżykowski, *Naprawienie szkody wyrządzonej zabezpieczeniem*, „Palestra” 1979, nr 10, s. 4–5.

13 M. Muliński, [w:] *KPC, t. II. Komentarz do art. 730-1088*, red. J. Jankowski, Warszawa 2013, s. 66.

14 Cf. M. Świerczyński, *Naruszenie prawa własności intelektualnej w prawie prywatnym międzynarodowym*, Warszawa 2013, s. 95–96.

15 Dz.Urz. UE C 2010, nr 83.

16 W myśl art. 67 ust. 4 traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej Unia Europejska ułatwia dostęp do wymiaru sprawiedliwości, w szczególności przez zasadę wzajemnego uznawania orzeczeń sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych. Zgodnie zaś z przepisem art. 81 ust. 2 pkt 1 ww. traktatu Parlament Europejski i Rada, zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, przyjmują w szczególności, jeżeli jest to niezbędne do prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego, środki mające na celu zapewnienie wzajemnego uznawania i wykonywania przez państwa członkowskie orzeczeń sądowych i pozasądowych.

17 K.-D. Borchardt, *The ABC of European Union law*, Brussels 2010.

(UE) nr 1215/2012 z 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych. To stosunkowo nowe rozporządzenie nie przekreśliło jednak dorobku orzeczniczego wypracowanego przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który wciąż jest aktualny¹⁸. W motywie 34. preambuły do Brukseli I bis prawodawca unijny stwierdził, że swoją ciągłość zachowuje wykładnia postanowień rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 z 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych¹⁹ dokonana przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Zasadą ogólną wywodzoną z obu tych rozporządzeń jest, że osoby mające miejsce zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego mogą być pozwane, niezależnie od ich obywatelstwa, przed sądy tego państwa członkowskiego (art. 4 ust. 1 Brukseli I bis). W myśl przepisu art. 63 ust. 1 przez miejsce zamieszkania osób prawnych rozumie się miejsce, gdzie znajduje się ich statutowa siedziba, ich główny organ zarządzający lub główne przedsiębiorstwo. Oznacza to, że osoba mająca w Polsce miejsce zamieszkania (siedzibę), której wyrządzono szkodę wykonaniem zabezpieczenia w procesie toczącym się przed polskim sądem powszechnym, w którym jednak oddalono prawomocnie powództwo osoby mającej miejsce zamieszkania (siedzibę) w innym państwie członkowskim, może pozwać tę osobę przed sąd innego państwa członkowskiego, w którym ta osoba pozwana ma miejsce zamieszkania (siedzibę). W dalszej części opracowania przedstawię jednak argumenty świadczące o tym, że nie jest to jedyna możliwość dla powoda.

Odpowiedź na pytanie, czy dopuszczalne jest wytoczenie powództwa przed sądem innym niż sąd wskazany przez art. 4 ust. 1 Brukseli I bis, wymaga przeanalizowania roszczenia z art. 746 § 1 k.p.c. w porównaniu z roszczeniem deliktowym zgłaszanym na zasadach ogólnych. W przypadku przeczącej odpowiedzi na to pytanie może wszak pojawić się pokusa odrzucenia pozwu.

Z ugruntowanego już poglądu polskiej doktryny wynika, że odpowiedzialność uprawnionej względem zobowiązanego, którą określa przepis ustawy cywilnoprosesowej, jest przepisem szczególnym w stosunku do art. 415 k.c.²⁰ Roszczenie z art. 746 k.p.c. nie jest, w przeciwieństwie do roszczenia wynikającego z przepisów ogólnych, zależne od

18 M. Świerczyński, [w:] *Jurysdykcja, uznawanie orzeczeń sądowych oraz ich wykonywanie w sprawach cywilnych i handlowych. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012. Komentarz*, red. J. Gołaczyński, Warszawa 2015, s. 54.

19 Dz.Urz. UE L 12 z 16.01.2001 r., s. 1–23, polskie wydanie specjalne, r. 19, t. 4, s. 42–64; dalej Bruksela I. Szeroką i ciekawą analizę zmian rozporządzenia nr 44/2001 przedstawił K. Weitz, *Projektowane zmiany rozporządzenia nr 44/2001*, [w:] *Europejskie prawo procesowe cywilne i kolizyjne*, red. P. Grzegorzcyk, K. Weitz, Warszawa 2012 s. 21–114.

