

ADAM MICKIEWICZ UNIVERSITY
LAW REVIEW

ADAM MICKIEWICZ UNIVERSITY LAW REVIEW

PRZEGŁĄD PRAWNICZY UNIwersYTETU IM. ADAMA MICKIEWICZA

LA REVUE JURIDIQUE DE L'UNIVERSITÉ ADAM MICKIEWICZ

3

2014



POZNAŃ 2014

Editorial Board

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

Proofreader Editors

Paul Newsham
Alicja Tempłowicz

Scientific Board

Prof. Roman Budzinowski
Prof. Wojciech Dajczak
Prof. Tadeusz Gadkowski
Prof. Ulrich Häde
Prof. Zbigniew Janku
Prof. Elżbieta Jantoń-Drozdowska
Prof. Zdzisław Kędzia
Prof. Marian Kępiński
Prof. Krzysztof Knoppek
Prof. Hubert Kołdecki
Prof. Krzysztof Krasowski
Prof. Jerzy Małecki
Prof. Anna Mikulska
Prof. Leopold Moskwa
Prof. Zdzisław Niedbała
Prof. Jerzy W. Ochmański
Prof. Adam Olejniczak
Prof. Francisco Javier Andrés Santos
Prof. Marek Smolak
Prof. Tomasz Sokołowski
Prof. Daniil Tuzov
Prof. Jacek Wiewiorowski
Prof. Paweł Wiliński
Prof. Robert Zawłocki

ISSN 2083-9782

Financed by Adam Mickiewicz University Poznań & 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

Printed version is the original version of the journal

Typeset: Joanna Askutja

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

Published by: European Law Students Association ELSA Poznań

Contents

Preface	9
PIOTR ALEXANDROWICZ	
The formation of Gratian's Decretum as an example of the vitality of Roman law.....	24
MATEUSZ KOTOWICZ	
Share capital in a limited liability company – an effective form of creditor protection?	35
SŁAWOMIR MARCINIAK	
Premises of acceptance of a cessation appeal by the Supreme Court in Polish Civil Procedure	54
JUSTYNA ZYGMUNT	
The Safe Harbour Program – a bridge between the European and American systems of personal data protection.....	70
ALEKSANDER GADKOWSKI	
The European Committee of Social Rights in the system of International Human Rights Treaty Bodies	93
MATEUSZ KARCIARZ	
The application by the legislator of the regime of administrative responsibility in light of the jurisdiction of the Constitutional Tribunal of the Republic of Poland	106
JAKUB TERLEGA	
Municipality (State Treasury) in the class of persons entitled to restitution of expropriated real estate	121
MARCIN REJMUS	
The President of the Energy Regulatory Authority in relation to energy policy in Poland.....	133
MICHAŁ ILSKI	
The concept of an enterprise and the concept of an organized part of an enterprise in Polish tax legislation	149

EWELINA KUSOWSKA	
The disciplinary proceeding – reflections on the Resolutions of the Supreme Court I KZP18/12of 24 January 2013.....	165
ANNA MIKULSKA	
To have your cake and eat it too: accountability under a preferential voting system.....	198
MICHAŁ KROTOSZYŃSKI	
Polish lustration and the models of transitional justice.....	211
KALIKST NAGEL	
Human rights and the law of human rights: a positive legal regulation of an ontic reality	227
LATIEFA ALBERTUS	
Some unresolved complexities in matters involving paternity: a South African Perspective.....	248
TATYANA N. TROSHKINA	
Reform of Russian Education and the New Law on Education of 2012.....	263
ALEXANDER A. YALBULGANOV	
The novelties in the legislation of the Russian Federation on public financial control.....	277
DMITRY L. KOMYAGIN	
Budget reforms in Russia: results and perspectives	293
List of Authors	295

Spis treści

Preface	9
Słowo wstępne	11
PIOTR ALEXANDROWICZ	
Powstanie Dekretu Gracjana jako przykład żywotności prawa rzymskiego	13
MATEUSZ KOTOWICZ	
Kapitał zakładowy w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością – skuteczny instrument ochrony wierzycieli?	25
SŁAWOMIR MARCINIAK	
Przesłanki przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania w postępowaniu cywilnym	37
JUSTYNA ZYGMUNT	
Program Safe Harbour – pomost między europejskim a amerykańskim systemem ochrony danych osobowych	55
ALEKSANDER GADKOWSKI	
Europejski Komitet Praw Społecznych w systemie organów traktatowych międzynarodowej ochrony praw człowieka	71
MATEUSZ KARCIARZ	
Stosowanie przez ustawodawcę reżimu odpowiedzialności administracyjnej w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego	95
JAKUB TERLEGA	
Gmina (Skarb Państwa) w kręgu podmiotów uprawnionych do zwrotu wywłaszczonej nieruchomości	107
MARCIN REJMUS	
Zadania Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki a polityka energetyczna państwa	123
MICHAŁ ILSKI	
Pojęcie przedsiębiorstwa i zorganizowanej części przedsiębiorstwa na gruncie prawa podatkowego	135

EWELINA KUSOWSKA

O postępowaniach dyscyplinarnych – uwagi na tle Uchwały Sądu Najwyższego I KZP
18/12 z dnia 24 stycznia 2013 roku151

ANNA MIKULSKA

To have your cake and eat it too: accountability under a preferential voting system167

MICHAŁ KROTOSZYŃSKI

Polish lustration and the models of transitional justice..... 199

KALIKST NAGEL

Human rights and the law of human rights: a positive legal regulation of an ontic reality ... 213

LATIEFA ALBERTUS

Some unresolved complexities in matters involving paternity: a South African Per-
spective229

TATYANA N. TROSHKINA

Reform of Russian Education and the New Law on Education of 2012.....249

ALEXANDER A. YALBULGANOV

The novelties in the legislation of the Russian Federation on public financial control265

DMITRY L. KOMYAGIN

Budget reforms in Russia: results and perspectives 279

Preface

The second anniversary has passed of the publication of the Adam Mickiewicz University Law Review's first volume. This event, which took place on the 11th of May 2012, was of great importance for the Faculty of Law and Administration. It was the first time that Master's and Doctoral Degree Candidates from our Faculty organised the whole publication process themselves, becoming initiators, creators and publishers.

Two years is not a long period. However, during that time, three impressive volumes have appeared. Those volumes are evidence of the scope of young people's academic activity as well as proof of their deep interest in the way the legal system influences the social and economic spheres.

The published articles are concerned with all areas of law, referring to common tasks in doctrine as well as analysing the functioning of selected regulations. All the treatises take into consideration the changing forms of the functioning of law as well as contemporary judicature. The problematic area of European Union regulations is also of special interest.

The Adam Mickiewicz University Law Review is not only the mark of the Faculty of Law and Administration, but is also evidence of the great success of its Professors – academic teachers and supervisors. The achievements of the youngest members of our community also brings us great pleasure, by way of their involvement and diligence.

Prof. Teresa Rabska

Słowo wstępne

Mija druga rocznica spotkania inauguracyjnego ukazanie się pierwszego zeszytu czasopisma Przegląd Prawniczy Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza. Tym większe było to dla Wydziału Prawa i Administracji wydarzenie, że po raz pierwszy w życiu wydziału inicjatorami, twórcami i wydawcami tego czasopisma są studenci i młodzi absolwenci.

Dwa lata to krótki okres w życiu wydawniczym, a już trzy imponujące zeszyty, będące przede wszystkim świadectwem wszechstronnej aktywności naukowej młodych ludzi. To dowód głębokiego zainteresowania studentów i młodych absolwentów prawa sposobem kształtowania przez system prawny otaczających nas stosunków społecznych i gospodarczych.

Charakterystyczna jest tematyka artykułów. Odnoszą się niemal do wszystkich dziedzin prawa, zarówno zagadnień ogólnych, odwołując się do poglądów doktryny na omawiane instytucje prawne, jak i obejmując analizy wybranych przepisów prawa oraz ich funkcji i znaczenia. Dotyczą wciąż zmieniających się metod i form działania oraz czynności prawnych. Nie jest im obca sfera orzecznictwa. Szczególnie cenne jest podnoszenie współczesnej problematyki ustawodawstwa Unii Europejskiej i jego wpływu na kształtowanie i stosowanie prawa krajowego.

Czasopismo jest wizytówką Uczelni, ale i sukcesem jej Profesorów – wykładowców i promotorów prac. Osiągnięcia najmłodszych członków naszej wydziałowej wspólnoty budzą radość. Poprzez swoje zaangażowanie i rzetelne badania wpisują się w szeroką działalność naukową wydziału.

Prof. zw. dr hab. Teresa Rabska

PIOTR ALEXANDROWICZ

Powstanie *Dekretu* Gracjana jako przykład żywotności prawa rzymskiego

Wprowadzenie

Dekret Gracjana jest do dziś uznawany za pomnik prawa kanonicznego, to dzieło, od którego rozpoczęła się nauka kanonistyki i którego znaczenie trudno przecenić¹. Na powstanie tego zbioru miały wpływ bardzo różne czynniki, był on owocem licznych procesów, dokonujących się w Kościele i w Europie w czasach działalności samego Gracjana, jak i tę działalność poprzedzających². Zostaną one przedstawione w niniejszym artykule, który nie ma na celu omawiania samego *Dekretu*, lecz raczej syntetyczne ujęcie przyczyn jego powstania. Dzieło Gracjana można uznać za przykład ciągłości tradycji romanistycznej³, bowiem w sposób szczególny na jego powstanie wpłynęło prawo rzymskie.

Historia prawa kanonicznego i jego źródeł a prawo rzymskie

Powstanie *Dekretu* stanowiło w znacznym stopniu konsekwencję długiej i skomplikowanej ewolucji instytucji prawa kanonicznego. Istnienie prawa w Kościele było kontynuacją znaczenia Tory dla biblijnego Izraela, tj. prawa jako fundamentu zawartego Przymierza. Stosunek chrześcijan do Tory określiły słowa Jezusa Chrystusa (Mt 5,17), który nie odrzucił Prawa, lecz je wypełnił, a ponieważ większość pierwszych chrześcijan

1 Cf. R. Sobański, *Teoria prawa kościelnego*, Warszawa 1992, s. 37; A. Dębiński, *Kościół i prawo rzymskie*, Lublin 2008, s. 75.

2 Obszerne ujęcie tychże: A. Adamczuk, *Prawo i obraz w miniaturstwie średniowiecznym. Iluminowany rękopis Concordia discordantium canonum Gracjana w zbiorach Biblioteki Uniwersyteckiej KUL*, Lublin 2009, ss. 31–85.

3 Cf. A. Vetulani, *Z badań nad prawem rzymskim w Dekrecie Gracjana*, [w:] „Czasopismo prawnicze” 1936 nr 30, ss. 119–149.

była pochodzenia żydowskiego⁴, Prawo już na samym początku istnienia Kościoła było obecne w refleksji chrześcijan. Od tamtego czasu można też mówić o tworzeniu prawa koniecznego do normowania stosunków wewnątrz wspólnoty Kościoła, co trudno jednak uznać za próby konstruowania jakiegoś spójnego systemu⁵. Dopiero od V wieku zaczynają powstawać bardziej uporządkowane zbiory kanonów synodalnych i soborowych, a później dynamicznie rozwijają się różnego rodzaju kolekcje praw, przeważnie tworzonych na potrzeby prywatne⁶. Nie później niż od X wieku zaczynają powstawać systematyczne zbiory ustaw kościelnych⁷, bezpośrednio poprzedzające powstanie samego *Dekretu*⁸. Różne czynniki mające udział w kształtowaniu prawa kanonicznego i prowadzące do określonych zmian w jego systemie⁹ znalazły swoje ukoronowanie właśnie w dziele Gracjana. Jego powstanie w bardzo wyraźny sposób stało się podstawową cezurą dla mówienia o historii prawa kanonicznego¹⁰. Wcześniej powstawały zbiory prawa, którym wiele brakowało do całościowego i systematycznego ujęcia problematyki istotnej dla prawa kanonicznego. Dopiero *Dekret* sprostął takim wymaganiom i odegrał kluczową rolę w początkach kanonistyki. Przez setki lat odnoszono się do niego, jako do pewnego fundamentu, na którym rozwijało się prawo kanoniczne. Trwało to w zasadzie aż do czasu powstania dwudziestowiecznych kodyfikacji¹¹, choć i wtedy nie stracił on całkiem swojego znaczenia.

Jednym z najistotniejszych czynników wpływających na kształt powstającego prawa kanonicznego Kościoła starożytnego było prawo rzymskie¹². Jego rola okazała się tym większa, że oddziaływało ono na prawo Kościoła w samych początkach jego istnienia oraz niejako otaczało go w jego starożytnej codzienności¹³. Bez wątpienia miało to znaczenie dla tych, którzy tworzyli prawo w Kościele. W sposób szczególny wpływ prawa

4 Cf. M. Banaszak, *Historia Kościoła Katolickiego*, t. I, *Starożytność*, Warszawa 1987, ss. 24 i nast.

5 Cf. I. Subera, *Historia źródeł i nauki prawa kanonicznego*, Warszawa 1977, ss. 29 i nast.

6 Cf. *ibidem*, ss. 40 i nast. Syntetyczne omówienie powstawania przedmiotowych *Collections*: B. E. Ferme, *Introduzione alla storia del diritto canonico*, t. I, *Il diritto antico fino al Decretum di Graziano*, Mursia 1998, ss. 77–140.

7 Cf. P. Hemperek, W. Góralski, *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1983 r.*, t. I, cz. 1, *Historia źródeł i nauki prawa kanonicznego*, Lublin 1995, ss. 57 i nast.

8 Cf. B. E. Ferme, *op. cit.*, ss. 145–194.

9 Cf. I. Subera, *op. cit.*, ss. 72 i nast.

10 Cf. *ibidem*, ss. 83–84.

11 Cf. *ibidem*, ss. 109–110; F. Longchamps de Bérier, *Wobec dekodyfikacji: tradycja romanistyczna i prawo kanoniczne*, [w:] *Studia Historycznoprawne. Tom poświęcony pamięci prof. Edwarda Szymoszkę*, red. A. Konieczny, Wrocław 2008, s. 185; A. Dębiński, *Czy Kościół żyje prawem rzymskim?*, [w:] *Studia Historycznoprawne...*, s. 67.

12 Cf. J. Zabłocki, *Rzymskie korzenie prawa kanonicznego*, [w:] *Ars boni et aequi: księga pamiątkowa dedykowana księdzu profesorowi Remigiuszowi Sobańskiemu z okazji osiemdziesiątej rocznicy urodzin*, red. J. Wroczeński, H. Pietrzak, Warszawa 2010, s. 588.

13 Cf. A. Dębiński, *Ecclesia vivit lege romana. Znaczenie prawa rzymskiego dla rozwoju prawa Kościoła łacińskiego*, [w:] *Starożytne kodyfikacje prawa*, red. A. Dębiński, Lublin 2000, ss. 132–134.

rzymskiego nasilił się od roku 313, przede wszystkim przez działalność cesarzy wyznających chrześcijaństwo¹⁴.