20 W. Głodowski, *Zabezpieczenie roszczeń dochodzonych przed sądem polubownym*, „Kwartalnik ADR” 2009, nr 1(5), s. 109–110.

przesłanki winy, a odpowiedzialność uprawnionego jest powiązana jedynie z „wynikiem” postępowania, a nie zachowaniem odpowiedzialnego²¹. Pomimo to w ocenie doktryny pozwany (uprzedni uprawniony) może powołać się na przesłanki egzoneracyjne w postaci „wylącznej winy zobowiązanego lub osoby trzeciej” lub też „działania siły wyższej”²². Na zasadach ogólnych za szkodę odpowiada jedynie osoba, której zawinione zachowanie jest źródłem powstania tej szkody²³. Przypomnienia wymaga bowiem, że do przesłanek powszechnej odpowiedzialności deliktowej należą: zachowanie, wina, bezprawność, szkoda i związek przyczynowy²⁴. Bezprawność pojmuje się jako niezgodność zachowania się sprawcy z porządkiem prawnym, w tym naruszenie przepisów prawa pozytywnego, ale także naruszenie zasad współżycia społecznego²⁵. Z kolei stroną podmiotową czynu niedozwolonego jest wina. Może ona przybrać formę winy umyślnej lub nieumyślnej. Ta ostatnia wiąże się z niedołożeniem wymaganej staranności, o której mowa w art. 355 k.c.²⁶ Zarzut winy nieumyślnej można postawić sprawcy tylko wówczas, gdy ustalono naganną decyzję, jaką sprawca podjął w konkretnej sytuacji, nieświadomy możliwości bezprawnego zachowania albo bezpodstawnie sądząc, że go uniknie²⁷.

Wbrew odmiennemu stanowisku Sądu Najwyższego²⁸ może pojawić się pokusa interpretacji, że nie można mówić o bezprawności zachowania strony pozwanej w sytuacji, gdy zabezpieczenie zostało wykonane na jej wniosek przez organ egzekucyjny na podstawie prawomocnego postanowienia sądu powszechnego o udzieleniu zabezpieczenia. Trudno zarzucać pozwanemu winę w jakiegokolwiek postaci w złożeniu wniosku o zabezpieczenie w procesie, w którym był on stroną powodową. Sprawia to, że prawdopodobne może być uznawanie tego typu roszczeń jako niewynikających z czynu niedozwolonego pozwanego. Konsekwencją takiego stanowiska będzie zaś odrzucenie pozwu w przypadku pojawienia się takiego zarzutu strony pozwanej. O ile byłoby to rozwiązanie pragmatyczne procesowo dla sądu *a quo*, o tyle jego konsekwencji nie wypada deprecjonować. W przypadku niewłaściwego uznania braku jurysdykcji może to narazić budżet państwa na wypłatę odszkodowania za odesłanie skarżącego do sądu zagranicznego jako dokonane z naruszeniem Europejskiej Konwencji Praw Człowieka²⁹

21 J. Jagieła, [w:] *KPC. Komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 1997, s. 617–618.

22 M. Jagodziński, *Roszczenie o naprawienie szkody wyrządzonej wykonaniem zabezpieczenia*, [w:] *Księga dla naszych kolegów*, red. J. Mazurkiewicz, Wrocław 2013, s. 179.

23 G. Bieniek, [w:] *Komentarz do Kodeksu cywilnego*, ks. III. *Zobowiązania*, t. I, Warszawa 2008, s. 295.

24 A. Olejniczak, Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2006, s. 200.

25 Wyrok SN z dnia 2 grudnia 2005 r., III CK 430/03, OSNC 2005/1/10.

26 Uchwała SN Izba Cywilna z dnia 15 lutego 1971 r., III CZP 33/70, OSNC 1971/4/59.

27 A. Olejniczak, Z. Radwański, *op. cit.*, s. 200.

28 Uchwała SN z dnia 7 października 2009 r., III CZP 68/09, OSNC 2010, nr 4, poz. 5, LexisNexis nr 20847502.

29 W sprawie Arlewin przeciwko Szwecji Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał, że odmowa uznania swej jurysdykcji przez sąd I instancji oraz odmowa zwrócenia się do Trybunału