Z punktu widzenia cesarstwa prawo Kościoła stanowiło ewenement: to właśnie przez nie doszło do dualizmu prawa w cesarstwie¹⁵. Owszem, innym władzom, kulturom, a nawet religiom pozostawiano wąską autonomię, ale w tym przypadku problem był odmienny. Chrześcijanie z jednej strony przestrzegali prawa cesarskiego i prawa kościelnego, z drugiej zaś nie godzili się na przykład na udział w kulcie cesarza, z czasem coraz bardziej ekspansywnym¹⁶. Taka sytuacja doprowadziła do ukształtowania się dwóch porządków prawnych, które miały funkcjonować w jednym państwie obok siebie. Powstał zatem problem relacji pomiędzy nimi, co stanowiło kwestię bardzo żywotną, bowiem rozstrzygającą się w codzienności chrześcijan.

Chrześcijanie nie czerpali z prawa rzymskiego w sposób bezpośredni i bezrefleksyjny. Jego wpływ na prawo w Kościele był widoczny na przykład w terminologii kościelnej, choć z drugiej strony czasami rzymskie terminy prawnicze były przez pisarzy chrześcijańskich przyporządkowywane do nowych, odmiennych znaczeń i wykorzystywane na gruncie teologii¹⁷. Stanowiło to konsekwencję używania tego samego języka – łacińskiego, zyskującego coraz większe znaczenie w życiu Kościoła. Także w praktyce stosowania prawa widać inspiracje prawem rzymskim: podział administracyjny Kościoła odpowiadał podziałowi dokonanemu w cesarstwie¹⁸, proces kościelny został ukształtowany na wzór procesu rzymskiego, a papieskie dekrety wzorowano na pismach cesarskich¹⁹; przy tym widać było również oddziaływanie pisarzy chrześcijańskich na ustawodawstwo cesarskie²⁰. Od IV wieku cesarze zaczęli w znaczący sposób wpływać na kształt prawa kanonicznego, ale Kościół nadal stał na stanowisku, że prawo rzymskie pozostaje prawem oddzielnym, „niekanonizowanym”, a na przykład papież Gelazjusz w jasny sposób opisał podział władzy na świecie: „uświęcona władza biskupów i zwierzchność cesarska”²¹, które pozostawały od siebie niezależne.

W XI wieku źródła prawa kanonicznego były niesłychanie różnorodne, a ich wykorzystywanie nastroczało trudności; na ich skomplikowaną strukturę wpłynął sposób, w jaki powstawały. Miały one różny zakres obowiązywania – co nieraz stanowiło źródło

14 Cf. A. Dębiński, *Kościół...*, ss. 28 i nast.; W. Bojarski, *Invocatio Dei w starożytnych zbiorach prawa*, [w:] *Religia i prawo karne w starożytnym Rzymie. Materiały z konferencji zorganizowanej 16–17 maja 1997 r. w Lublinie*, red. A. Dębiński, M. Kuryłowicz, Lublin 1998, ss. 15–18.

15 Cf. *ibidem*, ss. 17 i nast.; A. Dębiński, *Czy Kościół...*, s. 61.

16 Cf. M. Banaszak, *op. cit.*, ss. 45–46; M. Łuczak, *Prawo narzędziem pokoju. Z ks. prof. Remigiuszem Sobańskim rozmawia ks. Marek Łuczak*, Katowice 2010, ss. 18–19.

17 Cf. A. Dębiński, *Kościół...*, ss. 26–27.

18 Cf. M. Banaszak, *op. cit.*, ss. 191 i nast.

19 Cf. A. Dębiński, *Kościół...*, ss. 43–44.

20 Cf. np. K. Szczygalski, *Stanowisko Kościoła i cesarzy chrześcijańskich wobec konkubinatu*, [w:] *Współczesna romanistyka prawnicza w Polsce*, red. A. Dębiński, M. Wójcik, Lublin 2004, ss. 258 i nast.

21 A. Dębiński, *Kościół...*, s. 45.

nieporozumień – a także różną moc prawną. Składały się na nie teksty Ojców Kościoła, które rzadko były typowymi aktami normatywnymi, różne kanony soborów i synodów, dekretały papieskie i wiele innych pism oraz aktów prawnych²². Do tego pochodziły one z różnych okresów historii Kościoła, ale świadomość czasu ich powstania często zanikała, co prowadziło do wielu wątpliwości: większość norm nie traciła bowiem z czasem swojej mocy, ale trudno było ocenić, które są bardziej aktualne. Przeważnie funkcjonowały one w zbiorach tworzonych na potrzeby prywatne, z konieczności więc wybiórczych i często nie dających odpowiedzi na wszystkie pytania. Każdy autor umieszczał w swoim zbiorze te teksty, które jemu wydawały się istotne i użyteczne. Zawsze istniało niebezpieczeństwo korzystania ze źródeł sfalszowanych, bowiem brakowało narzędzi do oceny ich wiarygodności; co więcej, do takich fałszerstw w rzeczywistości dochodziło i miały one duże znaczenie dla ówczesnej polityki (na przykład słynna „Donacja Konstantyna”)²³. Do tych komplikacji należy dodać fakt, że wiek XI obfitował w problemy natury prawnej, jakim dotychczasowe przepisy nie mogły sprostać. Potrzebowano więc także nowych norm, które mogłyby rozwiązać ówczesne kwestie, związane na przykład z przekształceniami w sferze stosunków lennych.

Do uporządkowania tego stanu rzeczy konieczne okazało się coś więcej niż tylko opracowywanie nowych, coraz to obszerniejszych zbiorów. Niezbędna była nowa metoda, dająca odpowiednie narzędzia do selekcji źródeł, do ich hierarchizacji i do udzielenia jasnych odpowiedzi na pytania stawiane w prawie kanonicznym w XI wieku. Wreszcie, była ona potrzebna do wyjaśnienia licznych sprzeczności między normami, które pojawiały się jako konsekwencja stanu źródeł prawa kanonicznego.

Prywatne kolekcje źródeł prawa kanonicznego od X wieku zaczęły przybierać coraz bardziej rozbudowaną formę, jednak wielką nowość stanowiły zbiory powstające w XI wieku²⁴. Są one „napisane systematycznie, lecz bez porządku; celem ich jest wyjaśnić prawo kanoniczne i przeprowadzić reformę w Kościele; wykazują dążność do jednolitości prawa i jego powszechności; inna wreszcie cecha tych zbiorów to przejście dużej ilości przepisów z prawa rzymskiego”²⁵. Można podzielić je na trzy grupy: niemiecką, włoską i galijską, związaną z działalnością Iwona z Chartres²⁶. Pierwsza poprzedza reformę Grzegorza VII, druga jest już jej początkową realizacją, ale najistotniejsza jest trzecia grupa zbiorów, gdzie stosuje się metodę podobną do metody Gracjana²⁷.

22 Cf. I. Subera, *op. cit.*, ss. 83–84.

23 Cf. P. Hemperek, W. Góralski, *op. cit.*, ss. 76–77.

24 Cf. A. Vetulani, *Dekret Gracjana i pierwsi dekretyści w świetle nowego źródła*, Wrocław 1955, ss. 7 i nast.

25 I. Subera, *op. cit.*, s. 73.

26 Cf. *ibidem*.

27 Cf. *ibidem*.

Biskup Iwo z Chartres zorganizował dużą grupę współpracowników i podjął się trudnego zadania opracowania praktycznego zbioru, który mógłby zastąpić zbiory dotychczasowe i dobrze przysłużyć się reformie papieskiej (zwłaszcza przez podkreślenie władzy papieskiej oraz opis organizacji wewnątrzkościelnej), a do tego dać odpowiedź na ówczesne problemy prawne²⁸. W szczególności ostatnie jego dzieło miało dobry układ materiału (wypracowany po latach praktyki w tworzeniu zbiorów) oraz prezentowało umiarkowaną wizję reformy i spotkało się z dużym zainteresowaniem, o czym świadczą dowody jego popularności w postaci licznych zachowanych kodeksów. Działalność Iwona w sposób bezpośredni zapowiadała zatem *Dekret*²⁹.

Wpływ czynników wewnątrzkościelnych na powstanie Dekretu

Decydujące znaczenie dla powstania *Dekretu* właśnie w połowie XII wieku miał spłot wydarzeń, które można określić jako czynniki wewnątrzkościelne³⁰: nie tylko rozwój prawa kanonicznego, ale również inne zdarzenia kształtujące politykę Kościoła i wpływające na status prawa kanonicznego. Dotąd prawo służyło jako narzędzie regulowania spraw wewnętrznych, a wówczas zaczęło być wykorzystywane w innych sytuacjach, wykraczających poza strukturę Kościoła. Energiczna działalność papieża Grzegorza VII rozpoczęła nowy okres w historii Kościoła – jego początek zwykło się nazywać reformą gregoriańską³¹. Warto wspomnieć w tym miejscu o teorii „rewolucji papieskiej” prezentowanej przez Harolda Bermanna³², dla którego reforma gregoriańska była pierwszą z cyklu rewolucji prawnych kształtujących Europę. Według Bermanna rewolucja papieska rozpoczęła nowożytność oraz cywilizację Zachodu; nadaje on jej kolosalne znaczenie³³. Podstawowe postulaty reformy to walka z symonią i odnowa moralna w Kościele, w szczególności w odniesieniu do kleru. Dalej, papież zamierzał uwolnić się od władzy świeckiej, która na przełomie tysiącleci miała w Kościele tak wielkie wpływy, że w zasadzie w wielu sferach Kościół był od niej uzależniony. Na pierwszy plan wysuwa się w tym miejscu spór pomiędzy papieżem a cesarzem o prymat władzy w chrześcijańskim świecie. Papież starał się ukazać suwerenność władzy duchowej, a nawet jej nadrzędność, wykorzystując różne odniesienia do historii Kościoła. Po raz kolejny bardzo mocno ujawnił się w tym czasie dualizm praw w państwach europejskich. W tym wielkim sporze wsparciem dla

28 Cf. A. Vetulani, *Dekret...*, ss. 18 i nast.

29 Cf. P. Hemperek, W. Góralski, *op. cit.*, ss. 69–72.

30 Cf. M. Banaszak, *Historia Kościoła Katolickiego*, t. II, *Średniowiecze*, Warszawa 1987, ss. 148–149.

31 Cf. *ibidem*, ss. 113 i nast.; A. Adamczuk, *Prawo...*, ss. 45 i nast.

32 Cf. H. Berman, *Prawo i rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*, tłum. S. Amsterdamski, Warszawa 1995, ss. 66 i nast.

33 Cf. *ibidem*, ss. 125 i nast.

papieża miało stać się w pierwszym rzędzie prawo³⁴. Odpowiedni dobór tekstów prawa kanonicznego mógł wskazać na pierwszeństwo władzy biskupa Rzymu, ale ich badanie było zajęciem nad wyraz skomplikowanym ze względu na ich różnorodność. Powstało zatem wiele teorii dotyczących źródeł i podziału władzy, opierających się na tekstach prawnych wybranych z mnóstwa obowiązujących norm. Prace nad tymi zbiorami trwały bardzo długo i przynosiły różne skutki. Cesarze prowadzili zresztą podobną działalność, uzasadnienia dla swojej władzy szukając przede wszystkim w odradzającym się prawie rzymskim³⁵. Te ówczesne polityczne potrzeby zachęciły wielu praktyków do pochylenia się nad źródłami prawa i doprowadziły do licznych prób ich usystematyzowania. Nie nastąpiło to jednak definitywnie w XI wieku, ale w sposób najbardziej doniosły dokonał tego właśnie Gracjan w wieku XII.

Istotny impuls do podjęcia działań o nowym charakterze stanowił również rozwój teologii³⁶ – narodziny scholastyki³⁷. Początek drugiego tysiąclecia ery chrześcijańskiej to czas, w którym teologia oddzieliła się ostatecznie od filozofii i staje się zupełnie odrębną dyscypliną oraz refleksją naukową. Pierwszą metodą, która zdominowała myślenie teologiczne, była metoda wypracowana przez Piotra Abelarda, a więc postać niewiele starszą od samego Gracjana. Jego metoda *sic et non* to początek nowego podejścia do rozumowania i przeprowadzania wywodów, przede wszystkim ze względu na wypracowanie zasad dotyczących oceny wartości tekstów źródłowych poprzez stworzenie swoistych reguł pozwalających rozwiązać wiele pozornych sprzeczności między tekstami³⁸. Znalazła ona kontynuację u Gracjana, została dostosowana do nieco innej materii oraz wykorzystana w całym *Dekrecie*. Oddziaływania między scholastyką a kanonistyką są w nim łatwo dostrzegalne i bardzo istotne³⁹.

Ponadto, odrodzeniu prawa i narodzinom teologii towarzyszyło powstanie zupełnie nowej instytucji – uniwersytetu⁴⁰. Korporacje studentów i profesorów, dochodząc do porozumienia, zapoczątkowały powstawanie nowych organizacji, których sposób działania uznać należy za najbardziej powszechny standard naukowy aż do dziś. Prawo (rzymskie i kanoniczne)⁴¹ oraz teologia stały się głównymi naukami wykładowymi na uniwersy-

34 Cf. A. Adamczuk, *Prawo...*, s. 64.

35 Cf. A. Dębiński, *Kościół...*, ss. 70–72.

36 Cf. M. Banaszak, *op. cit.*, ss. 145–148; 212 i nast.

37 Cf. H. Berman, *op. cit.*, ss. 163 i nast.

38 Cf. A. Dębiński, *Kościół...*, s. 76; R. Sobański, *Szkoły kanonistyczne*, Warszawa 2009, ss. 17–18.

39 Wpływy były obustronne; *vid.* A. Dębiński, *Kościół...*, s. 76; A. Adamczuk, *Prawo...*, ss. 67 i nast.

40 Cf. np. B. Zientara, *Historia powszechna średniowiecza*, Warszawa 1994, ss. 329 i nast.; J. le Goff, *Apogeeum chrześcijaństwa: ok. 1180-ok. 1330*, przeł. M. Żurowska, Warszawa 2003, ss. 101 i nast.; B. Banaszak, *op. cit.*, ss. 147–148; A. Dębiński, *Kościół...*, ss. 65 i nast.; R. Sobański, *Kanonistyka na uniwersytecie*, [w:] *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga ku czci Profesora Kazimierza Marszała*, red. P. Hofmański, K. Zgryzek, Katowice 2003, ss. 374 i nast.

41 Cf. A. Dębiński, *Papiestwo a nauka prawa rzymskiego w XII-XIII wieku*, [w:] *Współczesna romanistyka...*, s. 50.

tetach i cieszyły się ogromną popularnością⁴². Nowy sposób nauczania wpłynął na zasięg prowadzonych badań oraz ich dostępność. Do tego warto dodać, iż podstawowym i w zasadzie jedynym językiem nauki pozostawała łacina, co znacznie ułatwiało kontakty między badaczami oraz korzystanie w bezpośredni sposób ze źródeł prawa rzymskiego i kanonicznego⁴³.

Należy również wziąć pod uwagę, że poza wszystkimi czynnikami, które wpłynęły na powstanie *Dekretu*, decydującą rolę odegrała sama osoba jego autora. O Gracjanie wiadomo bardzo niewiele, a to, co wiadomo, pochodzi z niepewnych źródeł. Według najbardziej powszechnej opinii był on zakonnikiem, kamedulą z klasztoru Feliksa i Nabora, żyjącym na przełomie XI i XII wieku w Bolonii⁴⁴. Z pewnością należał do postaci wyjątkowych, czego najlepszym dowodem jest uporządkowanie przezeń źródeł prawa kanonicznego. Zapewne poznał samego Irneriusza, który działał również w Bolonii, a być może i Piotra Lombarda⁴⁵. Był niezwykle oczytany, o czym świadczy obszerny materiał, z którego korzystał przy opracowywaniu *Dekretu*. Nie wiadomo, jakie odebrał wykształcenie i dlaczego podjął się wykonania tego zadania. Tworzenie swego dzieła zakończył około 1140 roku⁴⁶.

Szczególny wpływ prawa rzymskiego na powstanie Dekretu

Pośród wielu czynników, które wpłynęły na powstanie i kształt *Dekretu* wyjątkowe miejsce zajmuje prawo rzymskie⁴⁷: zarówno to prawo, które funkcjonowało w starożytności, jak i odrodzone w wieku XI. Ze względu na bliskość Kościoła i cesarstwa prawo rzymskie zawsze oddziaływało na prawo kanoniczne, ale w okresie średniowiecza to oddziaływanie nabrało nowego charakteru. Już od IX wieku powoli dokonywała się w Kościele faktyczna recepcja prawa rzymskiego⁴⁸. Z różnych dokumentów, zwłaszcza papieskich, można dowiedzieć się, że coraz częściej traktowano starożytne prawo jako pomoc w rozwiązywaniu skomplikowanych problemów z pogranicza prawa świeckiego i kościelnego⁴⁹. Prawo rzymskie stało się źródłem uzupełniającym dla prawa kano-

42 Cf. *eadem*, *Kościół...*, s. 66.

43 Cf. *eadem*, *Papiestwo...*, ss. 50–51.

44 Cf. R. Sobański, *Szkoły...*, ss. 14–17; A. Adamczuk, *Prawo...*, ss. 71 i nast.; P. Hemperek, W. Góralski, *op. cit.*, ss. 78–79; A. Vetulani, *Dekret...*, ss. 29 i nast.

45 Cf. R. Sobański, *Szkoły...*, s. 17.

46 Cf. np. A. Adamczuk, *Prawo...*, ss. 74–77.

47 Cf. R. Sobański, *Zarys teologii prawa kościelnego*, Warszawa 1973, s. 29; A. Dębiński, *Czy Kościół...*, ss. 64–65.

48 Cf. A. Dębiński, *Kościół...*, ss. 82 i nast.; J. Bardach, *op. cit.*, ss. 28 i nast.

49 Cf. A. Dębiński, *Kościół...*, ss. 82 i nast.

nicznego, gdy nie było ono w stanie sprostać konkretnym potrzebom⁵⁰. Jeżeli po kilkuset latach od upadku cesarstwa prawo rzymskie nadal posiadało taki wpływ, można było się spodziewać, że jego odrodzenie jako *ius commune* spowoduje bardzo ciekawe ożywienie tych relacji⁵¹.

Początek średniowiecznego *ius commune* wiąże się z osobą Irneriusza, który jako pierwszy rozpoczął studiowanie odnalezionych justyniańskich *Digestów*⁵². Działał w Bolonii, prawdopodobnie tuż przed rozpoczęciem pracy przez Gracjana, więc można sądzić, że miał duży wpływ na styl pracy mnicha⁵³. W celu dokonania jak najlepszej analizy odnalezionego tekstu musiał on pogłębić metody, których używał jako nauczyciel gramatyki i retoryki, oraz odnaleźć bardziej adekwatne narzędzia⁵⁴. Opracowana przez niego metoda dała początek średniowiecznej nauce prawa. Ireneusz zajął się szczegółowym badaniem znaczenia konkretnych słów i wyjaśniania ich na marginesach przepisywanego kodeksu. Głosowanie i indeksowanie było pierwszą metodą pracy z odnalezionym dziedzictwem cywilizacji rzymskiej i prowadziło do harmonizowania nowo odkrytych przepisów⁵⁵. W ten sposób zaczął powstawać funkcjonalny zbiór norm, które po wyjaśnieniu i przeniesieniu w ówczesne realia, nadal mogły pełnić swoje funkcje i stały się odpowiedzią na potrzeby generowane przez gwałtowny rozwój ekonomiczny cechujący koniec wieku XI. W bardzo krótkim czasie *Digesta* stały się dla ich badaczy ucieleśnieniem rozumu, ideałem prawa, który należy i trzeba wykorzystywać i wciąż na nowo interpretować. Takie podejście do samego tekstu prawnego musiało zmienić również myślenie o prawie.

Irneriusz bardzo szybko rozpoczął przekazywanie swoich umiejętności i metody analizy prawa rzymskiego. Grono jego uczniów rozwinęło ją i przekazywało kolejnym pokoleniom studentów na nowo powstających uniwersytetach, współtworząc pierwszy okres w historii *ius commune*, czyli szkołę glosatorów⁵⁶. W sposobie nauczania prawa rzymskiego widać pewne elementy, które Gracjan wykorzystał później w swoim *Dekrecie*.

Nauka prawa rzymskiego⁵⁷ była procesem bardzo dynamicznym, angażującym zarówno profesora, jak i studenta, oraz była zadaniem wymagającym dla obu stron. Rozpoczęła się od prelekcji, wykładu profesorskiego – wprowadzenia do omawianego zagadnienia. Prelekcja polegała przede wszystkim na odczytywaniu stosownych fragmentów

50 Cf. *ibidem*, s. 94.

51 Cf. H. Berman, *op. cit.*, ss. 152 i nast.

52 Cf. W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, ss. 88 i nast.

53 Cf. R. Sobański, *Szkoły...*, ss. 17 i nast.

54 Cf. *ibidem*; H. Wieling, *Juristenausbildung im Mittelalter*, [w:] *Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform*, red. Ch. Baldus, T. Finkenauer, T. Rüfner, Tübingen 2008, ss. 52–53.

55 Cf. H. Kupiszewski, *Prawo rzymskie a współczesność*, Warszawa 1988, ss. 51 i nast.

56 Cf. W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *op. cit.*, ss. 89 i nast.

57 Cf. A. Dębiński, *Kościół...*, ss. 78 i nast.

Digestów. Dalej następowała prezentacja uwag profesora do odczytanego tekstu, głosa, która wyjaśniała najistotniejsze problemy poruszane w odczytanym fragmencie. Potem profesor wprowadzał stosowne rozróżnienia, tłumacząc studentom funkcjonowanie konkretnych norm i zróżnicowanie między nimi. Wreszcie następowała dyskusja między profesorem a studentami, mająca na celu sprawdzenie zrozumienia odczytanego tekstu i biegłości posługiwania się nowo pozyskaną wiedzą⁵⁸.

Taki typowy układ znajduje ciekawe odzwierciedlenie w dziele Gracjana⁵⁹. Tam również ma miejsce przedstawienie samego tekstu, uwagi wprowadzające autora, komentarze do kluczowych fragmentów oraz rozróżnienia, które pozwalają właściwie rozumieć stosowaną terminologię. Rodzi się w związku z tym pytanie: na ile jest to struktura inspirowana metodą Irneriusza, na ile zaś metodą Piotra Lombarda⁶⁰.

W mniej więcej tym samym momencie doszło więc do narodzin dwóch nowych nauk: nowego prawa kanonicznego oraz nowego prawa rzymskiego. Faktycznym problemem stało się ułożenie relacji między tymi porządkami prawnymi, z których oba były wyjątkowe i oba się nawzajem ubogacały. Prawo rzymskie zaczęło być powszechnie uznawane za idealny wzorzec prawa: ponadczasowy i stworzony przez najwybitniejszych prawników⁶¹. Uznawano wręcz, że prawo rzymskie obowiązuje ponad prawem stanowionym, jest niejako dodatkowym systemem, którego obowiązywania w ogóle nie trzeba uzasadniać, ale raczej należy je przyjmować. Przede wszystkim w takim ujęciu było ono przedmiotem badań doktryny⁶². Takie uznanie autorytetu prawa rzymskiego musiało budzić pewien niepokój Kościoła i owocowało sceptycyzmem prawa kanonicznego wobec prawa rzymskiego⁶³. Owszem, Kościół korzystał z *ius commune*, ale było ono traktowane jako prawo niższe od kościelnego, było tylko posiłkowym źródłem norm. Papież Lucjusz III ujął tę relację jako „wsparcie prawa świeckiego dla kanonicznego”⁶⁴; szczytem nieufności wobec prawa rzymskiego był zakaz jego nauczania na uniwersytecie w Paryżu⁶⁵. Niemniej, oba systemy pozostawały ze sobą w bliskich relacjach i kanonistyka nigdy stanowczo nie odcięła się od wykorzystywania prawa rzymskiego, a sam Gracjan również chętnie korzystał z *Digestów*.

58 Cf. *ibidem*; R. Sobański, *Szkoły...*, ss. 16 i nast.; H. Wieling, *op. cit.*, s. 57.

59 Cf. A. Vetulani, *Dekret...*, ss. 35 i nast.

60 Cf. R. Sobański, *Szkoły...*, ss. 17 i nast.

61 Cf. H. Berman, *op. cit.*, ss. 152 i nast.

62 Cf. T. Giaro, *Kilka żywotów prawa rzymskiego zakończonych jego kodyfikacją*, [w:] *Prawo rzymskie a kultura prawna Europy*, red. A. Dębiński, M. Jońca, Lublin 2008, ss. 19 i nast.

63 Cf. A. Dębiński, *Kościół...*, ss. 94 i nast.; R. Sobański, *Szkoły...*, s. 16.

64 A. Dębiński, *Kościół...*, s. 94; *eadem*, *Zastosowanie prawa rzymskiego według dekretu Intelleximus papieża Lucjusza III*, [w:] *Ecclesia et status. Księga jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej profesora Józefa Krukowski*, red. A. Dębiński, K. Orzeszyna, M. Sitarz, Lublin 2004, ss. 332 i nast.

65 Cf. A. Dębiński, *Kościół...*, ss. 94 i nast.; A. Dębiński, *Papiestwo...*, ss. 52 i nast.

Dekret a prawo rzymskie

W czasach Gracjana wpływ prawa rzymskiego na prawo kanoniczne był coraz intensywniejszy, a jego recepcja w Kościele trwała już od dawna. Gracjan także znajdował się pod jego wpływem i jest to widoczne zarówno w jego stosunku do prawa rzymskiego, jak i w wypracowanej przez niego metodzie. W żadnym wypadku nie korzystał on jednak z prawa rzymskiego w sposób bezrefleksyjny – zawsze było to odpowiednio uzasadnione i bardzo użyteczne.

Metoda Gracjana czerpała z najnowszych zdobyczy teologii i prawa. Była ona bardzo funkcjonalna, ponieważ mogła rozwiązywać problemy, które wiązały się z różnorodnością zastanych źródeł prawa kanonicznego⁶⁶. Gracjan swój wywód prowadzi w sposób uporządkowany, choć podział na poszczególne fragmenty został zapewne dokonany przez jego uczniów. Wówczas pojawiły się także dodatkowe uwagi i usunięto fragmenty, które uznano za zbędne – było to w średniowieczu typowe podejście do różnych, nie tylko prawnych, tekstów, które polegało na ciągłym ich ulepszaniu. Cały *Dekret* został ułożony w sposób przemyślany, choć nie do końca uporządkowany⁶⁷; podzielono go na dystynkcje i kanony, a ponadto zawiera on stosowne *auctoritates* i *dicta Gratiani*⁶⁸. Ten układ odpowiada metodzie prowadzenia wykładu z prawa przez Irneriusza i jego uczniów. W drugiej części *Dekretu* analiza poszczególnych *causarum* bardzo przypomina scholastyczną metodę pracy: zadawanie drobiazgowych pytań i szukanie na nie adekwatnych odpowiedzi. Celem Gracjana było pogodzenie sprzecznych kanonów i udało mu się tego dokonać głównie poprzez odpowiednie wartościowanie różnych tekstów prawnych i dokonanie koniecznych podziałów źródeł prawa (na przykład na powszechne i lokalne, na zmienne i niezienne). Osiągnięcie tego celu przysłużyło się także reformie gregoriańskiej, pozwalając na właściwe dobieranie argumentów w sporze z cesarzem⁶⁹.

Gracjan pozostawił po sobie grono uczniów, którzy bardzo szybko rozpoczęli pracę nad ulepszeniem tekstu *Dekretu* i pisanie do niego komentarzy⁷⁰. Uwagi samego Gracjana traktowano z szacunkiem, zwłaszcza ze względu na umiarkowane stanowisko, jakie zajmował w kluczowych miejscach niektórych sporów. Najważniejsza zdobycz *Dekretu* to jednak kompletny wybór źródeł prawa kanonicznego, z którego kolejne pokolenia kanonistów korzystały przez setki lat. W niezwykle sposób ten zbiór prywatny stał się więc narzędziem dla całego Kościoła w tworzeniu prawa kanonicznego i stosowaniu go; dlatego też nazywa się Gracjana ojcem kanonistyki. Jego uczniowie, dekretyści, podjęli

66 Cf. P. Hemperek, W. Góralski, *op. cit.*, ss. 83 i nast.

67 Cf. K. Burczak, *Sacrilgium w „Dekrecie” Gracjana*, Lublin 2010, s. 22.

68 Cf. A. Vetulani, *Dekret...*, ss. 35 i nast.

69 Cf. A. Adamczuk, *Miniatury części pierwszej Dekretu Gracjana – Pars prima, jako odzwierciedlenie zmian w obrazowaniu stosunków regnum – sacerdotium. Studium ikonologiczne*, [w:] „Archiwa, Biblioteki, Muzea Kościelne” 2002 t. 78, ss. 9 i nast.

70 Cf. K. Burczak, *op. cit.*, ss. 22–24; R. Sobański, *Szkofy...*, ss. 28 i nast.

się komentowania *Dekretu* i dalszego rozwijania prawa kanonicznego. Powstawać zaczęły sumy, które zawierały *Dekret* i wypisy z najważniejszych komentarzy⁷¹. Najbardziej wymownym znakiem wagi *Dekretu* było umieszczenie go w *Corpus Iuris Canonici*, dzięki czemu stał się on z czasem najpopularniejszym źródłem tekstów prawnych sprzed XII wieku⁷².

Dwa prawa stały się u podstaw powstających korporacji uniwersyteckich: prawo rzymskie i prawo kanoniczne. Przez cały okres średniowiecza związki między nimi były bardzo silne, za w pełni wykształconego prawnika uznawany był jedynie doktor obojga praw, co dobitnie wyrażała znana paremia: *sine canonibus legistae parum valent, canonistae sine lege nihil*⁷³. Odegrały one wspólnie wielką rolę w historii prawa w ogólności oraz w historii średniowiecza. Dzięki wpływowi prawa rzymskiego kanonistyka zyskała rozwinięty system terminologiczny. W powszechnym użyciu wśród kanonistów były również rzymskie paremie prawne, przejęte w bezpośredni sposób do kanonistyki i używane w wielu sytuacjach, zwłaszcza w procesie. Również niektóre rzymskie instytucje prawne zostały przejęte przez prawo kanoniczne, na przykład *restitutio in integrum*⁷⁴. Trudniej uchwytym, ale również istotnym śladem tego oddziaływania, była i jest systematyka kodeksowa w kodeksach prawa kanonicznego⁷⁵. Kanonistyka również miała swój wkład w rozwój *ius commune* i prawa świeckiego w wypracowaniu niejednej zasady prawa, na przykład *pacta sunt servanda* czy zasady równości płci.