Co najistotniejsze jednak w tym kontekście, rozporządzenie Bruksela I bis, wzorem swojego poprzednika, stwarza stronom możliwość powołania się na określoną w jego sekcji 2. jurysdykcję szczególną. Zasady tej jurysdykcji nie wypierają jednak wyżej opisanych reguł jurysdykcji ogólnej, a jedynie stanowią tzw. fakultatywną opcję dla powoda. I tak, zgodnie z art. 7 pkt 2 Brukseli I bis osoba, która ma miejsce zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego, może być pozwana w innym państwie członkowskim w sprawach dotyczących czynu niedozwolonego lub czynu podobnego do czynu niedozwolonego przed sądy miejsca, w którym nastąpiło lub może nastąpić zdarzenie wywołujące szkodę. Reguły szczególne są konsekwencją podejścia uwzględniającego ekonomikę procesową i predestynowanie sądu określonego państwa członkowskiego do rozpoznawania danej sprawy sądowej.

Wydaje się, że brzmienie przepisu art. 7 pkt 2 Brukseli I bis pozwala przyjąć szeroką interpretację, obejmującą także sprawy wytaczane celem dochodzenia naprawienia szkody wyrządzonej wykonaniem zabezpieczenia udzielonego przez sąd państwa członkowskiego innego niż państwo miejsca zamieszkania (siedziby) pozwanego – uprawnionego w sprawie o zabezpieczenie. Wprawdzie polska doktryna³⁰ nie określa roszczeń mających swą normatywną podstawę w przepisie art. 746 § 1 k.p.c. jako roszczenie podobne do czynu niedozwolonego, lecz stosuje opisowe określenie użyte przez ustawodawcę w tym przepisie, tj. roszczenie o naprawienie szkody wyrządzonej wykonaniem zabezpieczenia, jednak wydaje się, że nie powinno to mieć większego znaczenia przy dokonywaniu wykładni autonomicznej pojęć użytych w aktach prawa unijnego³¹. Potwierdza to jednoznacznie J. Gołaczyński, formułując tezę o autonomiczności wykładni pojęcia czynu niedozwolonego³². Przy dokonywaniu wykładni aktów prawa unijnego uwzględnia się nie tylko brzmienie przepisu, ale także jego kontekst i cele regulacji³³. Unikać należy wykładni rozszerzającej regulacji szczególnych, będących odstępstwem od ogólnych reguł³⁴.

O ile przy badaniu jurysdykcji konieczne jest sięgnięcie do merytorycznych kwestii sprawy, o tyle w tym przypadku chodzi jedynie o stwierdzenie, jakiego typu jest konkret-

Sprawiedliwości przez szwedzki Sąd Najwyższy doprowadziła do naruszenia prawa powoda do rzetelnego procesu z art. 6 ust. 1 Konwencji o prawach człowieka. Cf. wyrok ETPC z dnia 1 marca 2016 r., skarga nr 22302/10.

30 Cf. M. Jagodziński, *op. cit.* i literatura tam wskazana.

31 Tak też ten termin zalecają wykładac A. Adamek, A. Frań-Adamek, [w:] *Komentarz do rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych*, LEX/el., 2004, nr 7817. Z kolei w wyroku Trybunału (pierwsza Izba) z dnia 16 maja 2013 r. w sprawie C-228/11, TSUE przypomniał, że przepisy rozporządzenia jurysdykcyjnego powinny być przedmiotem wykładni autonomicznej, dokonywanej w drodze odwołania się do jego systematyki i celów.