Należy na koniec określić w jaki sposób sam Gracjan odnosił się do prawa rzymskiego⁷⁶. W ogólności uznawał on prawo rzymskie za obowiązujące w ramach prawa Kościoła w ograniczonym zakresie – wtedy, gdy była zgodność między nim a prawem kanonicznym. Konstytucje cesarskie mogą być uznane tam, gdzie nie sprzeciwiają się dekretem papieskim: „Tam zaś, gdzie nie sprzeciwiają się (...) dekretem ewangelicznym i kanonicznym, winny być uznane za godne wszelkiej czci”⁷⁷. W dziele Gracjana znalazła więc realizację paremia *Ecclesia vivit lege Romana*, wedle której Kościół korzysta z prawa rzymskiego, ale albo sam określa, na jakich warunkach się to odbywa, albo po prostu traktuje prawo rzymskie jako równoległe obowiązujące prawo państwowe⁷⁸. Warto wspomnieć w tym miejscu o jeszcze innym podobieństwie prawa kanonicznego do

71 Cf. H. Berman, *op. cit.*, s. 251.

72 Gratianus, *Concordia Discordantium Canonum. Tomus primus*, [w:] Gregorius XII, *Corpus Iuris Canonici*, Halae Magdeburgicae 1747.

73 *Cit. per.*: A. Dębiński, *Kościół...*, s. 86.

74 W. Kiwior, *Rzymskie źródła kanonicznej restitutio in integrum*, [w:] *Ars boni...*, ss. 291 i nast.

75 Cf. A. Dębiński, *Kościół...*, ss. 118 i nast.; W. Mossakowski, *Elementy rzymskie w kanonistycznej systematyce kodeksowej*, [w:] *Romanitas & Christianitas. Stanisław Płodzień (1913–1962) in memoriam*, red. A. Dębiński, S. Józwiak, Lublin 2008, ss. 127 i nast.

76 Cf. A. Vetulani, *Z badań...*, ss. 119 i nast.; R. Sobański, *Szkoły...*, s. 16.

77 *Cit. per.*: A. Dębiński, *Kościół...*, s. 87.

78 Cf. *ibidem*, ss. 61–62.

prawa rzymskiego: oba te systemy można nazwać systemami normatywności miękkiej⁷⁹, co również ułatwiało wzajemne oddziaływania między nimi.

Zakończenie

Powstanie *Dekretu* Gracjana było uwarunkowane różnymi zespołami czynników: do pewnego stopnia słuszne będzie twierdzenie, że stanowił on owoc swojego czasu. Bez wątplenia należy również uznać, że wielki wpływ na kształt tego dzieła miało prawo rzymskie: najpierw poprzez samą historię prawa kanonicznego, dalej jako źródło inspiracji w tworzeniu przez Gracjana metody (dzięki działalności glosatorów), a wreszcie znalazło ono także swoje właściwe miejsce w samej treści *Dekretu*, co było wymownym przykładem żywotności tradycji romanistycznej. Najważniejszym znakiem podkreślającym znaczenie *Dekretu* dla historii prawa jest powszechne uznanie go za początek nauki prawa kanonicznego.

SUMMARY

The formation of Gratian's Decretum as an example of the vitality of Roman law

Gratian's *Decretum* was one of the most significant legal collections in the history of canon law and was the foundation of canon law science. It was compiled in about 1140 as the consequence of many important factors. Firstly, the creation of Gratian's *Decretum* was the result of various trends appearing in the history of canon law. Secondly, *Decretum* was an answer to the changes taking place in the Catholic Church in the 11th and 12th centuries. Finally, the formation of Gratian's collection was related to the revival of Roman law: the teaching of Irnerius's work recovered Roman law and the relations between canon and Roman law. *Decretum* became a sign of the vitality of Roman law and the beginning of canon law. The importance of Gratian's work consisted in the method of proceeding with legal sources. The new method resulted from both scholars' achievements and those of medieval Roman jurists.

Keywords: Roman law, canon law, Gratian's Decretum, Gregorian reform, *ius commune*

⁷⁹ Cf. W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *op. cit.*, ss. 92 i nast.

MATEUSZ KOTOWICZ

Kapitał zakładowy w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością – skuteczny instrument ochrony wierzycieli?¹

Wprowadzenie

Aktualnie struktura spółki z ograniczoną odpowiedzialnością opiera się na konstrukcji kapitału zakładowego². Kapitał³ ten powstaje z wkładów wniesionych przez założycieli, którzy w zamian otrzymują w nim udziały⁴. Wyraża on – w braku wniesienia agio – sumę pieniężnej wartości przedmiotów majątkowych wnoszonych do spółki przez wspólników⁵. Wkłady mogą mieć postać pieniężną lub niepieniężną (aport). Obecnie – co do zasady – wystarczające jest spełnienie przez spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością warunku posiadania kapitału zakładowego na poziomie 5000 zł, niezależnie od

1 Artykuł niniejszy powstał w celu opisania roli, jaką pełni kapitał zakładowy w systemie ochrony wierzycieli spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz podsumowania dyskusji rozpoczętej w doktrynie prawa handlowego wraz z opublikowaniem w „Przeglądzie Prawa Handlowego” z grudnia 2010 roku projektu reformy struktury majątkowej spółki z o. o., przygotowanego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego.

2 Cf. J. Grykiel, *Instrumenty ochrony wierzycieli w spółkach kapitałowych*, [w:] *Prawo wobec wyzwań współczesności*, t. III, red. P. Wiliński, Poznań 2006, s. 93. W aktualnym stanie prawnym oznaczenie wysokości kapitału zakładowego jest obligatoryjnym elementem umowy spółki (art. 157 § 1 pkt 3 k. s. h.).

3 Ustawa z dnia 15 września 2000 roku k. s. h. nie zawiera definicji kapitału zakładowego (Dz. U. Nr 94, poz. 1037 ze zm.); kapitał zakładowy ujmowany jest w bilansie po stronie pasywów. Wypada w tym miejscu zauważyć, że konkretna pozycja po stronie pasywów nigdy nie jest przypisana konkretnej pozycji po stronie aktywów.

4 Cf. W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Bydgoszcz-Kraków 2006, s. 320.

5 Cf. A. Koch, J. Napierała *et. al.*, *Prawo spółek handlowych. Podręcznik Akademicki*, Warszawa 2011, s. 275; wysokość kapitału zakładowego musi odpowiadać sumie wartości nominalnej wszystkich udziałów, nie musi natomiast pokrywać się z wysokością wkładów, na którą to wysokość składać się może wartość nominalna udziałów i przewyższająca ją nadwyżka. Agio przelewa się do kapitału zapasowego (art. 154 § 3 k. s. h.).

rodzaju i zakresu prowadzonej działalności⁶. W związku z tym w praktyce obrotu gospodarczego wysokość kapitału zakładowego może nie być adekwatna do rozmiarów prowadzonej przez spółkę działalności⁷. Należy też zauważyć, że system prawny nie zawiera żadnych mechanizmów dostosowywania wysokości kapitału zakładowego do skali działalności spółki⁸. Nie jest to zarzut w kierunku polskiego ustawodawcy, gdyż nawet w ustawodawstwach o rozbudowanej tradycji prawnej nie istnieje przepis nakładający na spółki obowiązek utrzymywania kapitału zakładowego w wysokości odpowiedniej dla zaspokojenia roszczeń potencjalnych wierzycieli⁹. Obowiązująca w prawie spółek zasada utrzymania kapitału zakładowego wymaga jedynie, aby był on równoważony w bilansie przez odpowiadającą mu wartość części majątku spółki niezależnie od rodzaju aktywów składających się na ten majątek (mogą to być również aktywa, które w bardzo ograniczonym zakresie są zdolne stanowić przedmiot zaspokojenia się wierzycieli spółki na przykład wartości niematerialne typu know-how)¹⁰.

Minimalna wysokość kapitału zakładowego określona w ustawie – w założeniu – ma na celu ograniczenie możliwości podjęcia działalności w formie spółki kapitałowej przez potencjalnych przedsiębiorców nieposiadających określonego zaplecza kapitałowego¹¹. Stanowić ma to tak zwany test powagi przedsięwzięcia inwestycyjnego.

Funkcje kapitału zakładowego

W literaturze kapitałowi zakładowemu tradycyjnie przypisuje się pełnienie funkcji: prawnej, gospodarczej (ekonomicznej) i gwarancyjnej. Z perspektywy niniejszego artykułu konieczne jest zwrócenie uwagi jedynie na tę ostatnią. Gwarancyjna funkcja kapitału zakładowego – w tradycyjnym ujęciu – oznacza dysponowanie przez spółkę pewnym majątkiem minimalnym, który może stanowić źródło zaspokojenia potencjalnych wierzycieli spółki¹².

Należy zauważyć, że znaczna część doktryny odrzuca koncepcję funkcji gwarancyjnej¹³. Wynika to z faktu, iż w praktyce instytucja kapitału zakładowego nie gwarantuje wierzycielom ani wypłacalności spółki, ani istnienia majątku odpowiadającego wysoko-

6 Tak w poprzednim stanie prawnym J. Grykiel, *op. cit.*, s. 94.

7 Cf. A. Herbet *et. al.*, *System Prawa Prywatnego*, t. 17a, Warszawa 2010, s. 187.

8 Cf. J. Modrzejewski, C. Wiśniewski, *Zmierzch minimum kapitałowego – i co dalej?*, [w:] „Przegląd Prawa Handlowego” 2010/12, s. 29.

9 Cf. A. Opalski, *Kilka uwag na temat reformy spółki z o.o. i jej kontrowersyjnej krytyki*, [w:] „Przegląd Prawa Handlowego” 2011/9, s. 11.

10 Cf. K. Oplustil, *Krytycznie o zarzutach krytyków projektu reformy struktury majątkowej spółki z o.o.*, [w:] „Przegląd Prawa Handlowego” 2011/9, s. 31.

11 Cf. A. Herbet, *op. cit.*, s. 186.

12 A. Koch, *op. cit.*, s. 276.

13 T. Siemiątkowski, R. Potrzebszcz *et. al.*, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Spółka z o.o.*, Warszawa 2010, s. 293.

ści podanej w umowie spółki¹⁴. Trafnie zauważa Andrzej Herbet, iż kapitał zakładowy „zabezpiecza przed bezprawnymi wypłatami na rzecz wspólników ze środków innych niż nadwyżka bilansowa, ale nie przed stratami wynikającymi z prowadzonej przez spółkę działalności gospodarczej”¹⁵. Ponadto podnosi się kwestię, że kapitał zakładowy nie ma znaczenia dla utrzymania przez spółkę płynności finansowej – co jest istotne dla wierzycieli – gdyż bazuje wyłącznie na kryteriach bilansowych¹⁶.

Przez wzgląd na przedstawione argumenty krytyczne wydaje się koniecznym podwyższenie poziomu ochrony wierzycieli spółek z o. o. przy wykorzystaniu innych niż kapitał zakładowy instrumentów¹⁷. Godną uwagi jest koncepcja tworzenia przez spółki z o. o. obowiązkowej rezerwy z zysku, zapewniającej posiadanie przez spółkę majątku na wypadek zaktualizowania się konieczności pokrycia strat. Nasuwający się kontrargument wobec powyższego rozwiązania wypływa z praktykowanego przez spółki braku wykazywania zysku z działalności gospodarczej. Ponadto konieczne wydaje się uzupełnienie obowiązującej regulacji o wyrażony wprost obowiązek pokrywania strat oraz reguły wyznaczające kolejność ich pokrywania¹⁸.

Za trafną należy uznać propozycję, aby w pierwszej kolejności na pokrycie straty przeznaczać tak zwane wolne środki, to jest zysk za ostatni rok obrotowy, niepodzielone zyski z lat ubiegłych oraz kapitały rezerwowe powstałe z zysku¹⁹. Zgodnie z postulowanym rozwiązaniem, drugie w kolejności byłyby kapitał zapasowy, kapitał udziałowy (o którym szerzej w dalszych częściach niniejszej pracy) oraz dopłaty. Dopiero w ostateczności spółka mogłaby obniżyć kapitał zakładowy celem pokrycia straty.

Rozwiązania ustawodawstw obcych

W tym miejscu wypada zwrócić uwagę na zmiany zachodzące w niektórych ustawodawstwach europejskich²⁰. Wynikają one z dostrzeżenia przez ustawodawców państw o rozwiniętej kulturze prawnej faktu niedostatecznej ochrony wierzycieli w spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością.

14 Cf. A. Herbet, *op. cit.*, s. 197.

15 Cf. *Ibidem*, s. 197.

16 Cf. M. Romanowski, *W sprawie spółki z o. o. „light” i efektywności kapitału zakładowego*, [w:] „Przegląd Prawa Handlowego” 2010/1, s. 5.

17 Cf. K. Osajda, *O potrzebie i zakresie reformy regulacji prawnej spółki z o. o.*, [w:] „Przegląd Prawa Handlowego” 2011/9, s. 25.

18 Cf. J. Grykiel, *op. cit.*, s. 96.

19 *Projekt reformy struktury majątkowej spółki z o. o.*, [w:] „Przegląd Prawa Handlowego” 2010/12, s. 22.

20 Do części komparatystycznej artykułu wybrano ustawodawstwa brytyjskie, francuskie i niemieckie z uwagi na doniosłość wprowadzonych stosunkowo niedawno zmian oraz siłę oddziaływania wskazanych ustawodawstw na europejską myśl prawniczą.

Prawo brytyjskie w przypadku spółek prywatnych (w szczególności *private company limited by shares*) nie korzysta z konstrukcji kapitału zakładowego (Companies Act 2006)²¹. Aktualnie w Wielkiej Brytanii na spółki nałożony jest obowiązek przeprowadzenia testu płynności albo testu niewypłacalności określanego w polskiej literaturze bez używania negacji, a więc jako test wypłacalności²². Powyższe rozwiązania²³ pozwalają spółce wypłacić dywidendę, jeżeli po spełnieniu świadczenia utrzyma płynność finansową, a suma aktywów będzie co najmniej równa sumie zobowiązań²⁴. Przytoczony przykład pozwala odejść od podstawowego dotychczas założenia, że istnieje nierozzerwalny związek pomiędzy konstrukcją spółki z ograniczoną odpowiedzialnością a instytucją kapitału zakładowego.