32 J. Gołaczyński, *Współpraca sądowa w sprawach cywilnych i handlowych w Unii Europejskiej*, Warszawa 2007, s. 37.

33 Wyrok TSUE z dnia 17 marca 2016 r., w sprawie C-99/15.

34 J. Gołaczyński, *op. cit.*, s. 35.

ne powództwo. Pozwala to z kolei na zakwalifikowanie go do choćby jednej z podstaw jurysdykcyjnych uzasadniających jurysdykcję sądu polskiego, mając na uwadze właśnie rodzaj (typ) dochodzonego roszczenia³⁵. Według Trybunału Sprawiedliwości przepis art. 5 pkt 3 Brukseli I obejmował wszystkie powództwa, za pomocą których dochodzona jest odpowiedzialność za szkodę, która to odpowiedzialność nie wynika z umowy w rozumieniu art. 5 pkt 1 tego rozporządzenia³⁶. Skoro zaś nie ma zasadniczych różnic między oboma rozporządzeniami unijnymi w zakresie deliktów³⁷, to warto przywołać trafny i wciąż aktualny pogląd Trybunału, że zasada jurysdykcji szczególnej – w ramach odstępstwa od zasady jurysdykcji sądów miejsca zamieszkania (siedziby) pozwanego – jest oparta na istnieniu łącznika wynikającego ze ścisłego związku między roszczeniem a sądami miejsca, gdzie nastąpiło lub może nastąpić zdarzenie wywołujące szkodę. Jest to łącznik uzasadniający przyznanie jurysdykcji tym sądom ze względu na prawidłowe administrowanie wymiarem sprawiedliwości oraz sprawną organizację postępowania³⁸. W dziedzinie czynów niedozwolonych sąd miejsca, w którym nastąpiło lub może nastąpić zdarzenie wywołujące szkodę, jest zwykle predestynowany do orzekania w sprawie, w szczególności z powodu bliskości względem sporu i łatwości w przeprowadzaniu postępowania dowodowego. Zatem tym bardziej ów sąd będzie do tego kompetentny w przypadku szkody wyrządzonej zabezpieczeniem udzielonym przez sąd krajowy³⁹. Trudno bowiem wymagać od sądu innego państwa członkowskiego kompetencji do rozstrzygnięcia tego typu spraw w sytuacji, gdy jedynym łącznikiem prawa sądu tego państwa z daną sprawą cywilną jest siedziba strony pozwanej. Nie wydaje się, aby właściwym i adekwatnym łącznikiem w przypadkach, które uchodzą za skomplikowane pod względem prawnym i faktycznym, była siedziba pozwanego. Nie sposób inaczej oceniać spraw, w których najpierw zostało prawomocnie udzielone zabezpieczenie (strona powodowa wykazała rygorystycznie oceniane przez sądy przesłanki), a następnie powództwo zostało prawomocnie oddalone. Przy czym *de iure* to samo roszczenie pod względem przedmiotowym i podmiotowym było za pewne wnikliwie analizowane przez zawodowych

35 Cf. wyrok SA we Wrocławiu z dnia 2 września 2011 r., I ACa 830/11, OSAW 2012/1/238.

36 Tak też ETS w wyrokach: z dnia 27 września 1988 r. w sprawie 189/87 Kalfelis v. Schröder, Slg. 1988, 5565; z dnia 26 marca 1992 r. w sprawie C-261/90 Reichert v. Dresdner Bank, Slg. 1992, I-2149; z dnia 27 października 1998 r. w sprawie C-51/97 Réunioneuropéenne SA v. Spliethoff'sBevrachtingskantoor BV, Slg. 1998, I-6511; z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie C-96/00 Gabriel, Slg. 2002, I-6367; z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-334/00 Tacconi v. Wagner, Slg. 2002, I-7357; z dnia 1 października 2002 r. w sprawie C-167/00 Verein für Konsumenteninformation v. Henkel, Slg. 2002, I-8111.

37 Analiza dokonanych zmian w reżimie brukselskim: M. Stępień, *Nowe rozporządzenie Bruksela I z punktu widzenia przedsiębiorców*, [w:] *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej*, red. T. Kocowski, J. Gola, Wrocław 2014, s. 356–366.

38 Wyrok TSUE z dnia 25 października 2012 r. w sprawie C-133/11.

39 Cf. pkt 37 i 38 uzasadnienia wyroku TSUE z dnia 25 października 2012 r. w sprawie C-133/11.

sędziów przed wydanymi rozstrzygnięciami w toku postępowania zabezpieczającego oraz postępowania rozpoznawczego.

Poza tym łącznik miejsca deliktu predestynuje sąd krajowy do orzekania w sprawie roszczenia o naprawienie szkody wyrządzonej wykonaniem zabezpieczenia udzielonego przez sąd tego samego państwa i na jego terytorium wykonanego, w sytuacji gdy strona obowiązana tym zabezpieczeniem nie ma miejsca zamieszkania (siedziby) w kraju. Łącznik wynikający z art. 7 pkt 2 rozporządzenia brukselskiego oparty jest na ścisłym związku między roszczeniem a sądem miejsca, w którym nastąpiło lub może nastąpić zdarzenie wywołujące szkodę, które uzasadnia przyznanie jurysdykcji⁴⁰. Podkreśla się użyteczność i łatwość w uzyskaniu dowodów związanych ze zdarzeniem szkodowym⁴¹. Można w ten sposób uniknąć żmudnego i kosztownego tłumaczenia przysięgłego akt sprawy o zabezpieczenie oraz zasięgania informacji o prawie obcym i regułach jego wykładni.

Argumentację tę mogłaby potwierdzać również okoliczność, że prawodawca unijny zdecydował się na niewielką korektę przepisu art. 7 pkt 2 Brukseli I bis w porównaniu z dotychczasowym brzmieniem przepisu art. 5 pkt 3 Brukseli I⁴². Wszak dotychczasowy przepis określający jurysdykcję szczególną znajdował swoje zastosowanie wówczas, gdy przedmiotem postępowania był czyn niedozwolony lub czyn podobny do czynu niedozwolonego albo roszczenia wynikające z takiego czynu. Jednakże bardziej ogólne jest określenie w aktualnym rozporządzeniu, w którym jurysdykcja szczególna obejmuje wszelkie sprawy dotyczące tych czynów. Powoduje to, że dokonana w nowym rozporządzeniu unijnym modyfikację jurysdykcji szczególnej dotyczącej czynów niedozwolonych można uznać za trafną i pożądaną. Rozporządzenie musi być uniwersalne w swoim normowaniu, albowiem jest stosowane w 28 krajach członkowskich o odmiennej kulturze prawnej. W państwach członkowskich istnieją wyraźne różnice wynikające z odrębności kulturowych oraz różnych tradycji prawniczych, jak choćby odmienne reguły odpowiedzialności kontraktowej i deliktowej⁴³. Poza tym pozwala ono obecnie uniknąć przez powoda (uprzednio obowiązane) negatywnych konsekwencji, powszechnej w europejskim systemie prawnym zasady *actor sequitur forum rei*.

Wnioski

Autonomiczne rozumienie użytych w rozporządzeniach unijnych pojęć „czyn niedozwolony”, „czyn podobny do czynu niedozwolonego”, „roszczenia wynikające z takich

40 M. Świerczyński, *op. cit.*, s. 60.

41 P. Rylski, *Pojęcie „miejsce zdarzenia wywołującego szkodę” w sprawach deliktowych na podstawie art. 5 pkt 3 rozporządzenia 44/01*, „Studia Iuridica” 2007, nr 47, s. 221 i n.

42 Szerokiej interpretacji tego przepisu, dopuszczającej obejmowanie nim także spraw z powództw o zaniechanie działań mogących skutkować wyrządzeniem szkody, dokonał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 października 2011 r., II CSK 51/11, LEX nr 1084550.

43 J. Gołaczyński, *op. cit.*, s. 20–21.

czynów” wydaje się uzasadniać objęcie zakresem tej regulacji przedmiotowych roszczeń odszkodowawczych⁴⁴. Nie jest to odrzucana przez autorytety wykładnia rozszerzająca regulacji szczególnych dotyczących jurysdykcji, a ustalenie zakresu normy jurysdykcyjnej z uwzględnieniem systematyki i celów rozporządzenia brukselskiego⁴⁵. Nie ulega bowiem wątpliwości, że w sprawach roszczeń będących przedmiotem niniejszego opracowania mogą występować co najmniej czyny podobne do czynu niedozwolonego. Zaś ustalanie na wstępnym etapie postępowania, czy roszczenia z art. 746 k.p.c. są roszczeniami z czynu niedozwolonego, czy czynu podobnego do czynu niedozwolonego (roszczenia *sui generis*), czy też w ogóle czyny te są przedmiotem tego postępowania, jest trudne i obciążone dużym ryzykiem błędu. Nie zachodzi również potrzeba przesądzenia o charakterze prawnym czynu na etapie badania zarzutu braku jurysdykcji. Dopiero pełne postępowanie dowodowe może doprowadzić do ostatecznego wykazania, czy zabezpieczenie zostało udzielone i wykonane, powództwo prawomocnie oddalone, a pozwany poniósł szkodę związaną z wykonaniem zabezpieczenia⁴⁶. Wówczas też zostanie ustalony charakter zarzucanego czynu. Sprawia to, że – bez konieczności przesądzenia o charakterze roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej wykonaniem zabezpieczenia – można uzasadniać jurysdykcję krajową na podstawie przepisów o jurysdykcji szczególnej, tj. art. 7 pkt 2 Brukseli I bis w tego typu postępowaniach.