Przykład brytyjski nie jest odosobniony. Ustawodawca francuski w 2003 roku zdecydował się na odstąpienie od narzucania minimalnej wysokości kapitału zakładowego w spółce z o.o. (SARL), jednocześnie określając poziom uprawnień wspólników w zależności od poziomu ich udziału w tym kapitale²⁵. Tego rodzaju posunięcie legislacyjne uzasadniano tym, że instytucja kapitału zakładowego stanowi ograniczenie rozwoju przedsiębiorczości oraz brakuje podstaw do arbitralnego ustalenia w ustawie minimalnego kapitału startowego²⁶. We Francji kładzie się dodatkowo nacisk na zapewnienie ochrony wierzycieli przez wprowadzenie odpowiedzialności podmiotu zarządzającego spółką (zarządcy prawnego oraz zarządcy faktycznego²⁷)²⁸. Rozwiązanie opisane wcześniej nie doprowadziło, jak dotąd, do żadnych nadużyć i zwiększenia liczby upadłości²⁹.

Natomiast w Niemczech, będących kolebką kapitału zakładowego, powołano do życia 1 listopada 2008 roku nowy podtyp spółki z o.o., tak zwaną spółkę „light” (niem. *Unternehmensgesellschaft*), która nie ma określonej przez ustawodawcę minimalnej wysokości kapitału zakładowego³⁰. GmbH „light” posiada kapitał zakładowy, jednakże jego wysokość zależna jest wyłącznie od woli wspólników. Ustawodawca niemiecki postanowił, iż

21 Cf. A. Herbet, *op. cit.*, s. 215; P. Davies, J. Rickford, *An Introduction to the New Companies Act*, [w:] „European Company and Financial Law Review” vol. 1, 2008, s. 54.

22 Cf. *ibidem*, s. 216.

23 Przez wypłacalność należy rozumieć taką wielkość aktywów posiadanych przez dłużnika, która jest co najmniej równa wielkości jego zobowiązań. Przez płynność z kolei należy rozumieć łatwość spieniężenia aktywów w celu zaspokojenia zobowiązań.

24 Cf. M. Romanowski, *op. cit.*, s. 9.

25 Cf. *ibidem* s. 7; P. Becker, *Baldiges neues Gründungsverfahren in Frankreich: die französische „Blitz-S. A. R. L.”*, „GmbH-Rundschau” nr 12, 2003, s. 706–707.

26 Cf. M. Romanowski, *op. cit.*, s. 7.

27 Jest to zarządca, który nie pełni formalnie żadnych funkcji w spółce z o.o.; Pojęcie zarządcy faktycznego jest pojęciem nieostrym; tytułem przykładu można wskazać, że z zarządcą tego typu będziemy mieli do czynienia w przypadku utraty przez zarządcę prawnego mandatu, który faktycznie dalej wykonuje swoje dotychczasowe czynności.

28 Cf. M. Romanowski, *op. cit.*, s. 8.

29 Cf. *ibidem*, s. 11.

30 Cf. M. Lutter, *Reforma GmbH w Niemczech*, [w:] „Monitor Prawniczy” 2008/23, s. 1266.

w przedmiotowej spółce obligatoryjne jest utworzenie rezerwy, która poza pokryciem strat może być przeznaczona wyłącznie na podwyższenie kapitału zakładowego ze środków spółki³¹. Celem powyższej regulacji jest stopniowe podwyższanie wysokości kapitału zakładowego spółki „light” do minimalnej ustawowej wysokości (25000 euro). Po osiągnięciu przedmiotowej kwoty wobec spółki przestają obowiązywać przepisy szczególne i staje się ona tradycyjną GmbH³². Zgodnie z § 5a ustawy o GmbH, w firmie spółki GmbH „light” należy umieścić oznaczenie *Unternehmergeellschaft* albo *UG* celem zwrócenia uwagi potencjalnych kontrahentów na jej odmienność.

Projekt reformy struktury majątkowej sp. z o. o.

Projekt wskazany w śródtytule zakłada stworzenie nowego podtypu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Przewiduje on w szczególności zastąpienie kapitału zakładowego przez tak zwany kapitał udziałowy³³, charakteryzujący się łatwością wycofania wniesionych przez wspólników wkładów oraz umożliwieniem wniesienia wkładów w minimalnej kwocie 1 złotego. W konsekwencji wysokość wkładów zależna będzie jedynie od decyzji wspólników, a nie sztywnej wysokości określonej w ustawie. Ponadto projekt stanowi, że wypłaty pod tytułem korporacyjnym (dywidendy) powinny spełniać wymogi testu bilansowego i testu wypłacalności³⁴. Dodatkowo na spółkę zostaje nałożony obowiązek tworzenia rezerwy z zysku na pokrycie przyszłych strat, przy czym jej wysokość zależy od kwoty kapitałów własnych³⁵. Rezerwa ta pełni zatem funkcję bilansowego bufora, która obecnie przypisywana jest kapitałowi zakładowemu³⁶. Ponadto staje się możliwe tworzenie udziałów beznominałowych (udziałów bez wartości nominalnej), stanowiących udziały w spółce, a nie udziały w kapitale zakładowym³⁷. Projekt zakłada również wprowadzenie normatywnej kolejności źródeł pokrycia start bilansowych spół-

31 *Cf. ibidem*, s. 1267.

32 *Cf. ibidem*.

33 Pamiętać należy, że projekt nie likwiduje instytucji kapitału zakładowego – daje jedynie wybór pomiędzy: (1) tradycyjną strukturą majątkową, (2) mieszaną bądź (3) „w pełni zreformowaną”.

34 *Cf. S. Sołtyński, Kilka uwag o potrzebie modernizacji spółki z o. o.*, [w:] „Przegląd Prawa Handlowego” 2011/9, s. 4; Przez test bilansowy należy rozumieć zasadę przewidującą możliwość wypłaty zysku wyłącznie kosztem nadwyżki bilansowej (art. 192 § 1 k. s. h.); Natomiast test wypłacalności jest to oświadczenie wydawane przez zarząd przed wypłatą świadczeń, stwierdzające, iż spółka pomimo planowanej wypłaty utrzyma zdolność do bieżącego i terminowego regulowania jej wymagalnych zobowiązań w określonym okresie np. jednego roku.

35 *Cf. A. Opalski, op. cit.*, s. 12.

36 *Cf. K. Oplustil, op. cit.*, s. 31.

37 Kwestia ta nie znajduje się w zakresie tematycznym niniejszego artykułu, wypada jednak zauważyć, że we Francji już w 1994 roku wprowadzono możliwość tworzenia takowych udziałów; por. M. Romanowski, *op. cit.*, s. 8.

ki. Proponuje się także wprowadzenie dodatkowych obowiązków zarządu związanych z bilansem spółki, w szczególności obowiązek periodycznego analizowania przez zarząd zarówno bilansowej sytuacji spółki, jak i stopnia jej wypłacalności.

W związku z tym należy stwierdzić, że projekt legislacyjny przedstawiony przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego dąży do istotnej przebudowy modelu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością poprzez wprowadzenie między innymi fakultatywności kapitału zakładowego przy jednoczesnej możliwości zastąpienia go przez kapitał udziałowy, stanowiący *novum* w polskim porządku prawnym. Istotą rozwiązania alternatywnego jest brak związania środków odpowiadających kapitałowi udziałowemu, polegający na możliwości ich zwrotu wspólnikom tytułem dywidendy pod warunkiem spełnienia wymogu testu wypłacalności³⁸.

Poglądy doktryny

Uprzedzając dalsze rozważania, należy zauważyć, że osią sporu pomiędzy zwolennikami projektu oraz ich adwersarzami jest kwestia efektywności ochrony wierzycieli spółek kapitałowych przy wykorzystaniu instytucji kapitału zakładowego w dotychczasowej formie. Spór jest doniosły z punktu widzenia wierzycieli spółki, ale pamiętać należy, że dla przeciętnego uczestnika obrotu kwestią podstawową jest posiadanie przez spółkę (dłużnika) majątku pozwalającego na regulowanie bieżących zobowiązań³⁹.

W dalszej części rozważań przedstawione zostaną poglądy przedstawicieli nauki prawa dotyczące samej instytucji kapitału zakładowego i niektórych proponowanych zmian w strukturze majątkowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

Po pierwsze, za podstawową wadę kapitału zakładowego uznaje się arbitralność minimalnej jego kwoty określonej w ustawie⁴⁰. Ustawowe minimum ma ponadto charakter sztywny, nieuwzględniający potrzeb konkretnego przedsięwzięcia gospodarczego. Podkreśla się również, że stanowi ono barierę w zakładaniu przedsiębiorstw⁴¹. Zgodzić się trzeba z poglądem, iż idea wyznaczania arbitralnej wysokości kapitału zakładowego w ustawie mogła utrudniać rozwój przedsiębiorczości, jednakże wydaje się, że kwota 5000 złotych obecnie nie stanowi takiego problemu. Jednocześnie za słuszne należy uznać stanowisko wyrażone w uzasadnieniu projektu reformy struktury majątkowej spółki z o. o., iż kapitał zakładowy utrzymywany na niskim poziomie nie wzmacnia ochrony wierzycieli⁴².

38 *Projekt reformy...*, s. 13.

39 Cf. P. Sobolewski, *W sprawie przyszłości kapitału zakładowego i innych środków ochrony wierzycieli spółek z o. o.*, [w:] „Przegląd Prawa Handlowego” 2011/9, s. 54.

40 Cf. A. Opalski, *op. cit.*, s. 11.

41 Cf. A. Hebert, *op. cit.*, s. 213

42 Cf. *Projekt...*, *op. cit.*, s. 11.

Po drugie, o wyższości kapitału udziałowego nad kapitałem zakładowym świadczyć ma – w zamyśle projektodawców – ułatwienie wycofania ze spółki tego pierwszego bez konieczności obniżenia kapitału zakładowego i przeprowadzenia postępowania konwokacyjnego⁴³. Pozwolić ma to na błyskawiczną reakcję w razie zaktualizowania się potrzeby restrukturyzacji finansowej spółki⁴⁴. Uważam, że rozwiązanie to jest niekorzystne z punktu widzenia wierzycieli spółki, gdyż spółka nie będzie już zobowiązana do poinformowania ich o zamiarze wycofania kapitału ze spółki.

Po trzecie, Stanisław Sołtysiński uważa za bezpodstawne obawy tych krytyków projektu, którzy twierdzą, że przedsiębiorcy będą tworzyć spółki o kapitale kilku złotych. Obawy te można by uznać za uzasadnione w sytuacji, gdy wspólnicy byłiby gotowi ponosić ryzyko ogłoszenia upadłości spółki (doprowadzając do potencjalnej likwidacji majątku niewypłacalnej spółki), narazić zarząd na odpowiedzialność oraz gdyby ich kontrahenci wykazaliby się całkowitą naiwnością⁴⁵.

W doktrynie zauważa się jednak, że spółki pozbawione kapitału mogą powstawać w wyniku nadużyć w obrębie obowiązującej konstrukcji kapitału zakładowego (fikcyjne aporty w postaci know-how)⁴⁶. Spółki takie będą mogły również pojawiać się po wprowadzeniu proponowanych zmian⁴⁷. Obecnie wspomnianym nadużyciom zapobiegać ma art. 3 k. s. h., na mocy którego wspólnicy są zobowiązani do wniesienia wkładów, a także regulacja prawa upadłościowego i naprawczego (zwłaszcza art. 11 ust. 2)⁴⁸, zobowiązująca do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości z powodu nadmiernego zadłużenia⁴⁹. Dysfunkcyjność obowiązującego rozwiązania wynika z braku zewnętrznej kontroli zadeklarowanej wartości aportów wnoszonych do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością (por. art. 312 § 1 k. s. h.).

Wydaje się, że z wprowadzeniem możliwości zakładania spółek z o. o. o kapitale zakładowym wynoszącym 1 złoty bezpośrednio wiąże się potrzeba rozważenia rozszerzenia zakresu odpowiedzialności członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością bądź wprowadzenia do polskiego systemu prawnego tak zwanej odpowiedzialności przebijającej wspólników, a więc odpowiedzialności wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za szkody wyrządzone osobom trzecim w wyniku nadużycia przez nich formy prawnej spółki⁵⁰. Kwestia ta wymaga jednak szerszej, odrębnej analizy, która zostanie pominięta w dalszych rozważaniach⁵¹.

43 Proces zabezpieczenia roszczeń i wierzycieli.

44 Cf. S. Sołtysiński, *op. cit.*, s. 9.

45 Cf. *ibidem*, s. 7.

46 Cf. A. Opalski, *op. cit.*, s. 13.

47 Cf. W. J. Katner A. Kappes, J. Janeta, *Kontrowersyjny projekt reformy struktury majątkowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością*, [w:] „Przegląd Prawa Handlowego” 2011/4, s.13.

48 Dz. U. Nr 60, poz. 535, ze zm.

49 Cf. K. Oplustil, *op. cit.*, s. 30.

50 Cf. A. Rachwał *et. al.*, *System Pr. Handlowego*, t. 2, Warszawa 2012, s. 831.

51 Wspomniane zagadnienie budza kontrowersje, gdyż bezpośrednio wiąże się z naturą spółki z o. o. jako spółki kapitałowej.

Po czwarte, w doktrynie pojawiają się głosy, że kapitał zakładowy przesądza o budowie całego organizmu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością⁵² oraz twierdzenia odmienne, uznające koncepcję kapitału zakładowego jako kręgosłupa przedmiotowej osoby prawnej za nietrafną i przesadzoną⁵³. Ten pierwszy pogląd charakteryzuje przeciwników zaproponowanego w projekcie rozwiązania, którzy twierdzą, że w rzeczywistości proponowane zmiany doprowadzą – w wyniku zniesienia obligatoryjności kapitału zakładowego – do „odkapitalizowania” spółki z o. o.⁵⁴. Uważają oni również, że zniesienie minimalnej wysokości kapitału zakładowego doprowadzi między innymi do demontażu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością⁵⁵. Zdaniem Józefa Frąckowiaka w miejsce czytelnej i jasnej konstrukcji, jaką jest spółka z o. o. w jej aktualnym kształcie, proponuje się model, który może być spółką z kapitałem zakładowym lub spółką bez kapitału zakładowego, a tylko z kapitałem udziałowym, albo spółką, w której będzie kapitał zakładowy i kapitał udziałowy⁵⁶. Według tego autora propozycja, aby w tej samej spółce z o. o. byli wspólnicy, którzy mają udziały w kapitale zakładowym oraz wspólnicy, którzy mają udziały bez wartości nominalnej, może prowadzić do zupełnie nieczytelnych sytuacji, gdy te same prawa będą mieli wspólnicy, którzy wnieśli do spółki znaczący wkład majątkowy, oraz wspólnicy, którzy nie wnieśli do spółki praktycznie żadnego majątku lub wprowadzili taki majątek wnieśli, lecz w całości go wycofali, powodując niewypłacalność spółki⁵⁷.

W doktrynie wyszczególnia się jednak następujące cechy spółki z o. o. świadczące o jej kapitałowej naturze:

- ograniczenie ryzyka ekonomicznego wspólników do wartości wniesionych wkładów,
- świadczenia osobiste mają mniejsze znaczenie niż wkłady kapitałowe wspólników,
- zbywalność praw udziałowych,
- obowiązywanie zasady większości głosów na zgromadzeniu wspólników,
- kompetencja do prowadzenia spraw spółki przysługująca zarządowi,
- równe traktowanie wspólników w identycznych okolicznościach⁵⁸.