Literatura

- Borchardt K.-D., *The ABC of European Union law*, Brussels 2010.
- Głodowski W., *Zabezpieczenie roszczeń dochodzonych przed sądem polubownym*, „Kwartalnik ADR” 2009, nr 1(5).
- Gmurzyńska E., *Mediacja – Stany Zjednoczone, Wielka Brytania*, [w:] *Mediacja w sprawach gospodarczych. Praktyka, teoria, perspektywy*, red. A. Torbus, Warszawa 2015.
- Gołaczyński J., *Współpraca sądowa w sprawach cywilnych i handlowych w Unii Europejskiej*, Warszawa 2007.
- Iżykowski M., *Naprawienie szkody wyrządzonej zabezpieczeniem*, „Palestra” 1979, nr 10.
- Jagodziński M., *Roszczenie o naprawienie szkody wyrządzonej wykonaniem zabezpieczenia*, [w:] *Księga dla naszych kolegów*, red. J. Mazurkiewicz, Wrocław 2013.
- Jankowski J., *Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego. Część II. Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne*, „Monitor Prawniczy” 2012, nr 3.
- Jurysdykcja, uznawanie orzeczeń sądowych oraz ich wykonywanie w sprawach cywilnych i handlowych. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Radu (UE) nr 1215/2012. Komentarz*, red. J. Gołaczyński, Warszawa 2015.

44 Cf. wyrok SN z dnia 7 października 2011 r., II CSK 51/11, LEX nr 1084550.

45 Cf. wyrok TSUE z dnia 16 maja 2013 r. w sprawie C-228/11, pkt 22.

46 Cf. wyrok SA we Wrocławiu z dnia 2 września 2011 r., I ACa 830/11, OSAW 2012/1/238.

Komentarz do rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych, LEX/el. 2004, nr 7817.

Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania, t. I, Warszawa 2008.

KPC. Komentarz, red. K. Piasecki, Warszawa 1997.

KPC, t. II, *Komentarz do art. 730–1088*, red. J. Jankowski, Warszawa 2013;

Olejniczak A., Radwański Z., *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2006.

Polska 2015. Raport o stanie handlu zagranicznego, Warszawa 2015.

Rylski P., *Pojęcie „miejsce zdarzenia wywołującego szkodę” w sprawach deliktowych na podstawie art. 5 pkt 3 rozporządzenia 44/01*, „*Studia Iuridica*” 2007, nr 47.

Stępień M., *Nowe rozporządzenie Bruksela I z punktu widzenia przedsiębiorców*, [w:] *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej*, red. T. Kocowski, J. Gola, Wrocław 2014.

Świerczyński M., *Naruszenie prawa własności intelektualnej w prawie prywatnym międzynarodowym*, Warszawa 2013.

Weitz K., *Projektowane zmiany rozporządzenia nr 44/2001*, [w:] *Europejskie prawo procesowe cywilne i kolizyjne*, red. P. Grzegorzcyk, K. Weitz, Warszawa 2012.

Zieliński A., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2008.

SUMMARY

Jurisdiction regarding a civil claim for damages for the claim security in Regulation (EU) No 1215/2012

The article is devoted to national court powers in cases for damages for the claim security in Regulation (EU) No 1215/2012. The paper presents basic information about general provisions and special jurisdiction. The study is focused on damages for the claim security in the Polish civil procedure and the essentially legal meaning of tort, delict or quasi-delict in European civil law. An interpretation of the aforementioned subjects in the jurisdiction of Polish courts and the Court of Justice is presented. The author tries to answer the question of whether a person domiciled in one Member State may be sued in another Member State as regards a civil claim for damages for the claim security awarded and carried out in another Member State.

Keywords: Polish commercial law, capital companies' liquidation, liquidated companies' debts in the Polish law, concept of contractual relation in the Polish Supreme Court jurisprudence

MATEUSZ WIKTOR GOŁAK, Adam Mickiewicz University Poznań, Faculty of Law and Administration, Al. Niepodległości 53, 61-714 Poznań, e-mail: mateusz.golak@amu.edu.pl.