Ponadto Krzysztof Oplustil twierdzi, że o kapitałowej naturze spółki z o. o. przesądza charakter uczestnictwa wspólników w spółce, wyrażający się w tym, że wnoszą oni do niej wkłady, które są z kolei powiązane z zakresem korporacyjnych i majątkowych

52 Cf. J. Modrzejewski, C. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 29.

53 Cf. K. Oplustil, *op. cit.*, s. 29.

54 Cf. A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak, *Spółka kapitałowa bez kapitału zakładowego – głos w dyskusji nad projektem zmiany kodeksu spółek handlowych*, [w:] „Przegląd Prawa Handlowego” 2011/3, s. 9.

55 Cf. J. Frąckowiak, *Demontaż spółki z o.o. czy nowy rodzaj spółki kapitałowej – uwagi na tle proponowanej nowelizacji kodeksu spółek handlowych*, [w:] „Przegląd Prawa Handlowego” 2011/6, s. 5.

56 Cf. *ibidem*, s. 8.

57 Cf. *ibidem*, s. 6.

58 Cf. S. Sołtyśński, *op. cit.*, s. 8.; K. Oplustil, *op. cit.*, s. 29.

uprawnień wspólnika w spółce⁵⁹. Warto mieć na uwadze, że udziały nie muszą być powiązane z kapitałem zakładowym (stanowiąc jego części ułamkowej), aby być przedmiotem powyżej wskazanych korelacji⁶⁰. Mając na uwadze powyższe, trudno zgodzić się z poglądem, że pomiędzy instytucją kapitału zakładowego a samą spółką z o. o. istnieje nierozzerwalny związek. Trzeba jednak pamiętać, że zwrot „kapitał zakładowy” pojawia się w wielu przepisach dotyczących tej formy prawnej prowadzenia działalności gospodarczej (artykuły 152, 154, 206, 213, 239, 240, 260, 263 k. s. h.). Wynika z powyższego, iż polski ustawodawca – poza wątpliwym pełnieniem funkcji gwarancyjnej – wyznaczył instytucji kapitału zakładowego pełnienie innych funkcji.

Wreszcie po piąte, Michał Romanowski jako kolejny przykład słabości kapitału zakładowego w Polsce wskazał fakt, że ustawa nie zobowiązuje wspólników do uzupełnienia majątku uszczuplonego w toku działalności spółki⁶¹.

Podsumowanie

Jak wynika z powyższych rozważań, ocena efektywności kapitału zakładowego jako instrumentu ochrony wierzycieli jest niejednolita. Warto akceptacji wydają się natomiast propozycje wzmocnienia ochrony wspomnianych podmiotów.

Konsekwencje zastąpienia instytucji kapitału zakładowego instrumentami pochodzenia anglosaskiego są jednakże aktualnie trudne do przewidzenia. Najlepszym rozwiązaniem wydaje się wprowadzenie tak zwanej spółki udziałowej⁶² jako rozwiązania alternatywnego – obok tradycyjnego modelu spółki z o. o., opartego na konstrukcji kapitału zakładowego. Pozwoliłoby to na przeprowadzenie swoistego testu empirycznego proponowanego rozwiązania legislacyjnego, wskazującego, które z konkurencyjnych uregulowań w obrębie jednego systemu prawnego lepiej spełnia oczekiwania uczestników obrotu gospodarczego. Następnie możliwe byłoby pozostawienie w systemie tylko jednego z modeli spółki. Zaproponowane rozwiązanie umożliwiłoby ponadto uniknięcie niepotrzebnych sporów interpretacyjnych, możliwych przy stosowaniu ogólnych przepisów do nowego podtypu spółki z o. o. Pogląd ten nie jest odosobniony w doktrynie⁶³ – Wypada jedynie zauważyć, że jest kontrowersyjny⁶⁴.

59 Cf. K. Oplustil, *op. cit.*, s. 29.

60 *Vid. ibidem*, s. 29. Argument ten dotyczy udziałów beznominałowych, które z uwagi na brak miejsca nie będą przedmiotem niniejszego artykułu.

61 Cf. M. Romanowski, *op. cit.*, s. 6.

62 Konrad Osajda proponuje dla nowego podtypu spółki z o. o. nazwę spółki udziałowej; cf. K. Osajda, *op. cit.*, s. 26.

63 Cf. A. Koch, *O potrzebie odrębnej regulacji nowej postaci spółki z o.o.*, [w:] „Przegląd Prawa Handlowego” 2011/9, s. 24.

64 Cf. A. Opalski, *op. cit.*, s. 13.

Takiemu rozwiązaniu zarzuca się, iż niekorzystne jest mnożenie form prawnych spółek⁶⁵. Argumentacja ta jest jednak nieco niespójna ze względu na to, że, uznając za niewłaściwe mnożenie form prawnych spółek, jednocześnie proponuje się mnożenie wariantów spółki z ograniczoną odpowiedzialnością⁶⁶. Andrzej Kidyba uważa, iż tworzenie zróżnicowanych odmian spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (spółka, w której występuje kapitał zakładowy; spółka, w której występuje kapitał udziałowy; spółka, w której występuje kapitał zakładowy i kapitał udziałowy) nie sprzyja przejrzystości stosunków cywilnoprawnych oraz zaburza bezpieczeństwo obrotu. Ponadto trafnie stwierdza, iż każda z nich ma według projektu status spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, co oznacza, że konstrukcja firmy nie będzie w jakiegokolwiek sposób wskazywała, według którego modelu dana spółka została ukształtowana⁶⁷. Projektodawcy uznają to za korzyść płynącą z zaproponowanych rozwiązań, gdyż w ten sposób spółka pozbawiona kapitału zakładowego uniknie „stygmatyzacji”⁶⁸. Ponadto Andrzej Koch, uzupełniając pogląd Kidyby, dostrzega ryzyko wprowadzenia w błąd partnerów gospodarczych, dla których spółka z o. o. jest konstrukcją o tradycyjnej postaci⁶⁹.

Niezależnie od powyższej kontrowersji należy uznać za celowe uzupełnienie uregulowania dotyczącego spółki z o. o. o dodatkowe instrumenty ochrony wierzycieli, a więc między innymi test płynności finansowej, uniemożliwiający dokonywanie wypłat na rzecz udziałowców skutkujących zaprzestaniem regulowania należności przez spółkę (w doktrynie podnosi się, że brak takiej regulacji w k. s. h. stanowi systemową lukę⁷⁰) oraz test wypłacalności, którego celem jest ustalenie, czy spółka, mimo dokonania planowanej wypłaty, zachowa zdolność zaspokajania jej wymagalnych zobowiązań w ciągu roku od dnia dokonania wypłaty⁷¹. Z punktu widzenia wierzyciela na aprobatę zasługują również propozycje nałożenia na spółkę obowiązku tworzenia rezerwy z zysku na pokrycie przyszłych strat, wprowadzenie normatywnej kolejności źródeł pokrycia start bilansowych spółki oraz obowiązek periodycznego analizowania przez zarząd zarówno bilansowej sytuacji spółki, jak i stopnia jej wypłacalności. W doktrynie wyrażano pogląd, iż odejście od kapitału zakładowego w obecnym ujęciu na rzecz proponowanych rozwiązań doprowadziłoby do zwiększenia ochrony wierzycieli w stosunku do stanu obecnego⁷².

Dostrzegam ponadto w polskim systemie prawnym brak instrumentów chroniących przed zaciąganiem zobowiązań przez spółki nieposiadające majątku. Warto mieć na

65 Cf. *ibidem*, s. 13–14.

66 Cf. A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak, *op. cit.*, s. 10.

67 Cf. *ibidem*, s. 10.

68 Projekt..., s. 13.

69 Cf. A. Koch, *op. cit.*, s. 24.

70 Cf. M. Romanowski, *op. cit.*, s. 9; A. Opalski, *op. cit.*, s. 13.

71 Cf. K. Oplustil, *op. cit.*, s. 31.

72 A. M. Weber, „Rozbiórka” instytucji kapitału zakładowego w holenderskiej spółce BV – ocena reformy, [w:] „Monitor Prawa Handlowego” nr 5, 2013, s. 29.

uwadze, że w prawie niemieckim niewyposażenie spółki w kapitał niezbędny do prowadzenia zamierzonej działalności może stanowić podstawę do wystąpienia przez wierzyciela spółki z powództwem przeciwko wspólnikowi spółki w ramach tak zwanego *Durchgriffshaftung*⁷³. Natomiast w Stanach Zjednoczonych Ameryki, gdzie dopuszczono tworzenie i funkcjonowanie spółek kapitałowych bez kapitału zakładowego, dostrzegając niebezpieczeństwo nadużywania takiej formy, rozwinęto teorię *piercing of corporate veil* umożliwiającą sięganie, pomimo zasłony korporacyjnej, do majątków osobistych wspólników⁷⁴.

Przywołane fakty, niezależnie od kontrowersji związanych z instytucją kapitału zakładowego, uzasadniają przeprowadzenie dyskusji nad podwyższeniem poziomu ochrony wierzycieli spółek z o. o.

SUMMARY

Share capital in a limited liability company – an effective form of creditor protection?

This article deals with a draft bill amending the Code of Commercial Companies and the ongoing debate on the planned amendment which includes a proposal to remove a fixed minimum of share capital in limited liability companies. The most important issue under consideration in this paper is the protection of a company's creditors. The author of the following article, referring to a number of already published statements concerning the draft bill, summarizes the ongoing discussion about the role and the functions of share capital and the proposed new instruments for strengthening creditors' protection.

Keywords: share capital, amendment, creditor, protection

⁷³ W. J. Katner, A. Kappes, J. Janeta, *op. cit.*, s.16.

⁷⁴ M. Lutter, *Legal capital of public companies in Europe*, [w:] „Legal Capital in Europe, European Company and Financial Law Review”, red. M. Lutter 2006, nr specjalny 1, s. 12.

SŁAWOMIR MARCINIAK

Przesłanki przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania w postępowaniu cywilnym

Wstęp

Zgodnie z art. 3984 § 2 ustawy – Kodeks postępowania cywilnego¹ jednym z koniecznych elementów skargi kasacyjnej jest wniosek o przyjęcie skargi do rozpoznania wraz z uzasadnieniem. Może ona zostać merytorycznie rozpoznana wyłącznie w przypadku uwzględnienia tego wniosku przez SN. Należy przy tym podkreślić, że prawidłowo sformułowany wniosek musi odwoływać się do przesłanek uzasadniających jego pozytywne rozpatrzenie, uregulowanych w art. 3989 k. p. c.

Już pobieżna lektura tego przepisu pozwala stwierdzić, że ustawodawca zdecydował się sformułować te przesłanki – zwane także przyczynami kasacyjnymi² – w sposób ogólny, pozostawiając tym samym dookreślenie ich treści doktrynie i judykaturze. Zastosowanie przedmiotowego przepisu wymaga zatem przeprowadzenia wykładni, uwzględniającej dotychczasowy dorobek orzecniczy oraz liczne wypowiedzi przedstawicieli doktryny. Odkodowanie norm zawartych w art. 3989 k.p.c., a w konsekwencji skuteczne wniesienie skargi kasacyjnej, może więc wiązać się z poważnymi trudnościami.

W niniejszym opracowaniu zostanie przeprowadzona analiza przesłanek przyjęcia bądź odmowy przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania opisanych w art. 3989 k. p. c. Celem artykułu jest dookreślenie treści zawartej w przedmiotowym przepisie oraz wyjaśnienie jak w praktyce należy sformułować część skargi kasacyjnej zawierającą wniosek o przyjęcie jej do rozpoznania. Na tej podstawie możliwe będzie z kolei wskazanie kwestii problematycznych oraz ocena art. 3989 k. p. c. pod kątem praktyki.

1 Ustawa z dnia 17 listopada 1964r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz. U. 1964, Nr 43, poz. 296, dalej jako k.p.c.

2 T. Ereciński, [w:] *System prawa procesowego cywilnego*, red. T. Ereciński, t. III, Warszawa 2012, s. 971.

Poruszane zagadnienie jest niezwykle istotne dla praktyki prawniczej. Poniżej zostanie wykazane, że skuteczne wniesienie skargi kasacyjnej jest w znaczącej mierze uzależnione od właściwego zrozumienia i zastosowania art. 3989 k. p. c. przez skarżącego. Niezbędne wydaje się przy tym chociażby skrótowe omówienie zawartej w przedmiotowym przepisie instytucji prawnej i poczynienie uwag natury ogólnej.

Instytucja przedsądu

Instytucja regulowana przez art. 3989 k. p. c. w języku prawniczym jest powszechnie określana mianem „przedsądu”. Ma ona umożliwić wstępną selekcję skarg kasacyjnych, podlegających następnie rozpoznaniu przez S N. Decyzja w przedmiocie przyjęcia albo odmowy przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania zapada bowiem po badaniu, czy w danej sprawie zaistniała choćby jedna z przesłanek określonych w przedmiotowym przepisie.

Przedsąd wprowadzono do k.p.c. ustawą z dnia 24 maja 2000 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz ustawy o komornikach sądowych i egzekucji³. Pierwotnie omawiana instytucja została uregulowana w art. 393 k. p. c. W związku z niefortunną redakcją przepisu pojawiły się liczne wątpliwości dotyczące jego praktycznego zastosowania, co znalazło wyraz zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie. Trudności te okazały się na tyle poważne, że niezbędna stała się interwencja ustawodawcy⁴. Obecny kształt omawianej instytucji nadano ustawą z dnia 22 grudnia 2004 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych⁵.

Jedynie na marginesie należy w tym miejscu wspomnieć o wywołanych przedmiotowym przepisem kontrowersjach. Wobec omawianej instytucji podniesiono bowiem zarzuty, że służy ona wyłącznie odciążeniu SN oraz że nazbyt ogranicza dostęp do wymiaru sprawiedliwości⁶. Z kolei zwolennicy przedsądu podkreślali, że instytucja ta pozwoli SN realizować jego funkcje ustrojowe, to jest ujednolicanie wykładni i troszczenie się o rozwój prawa. Celowi temu miał służyć właśnie odpowiedni dobór skarg kasacyjnych przyjmowanych do rozpoznania. Przy wprowadzeniu do k.p.c. instytucji przedsądu wychodzono bowiem z założenia, że tylko skargi zawierające zagadnienia istotne z punktu

3 Dz. U. 2000, Nr 48, poz. 554.

4 *Vid.* T. Ereciński, *op. cit.*, s. 970–972.

5 Dz. U. 2005, Nr 13 poz. 98.

6 T. Ereciński, *op. cit.*, s. 974.

widzenia interesu publicznego, ważne dla rozwoju jurysprudencki powinny być przedmiotem rozpoznania przez najwyższy organ sądownictwa powszechnego⁷.

Obecnie wskazuje się, że przesąd ma już ugruntowaną pozycję i nie wywołuje tylu emocji, zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie⁸. Ocena ta wydaje się nieco zbyt optymistyczna, zwłaszcza wobec głosów mocno zdystansowanych wobec przedmiotowej instytucji⁹. Z drugiej strony w doktrynie zwraca się uwagę także na walory przedsądu, który umożliwia racjonalizację decyzji o przyjęciu skarg kasacyjnych do rozpoznania. Omawiana instytucja pozwala SN skupić się na sprawach najważniejszych i precedensowych bez potrzeby korzystania z tak radykalnych środków ograniczania wpływu skarg kasacyjnych jak znaczne podwyższenie wartości przedmiotu zaskarżenia¹⁰.

Należy zgodzić się z poglądami wskazującymi na pozytywne aspekty przedsądu. Wydaje się on odpowiednim narzędziem realizacji ogólnych założeń ustawodawcy. Przedmiotowej instytucji nie można bowiem rozpatrywać w oderwaniu od obecnego kształtu skargi kasacyjnej jako nadzwyczajnego środka odwoławczego oraz pozycji i funkcji SN. Jeśli skarga kasacyjna ma służyć kontroli orzecznictwa sądów powszechnych, ujednolicaniu wykładni i rozwojowi prawa, to wręcz konieczne wydaje się zapewnienie odpowiednich instrumentów pozwalających na selekcję spraw zawierających kwestie istotne ze względu na interes publiczny. Ograniczenie liczby rozpoznawanych skarg kasacyjnych jest nieodłączną konsekwencją racjonalnego użycia tego rodzaju narzędzi. Nie bez znaczenia jest przy tym okoliczność, że nie we wszystkich sprawach toczących się przed sądami powszechnymi pojawiają się kwestie istotne dla rozwoju prawa oraz błędy dyskwalifikujące orzeczenia sądów w nich zapadłe. Zupełnie oddzielną kwestią jest przy tym problematyka właściwego ukształtowania i używania narzędzi takich jak przesąd.

Uwagi ogólne dotyczące przesłanek przedsądu

W pierwszej kolejności należy rozważyć wymogi dotyczące przedsądu mające charakter ogólny, stanowiące pewne wytyczne w kwestii formułowania wyводу prawnego uzasadniającego przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania przez SN. Dopiero mając na względzie tak zarysowane podstawy, można przejść do omawiania poszczególnych przesłanek wskazanych w art. 398 k. p. c.

7 T. Ereciński, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. T. Ereciński, t. II, Warszawa 2012, s. 395.

8 T. Ereciński, *System...*, s. 974.

9 Wystarczy tu wskazać choćby na wypowiedź K. Piaseckiego, który wskazuje na czysto „odciążeniowy” charakter instytucji przedsądu, (K. Piasecki [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. K. Piasecki, t. II, Warszawa 2010, s. 208–209) oraz krytyczne uwagi poczynione przez A. Zielińskiego.

10 T. Ereciński, *Kodeks...*, s. 394.

Na wstępie należy zaznaczyć, że badaniu w ramach przedsądu podlegają jedynie skargi kasacyjne dopuszczalne i spełniające pozostałe wymogi formalne przewidziane dla tego kwalifikowanego pisma procesowego¹¹. Jeśli skarga nie spełnia tych wymogów, zastosowanie znajdzie art. 3986 k. p. c.¹²

Skarżący w pierwszej kolejności musi się więc mieć na uwadze i spełnić wymogi przewidziane w przepisach art. 3982 oraz art. 3984 k.p.c. Jest to rozwiązanie w pełni racjonalne i należy je ocenić pozytywnie. Trudno wyobrazić sobie sytuację, w której SN miałby poświęcać czas na badanie zaistnienia w danej sprawie przesłanek przedsądu w momencie, gdy nie wiadomo jeszcze, czy skarga otrzyma dalszy bieg.

Nietrudno bowiem zauważyć, że są to wymogi o innym charakterze, ponieważ ich kontrola sprowadza się do stwierdzenia, że zostały albo nie zostały one spełnione. Należy przy tym podkreślić, że również sam wniosek o przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania, zawierający uzasadnienie, również jest tego rodzaju wymogiem formalnym. Skarga kasacyjna musi bowiem taki wniosek zawierać. Podlega on jednakże podwójnemu badaniu. Wpierw jest to badanie formalne, które – podobnie jak w przypadku pozostałych wymogów formalnych – dąży do prostego stwierdzenia zaistnienia stanu zgodnego z wymogami ustawowymi albo braku tego stanu. Dopiero później wniosek ten jest oglądany ponownie, jednakże na zupełnie innej płaszczyźnie. Dalsza weryfikacja ma już charakter swoistego badania merytorycznego, dążącego do sformułowania oceny w przedmiocie zaistnienia w sprawie przesłanek przewidzianych w art. 3989 k. p. c.¹³

Gdyby nie doszło do powyższego rozróżnienia to mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której praca SN okazałaby się niepotrzebna, ponieważ skarga i tak nie mogłaby zostać przyjęta do rozpoznania ze względu na zaistniałe braki formalne. Obecne rozwiązanie jest zatem prawidłowe, ponieważ badanie w ramach przedsądu następuje w momencie, kiedy spełnione zostały wszystkie wymogi z art. 3982 oraz art. 3984 k. p. c., a jedyną kwestią pozostałą do rozpatrzenia jest właśnie wniosek o przyjęcie skargi do rozpoznania.

11 A. Zieliński, *op. cit.*, s. 689.

12 Art. 3986 k.p.c. § 1 Jeżeli skarga kasacyjna nie spełnia wymagań przewidzianych w art. 3984 § 2 lub 3, przewodniczący w sądzie drugiej instancji wzywa skarżącego do usunięcia braków w terminie tygodniowym pod rygorem odrzucenia skargi.

§ 2 Sąd drugiej instancji odrzuca na posiedzeniu niejawnym skargę kasacyjną wniesioną po upływie terminu, skargę niespełniającą wymagań określonych w art. 3984 § 1, nieopłaconą oraz skargę, której braków nie usunięto w terminie lub z innych przyczyn niedopuszczalną.

§ 3 Sąd Najwyższy odrzuca skargę kasacyjną, która podlegała odrzuceniu przez sąd drugiej instancji, albo zwraca ją temu sądowi w celu usunięcia dostrzeżonych braków.

§ 4 O odrzuceniu skargi kasacyjnej niespełniającej wymagań określonych w art. 3984 § 1 sąd drugiej instancji albo Sąd Najwyższy zawiadamia właściwy organ samorządu zawodowego, do którego należy pełnomocnik.

13 T. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 243, wskazuje, że czynności SN związane z rozważeniem, czy konkretną skargę kasacyjną przyjąć do rozpoznania, są odmianą merytorycznego na nią spojrzenia, tyle że z punktu widzenia „szczególnych, kwalifikowanych podstaw kasacyjnych”.

Powyższe uwagi wskazują, że badanie w ramach przedsądu stanowi niejako kolejny etap procedowania wobec skargi kasacyjnej bezpośrednio poprzedzający ewentualne rozpoznanie skargi. Wydaje się, że przy rozpoznawaniu skargi kasacyjnej można mówić o trzech etapach, przy czym dopiero pomyślna weryfikacja na danym etapie pozwala na przejście do kolejnego. Można tu wyróżnić etap badania skargi pod kątem spełnienia wymogów formalnych, etap badania poniekąd merytorycznego, dotyczącego zaistnienia przesłanek uzasadniających przyjęcie skargi do rozpoznania i etap właściwego, merytorycznego badania – rozpoznania skargi kasacyjnej.

W dalszej kolejności należy zauważyć, że SN przyjmuje skargę kasacyjną do rozpoznania, jeśli wystąpi jedna z wymienionych w art. 3989 k. p. c. przesłanek. Kategoryczne sformułowanie przepisu wskazuje, że w razie spełnienia przez skargę tych wymogów SN ma obowiązek przyjąć ją do rozpoznania¹⁴. Analogicznie, jeśli w danej sprawie nie występują przewidziane omawianym przepisem okoliczności, to SN postanowieniem odmówi przyjęcia skargi do rozpoznania¹⁵. W związku z powyższym, jak wskazano już wcześniej, prawidłowe sformułowanie skargi w zakresie wymaganym przez art. 3989 k. p. c. nabiera szczególnego znaczenia praktycznego. Realizacja dyspozycji określonych przedmiotowym przepisem staje się bowiem jednym z podstawowych wymogów warunkujących skuteczność tego nadzwyczajnego środka zaskarżenia. Prawidłowe wskazanie przez skarżącego na przyczyny uzasadniające przyjęcie skargi do rozpoznania jest czynnikiem o decydującym znaczeniu w kwestii przyjęcia bądź odmowy przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania.

Skarżący nie może przy tym argumentować, że dany problem prawny i związane z nim przepisy należy podporządkować jednocześnie pod dwie lub więcej przesłanek przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania. Zaistniały w sprawie problem powinien zostać jednoznacznie zakwalifikowany jako konkretna przyczyna kasacyjna¹⁶. Poszczególne przesłanki mają bowiem różną treść i w związku z tym nie można zakwalifikować jednego problemu jako dwóch różnych przesłanek¹⁷.

Argumenty dotyczące zasadności przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania powinny przybrać postać wyodrębnionego wyводу¹⁸. Warto bowiem zauważyć, że SN nie ma obowiązku poszukiwać w skardze jej fragmentów odnoszących się do spełnienia przesłanek przedsądu przewidzianych w art. 3989 k. p. c.¹⁹ Jest zatem w interesie skarżącego odpowiednie wyeksponowanie właściwej części skargi kasacyjnej, tak aby SN mógł bez

14 T. Wiśniewski, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, t. II, Warszawa 2013, s. 245.

15 T. Ereciński, *Kodeks...*, s. 400.

16 Postanowienie SN z dnia 28 maja 2013 r., III SK 52/12.

17 Możliwa jest natomiast kwalifikacja odwrotna – w sprawie mogą wystąpić przeciw dwa istotne zagadnienia prawne.

18 II PK 278/07 (*cf.* A. Zieliński, *op. cit.*, s. 689).

19 Orzecznictwo system 975 przypis 271.

przeszkód odnaleźć wniosek o przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania wraz z uzasadnieniem. Wyodrębnienie to powinno ułatwić również właściwe badanie wniosku w ramach przedsądu. Konsekwencją braku wniosku określonego w art. 3984 § 2 k.p.c. będzie zwrot skargi skarżącemu w celu jego uzupełnienia.

Zgodnie z art. 3986 § 1 k. p. c., w przypadku gdy skarżący nie zawrze w skardze kasacyjnej wniosku o przyjęcie skargi do rozpoznania wraz z uzasadnieniem, przewodniczący w sądzie II instancji wezwie skarżącego do usunięcia braku w terminie tygodnia pod rygorem odrzucenia skargi²⁰.

W doktrynie wskazuje się, że przesąd ma charakter merytorycznego spojrzenia na skargę kasacyjną, jednakże z punktu widzenia przesłanek kwalifikowanych²¹. Badanie w ramach przesądu pozostaje więc etapem całkowicie odrębnym od właściwego merytorycznego rozpoznania skargi. Odmienny jest także przedmiot tego badania – w ramach przesądu Sąd bada zaistnienie przyczyn kasacyjnych określonych w art. 3989 k. p. c.

Przedsąd pozostaje zatem wstępnym badaniem zasadności skargi kasacyjnej, które nie może zastąpić pełnego, merytorycznego rozpoznania zarzutów podniesionych w ramach podstaw kasacyjnych²². Pozytywne rozpatrzenie wniosku o przyjęcie skargi do rozpoznania wskazuje jedynie na zaistnienie przesłanek wymienionych w art. 3989 k.p.c. w danej sprawie i otwiera drogę do właściwego rozpoznania kasacji pod kątem podstaw określonych w art. 3983 § 1 k.p.c. Charakter przesądu podobnie opisał również SN²³.

Nie można zignorować faktu, że Sąd Najwyższy nie jest związany wskazanymi przez skarżącego przesłankami przesądu. Powyższe wynika ze szczególnego, publicznego charakteru postępowania kasacyjnego, które jest nakierowane na ujednolicanie wykładni i rozwój prawa. Tym samym na etapie przesądu SN może, a nawet powinien samodzielnie rozważyć wszystkie okoliczności uzasadniające przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania. SN może przy tym odmiennie ocenić okoliczności przywołane przez skarżącego, na przykład poprzez inną kwalifikację wskazanej przez skarżącego przyczyny kasacyjnej²⁴. Jest to istotna różnica wobec tak zwanych podstaw kasacyjnych, którymi SN jest całkiem związany.

O przyjęciu bądź odmowie przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania orzeka SN w składzie jednego sędziego na posiedzeniu niejawnym. Postanowienie w tym przed-

20 Obecna regulacja jest zdecydowanie łagodniejsza niż w poprzednim stanie prawnym, gdzie w przypadku zaistnienia tego braku skarga podlegała odrzuceniu *a limine* przez sąd II instancji, szerzej na ten temat *vid.* K. Knoppek, *Przedsąd jako etap postępowania kasacyjnego w sprawach cywilnych*, [w:] „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Zarządzania i Prawa w Warszawie”, nr 1 (15), 2004, s. 132.

21 T. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 243.

22 T. Ereciński, *System...*, s. 985.

23 *Cf.* uzasadnienie uchwały 7 sędziów SN z dnia 17 stycznia 2001r., III CZP 49/00, w szczególności pkt V.

24 T. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 245.

miocie jest niezaskarżalne i kończy postępowanie w sprawie. SN w toku rozpoznania skargi kasacyjnej jest związany tym postanowieniem. Obecnie postanowienie o przyjęciu bądź odmowie skargi kasacyjnej do przyjęcia jest uzasadniane z urzędu²⁵.

Związek pomiędzy podstawami kasacyjnymi a przesłankami przedsądu

W doktrynie niejednokrotnie zwracano uwagę na istnienie związku pomiędzy podstawami kasacyjnymi określonymi w art. 3983 § 1 k. p. c. a przesłankami przedsądu. Jednocześnie wskazuje się bowiem, że za wyjątkiem nieważności postępowania, którą SN bierze pod uwagę z urzędu, żadna ze wskazanych w art. 3989 k.p.c. okoliczności nie może być oderwana od zarzutów skierowanych wobec zaskarżonego orzeczenia²⁶. Wydaje się, że kwestia ta sprowadza się do rozdzielenia danego problemu na dwie płaszczyzny: istoty samego problemu i jego „istotności”.

Rozważając tę kwestię, należy bowiem zauważyć, że we wniosku o przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania nie można ograniczyć się do powtórzenia przyczyn kasacyjnych wskazanych w art. 3989 k. p. c. Konieczne jest rozwinięcie okoliczności istotnych ze względu na wymogi określone tym przepisem oraz wykazanie, że odpowiadają one katalogowi ustawowemu.

Jednocześnie w doktrynie podkreśla się znaczenie związku pomiędzy podstawami kasacyjnymi a przedsądem. Przedsąd musi bowiem pozostawać w odpowiednim związku z podstawami kasacji, co wyraża się w tym, że okoliczności podniesione ramach przedsądu muszą być związane z rozpoznawaną sprawą. Wykluczone jest przytoczenie takich argumentów uzasadniających przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania, które nie mają znaczenia dla rozpoznania danej sprawy.

Wydaje się zatem, że nie można mówić o nieograniczonym publicznym charakterze skargi kasacyjnej. Uwzględniając powyższe uwagi, powoływanie się na przyczyny kasacyjne całkowicie oderwane od danej sprawy należy uznać za niedopuszczalne. SN nie rozpozna takiej skargi kasacyjnej właśnie ze względu na brak *iunctim*. W związku z tym należy podnieść, że skarga kasacyjna, mimo przewagi interesu publicznego nad prywatnym, w rzeczywistości musi zawierać pewien pierwiastek interesu prywatnego.

²⁵ Obowiązek ten wynika z uchylecia przez TK, wyrokiem z dnia 30 maja 2007r., sygn. akt SK 68/06, zdania drugiego w art. 3989 § 2, w brzmieniu „Postanowienie nie wymaga pisemnego uzasadnienia”. Trybunał uznał ten fragment przepisu za sprzeczny z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 i art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Szerzej na ten temat *v.* uzasadnienie orzeczenia.

²⁶ T. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 245.

Podsumowując, w kontekście art. 3989 k. p. c. nie do przyjęcia jest zatem skarga kasacyjna o „czysto publicznym” charakterze.

W praktyce sformułowanie podstaw uzasadniających przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania w ramach przedsądu powiązanych z podstawami kasacyjnymi, a jednocześnie nie stanowiących ich powtórzenia, może okazać się problematyczne. Wydaje się, że kwestia podstaw kasacyjnych i przyczyn uzasadniających przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania jest porównywalna do opisanie istoty błędu w określonym zachowaniu (podstawy kasacyjne) i wskazaniu dlaczego ten błąd jest tak poważny, że zasługuje na uwagę (przyczyny kasacyjne).

Przy opisywaniu podstaw kasacyjnych należy się zatem skupić na opisie i wyjaśnieniu naruszenia prawa popełnionego przez Sąd, a w przyczynach kasacyjnych trzeba wykazać, że błąd ten jest w kontekście przesłanek z art. 3989 k. p. c. błędem wielkiej wagi. Konieczne jest zatem wyjaśnienie przez Sąd Najwyższy jak należy ten błąd naprawić, co w konsekwencji powinno oznaczać usunięcie danego problemu.

Przyczyny kasacyjne

Obecnie ustawodawca wyróżnia następujące przesłanki przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania:

- w danej sprawie występuje istotne zagadnienie prawne,
- w sprawie istnieje potrzeba wykładni przepisów prawa budzących poważne wątpliwości lub wywołujących rozbieżności w orzecznictwie sądów,
- zachodzi nieważność postępowania,
- skarga kasacyjna jest oczywiście uzasadniona.

Istotne zagadnienie prawne

Pierwszą ze wskazanych przez art. 3989 § 1 k. p. c. przesłanek uzasadniających przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania jest występowanie w sprawie istotnego zagadnienia prawnego.

Słowo „zagadnienie” oznacza kwestię wymagającą zastanowienia, myślowego rozwinięcia²⁷. Z kolei przez istotność danego zagadnienia prawnego należy rozumieć jego wagę dla rozwoju prawa lub znaczenie precedensowe przy rozpatrywaniu innych, po-

²⁷ W. Doroszewski, *Słownik poprawnej polszczyzny*, PWN, Warszawa 1996, *vid.* „zagadnienie”.

dobnych spraw²⁸. W sprawie musi więc wystąpić kwestia wymagająca zastanowienia o znacznym ciężarze gatunkowym, na tyle poważna, aby uzasadnić zaangażowanie SN²⁹.

Istotne zagadnienie prawne może dotyczyć zarówno problematyki prawa materialnego, jak i procesowego. W doktrynie podkreśla się jednak, że musi mieć ono charakter prawny, czyli dotyczyć jakiejś kwestii prawnej, nie zaś ustaleń związanych z podstawą faktyczną rozstrzygnięcia³⁰. Należy przy tym wykazać znaczenie danego zagadnienia dla konkretnej sprawy, w której wniesiono skargę, oraz dla orzecznictwa w ogólności³¹.

O występowaniu istotnego zagadnienia prawnego można mówić wtedy, gdy problem nie został jeszcze rozstrzygnięty w ogóle lub dostatecznie przez SN lub występują poważne rozbieżności w poglądach dotyczących rozwiązania tego problemu.

Ponadto zwraca się uwagę, że chodzi o zagadnienie istotne w sensie obiektywnym, a nie subiektywnym. O istotności zagadnienia nie może także decydować tak zwana waga społeczna sprawy, ponieważ kwestia ta podlega zmianie wraz z przemianami stosunków społecznych³².

Jak wskazał SN, „przedstawienie okoliczności uzasadniających rozpoznanie kasacji ze względu na występujące w sprawie istotne zagadnienie prawne, polega na sformułowaniu tego zagadnienia i wskazaniu argumentów, które prowadzą do rozbieżnych ocen³³”. Skarżący musi więc sformułować je w sposób wyraźny, tak aby możliwe było jednoznaczne określenie, w czym tkwi przedmiotowy problem. Ponadto konieczne jest wskazanie źródła wątpliwości oraz podstaw pozwalających na przyjęcie odmiennych rozwiązań³⁴. Skarżący powinien zatem odwołać się do odpowiednich przepisów, z których wynikają problemy interpretacyjne będące przyczyną wystąpienia wskazanego zagadnienia prawnego³⁵.

SN w jednym z nowszych orzeczeń wskazał ponadto, że wywód dotyczący istotnego zagadnienia prawnego powinien być zbliżony do tego, jaki jest przyjęty przy przedstawianiu zagadnienia prawnego przez sąd odwoławczy na podstawie art. 390 k. p. c.

Z wypowiedzi doktryny i judykatury należy wnioskować, że istotne zagadnienie prawne występuje w danej sprawie wtedy, gdy pojawia się kwestia dotąd nierozwiązana w orzecznictwie i doktrynie albo wtedy, gdy z jakiegoś względu należy przełamać

28 T. Ereciński, *Komentarz...*, s. 396.

29 Warto zwrócić tu uwagę na pogląd SN wyrażony w postanowieniu z dnia 5 maja 2001 r., II CZ 35/01: „Przedstawienie istotnego zagadnienia prawnego jako okoliczności uzasadniającej rozpoznanie skargi kasacyjnej polega na sformułowaniu tego zagadnienia i wskazaniu argumentów, które prowadzą do rozbieżnych ocen prawnych”, *cit. per.*: K. Knoppek, *op. cit.*, s. 133.

30 T. Ereciński, *System...*, s. 976.

31 *Ibidem*, s. 396.

32 *Eadem*, *Komentarz...*, s. 396.

33 Postanowienie SN z dnia 10 maja 2001r., II CZ 35/01.

34 *Cf.* K. Knoppek, *op. cit.*, s. 133.

35 Postanowienie SN z dnia 25 lutego 2008r., I UK 332/07.

dotychczasowy pogląd w kwestii już wyjaśnionej. Chodzi zatem o zagadnienie nowe³⁶, wcześniej nieistniejące albo o sformułowanie nowego poglądu dotyczącego jakiegoś ważnego zagadnienia, który z określonych względów powinien zastąpić pogląd poprzedni³⁷.

Analizując problematykę istotnego zagadnienia prawnego, nie można pominąć poglądu wyrażonego przez SN w postanowieniu z 9 września 2004 roku, II CZ 94/04³⁸. SN stwierdził, że:

zagadnienie takie dotyczyć musi kwestii prawnej pozostającej w związku z rozstrzygnięciem sprawy, nie zaś ustaleń związanych z podstawą faktyczną rozstrzygnięcia, a ponadto musi być sformułowane ogólnie w tym sensie, że nie może chodzić w nim o sposób rozstrzygnięcia sprawy. Wymaganiom tym nie czynią zadość przytoczone w kasacji tzw. okoliczności uzasadniające jej wniesienie.

Wskazanie danego zagadnienia przez skarżącego ma na celu usunięcie stanu niepewności poprzez interwencję SN.

Biorąc pod uwagę powyższe wywody należy wnioskować, że przy powoływaniu się na istnienie w danej sprawie istotnego zagadnienia prawnego konieczne jest odtworzenie na podstawie przepisów prawa jakiejś kwestii, która wymaga poważnego zastanowienia, a której rozstrzygnięcie ma decydujące znaczenie dla jednolitego stosowania prawa i jego rozwoju. Dana kwestia powinna więc niejako „wybijać się” z tekstu normatywnego i stanowić problem natury ogólnej, daleko utrudniający praktyczne zastosowanie odpowiednich przepisów lub przepisu. Wydaje się, że chodzi tu o problem wykraczający poza wybór pomiędzy kilkoma rezultatami wykładni.

Zasadna wydaje się teza, że istotne zagadnienie prawne to takie, któremu można przypisać pewne znaczenie systemowe lub celowościowe – jego istotność wykracza niejako ponad przepisy, z których samo wynika. Ranga zaistniałego problemu powoduje, że jego rozstrzygnięcie staje się poniekąd konieczne³⁹ i w istocie przyczynia się do ujednolicenia i rozwoju prawa. Zajęcie stanowiska przez SN powinno zatem tworzyć podstawy dla stabilizacji w stosowaniu prawa, opartej w pewności którą zapewnia rozwiązanie kwestii o tak szczególnym znaczeniu.

W praktyce prawniczej odróżnienie istotnego zagadnienia prawnego od potrzeby wykładni przepisów budzących poważne wątpliwości może nastręczyć znacznych trudności.

36 T. Ereciński, *Kodeks...*, s. 396.

37 Cf. Postanowienie SN z dnia 24 czerwca 2013r., II UK 85/13.

38 Postanowienie SN z 9 września 2004 r., II CZ 94/04.

39 Wynika to ze sformułowania „przyjmuje skargę kasacyjną do rozpoznania”. W tym kontekście takie sformułowanie przepisu jest w pełni uzasadnione i harmonijnie współgra ze znaczeniem istotności danego zagadnienia.

Potrzeba wykładni

Kolejną wymienioną w art. 3989 § 1 k. p. c. przesłanką uzasadniającą przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania jest zaistnienie w danej sprawie potrzeby wykładni przepisów prawnych budzących poważne wątpliwości lub rozbieżności w orzecznictwie sądów. Przedmiotowa przyczyna kasacyjna nawiązuje do przepisów art. 59 oraz art. 60 § 1 ustawy o SN, które nakładają na ten sąd obowiązek przeciwdziałania niejednolitości orzecznictwa sądowego.

W doktrynie i orzecznictwie pojawia się rozbieżność w rozumieniu tego przepisu. Można tu wyróżnić dwa odmienne poglądy. Według pierwszego omawiany przepis zawiera w istocie dwie przesłanki uzasadniające przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania:

- w sprawie zaistniała potrzeba wykładni przepisu wywołującego poważne wątpliwości,
- w sprawie zaistniała potrzeba wykładni przepisu wywołującego rozbieżności w orzecznictwie sądów.

W szczególności wskazuje się, że przesłanki te mogą występować odrębnie lub łącznie⁴⁰. Drugi pogląd zakłada natomiast, że zawsze chodzi o problemy dotyczące wykładni, które znajdują odbicie w orzecznictwie sądów powszechnych. Jako element konieczny dla skutecznego powołania się na omawianą przyczynę kasacyjną wskazuje się zatem przytoczenie przykładów rzeczywistej sprzeczności orzeczeń sądów powszechnych, zapadłych na gruncie zbliżonych stanów faktycznych⁴¹. Wyłączone spod kontroli SN są więc wątpliwości zgłaszane jedynie w doktrynie, bez realnego przełożenia na praktykę sądowniczą⁴².

W orzecznictwie wydaje się przeważać drugi pogląd. Uwzględniając cele skargi kasacyjnej oraz specyficzny cel przedmiotowej przyczyny kasacyjnej, należałoby raczej skłaniać się ku pogładowi pierwszemu⁴³. Na zasadność tego stanowiska wskazuje wykładnia celowościowa przepisu. Jeśli SN, rozpatrując skargi kasacyjne, dba o jednolitość wykładni i stosowania prawa, to tym bardziej powinien on podejmować starania o to, aby do powstania rozbieżności w ogóle nie doszło.

Jest bowiem rzeczą oczywistą, że sądy przy orzekaniu odwołują się do poglądów doktryny i często w znacznej mierze opierają się na nich przy orzekaniu. Judykatura i doktryna przenikają się wzajemnie i zapewniają swój wzajemny rozwój. SN, jeśli nadarza się ku temu okazja, powinien jak najszybciej usuwać wszelkie poważne i zasadne wątpliwości pojawiające się także w doktrynie. W ten sposób czyniłby wyraźną wskazówkę dla

40 T. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 247.

41 T. Ereciński, *System...*, s. 980.

42 *Ibidem*, s. 979.

43 Także K. Knoppek wskazuje, że chodzi tu również o wątpliwości w doktrynie, *cf.* K. Knoppek, *op. cit.*, s. 133.

sądów, zapobiegając późniejszej potrzebie likwidacji wynikających z zaistniałych wątpliwości skutków – rozbieżności w orzecznictwie. Przyczyniłoby się to zatem do stabilizacji prawa i zapobiegło powstaniu późniejszych konsekwencji. Praktyczne zastosowanie tego poglądu pozwoliłoby również zapobiec poczuciu krzywdy obywateli w sytuacji, kiedy w podobnych stanach faktycznych, ze względu na rozbieżności doktrynalne, zapadły odmienne orzeczenia. Późniejsze usunięcie rozbieżności, które uzyskały rzeczywisty substrat w postaci rozbieżności orzeczniczych, nie zlikwiduje słusznego poczucia krzywdy obywatela poszukującego ochrony swych praw przed sądem. Nie ma żadnych przeciwwskazań, które wykluczają proponowane rozwiązanie.

Doktryna i judykatura zajmują z kolei jednolite stanowisko jeśli chodzi o rozumienie występujących wątpliwości i rozbieżności. Można tu wskazać na dwie sytuacje:

- co do określonego przepisu brak jednolitej lub utrwalonej judykatury, w szczególności orzeczeń SN,
- zachodzi potrzeba zmiany dominującego poglądu lub dotychczasowej linii orzeczniczej⁴⁴.

Powyższe rozumowanie jest trafne, ponieważ pozwala SN zarówno na podjęcie nowych, dotąd nierozwiązanych problemów, jak i bieżącą rewizję poglądów w związku z różnego rodzaju przemianami zachodzącymi w rzeczywistości. Jedynie na marginesie należy zauważyć, że z uprawnienia zmiany dotychczasowego poglądu powinno się korzystać z jak największą ostrożnością i jedynie w przypadku silnie uzasadnionej potrzeby. Podejście przeciwne doprowadzi do skutku odwrotnego niż zamierzony dla art. 3989 § 1 pkt 2 k. p. c.

Rozpatrując omawiany przepis warto zwrócić uwagę na kwestię doktryny „*acte clair*” i związaną z nią maksymę *clara non sunt interpretanda*. W doktrynie trafnie zwraca się uwagę, że ich zastosowanie wyłącza spod racjonalnej kontroli procedurę wykładni norm uznanych a priori za jasne. Nie można zatem odmówić przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania ograniczając się do stwierdzenia, że określony przepis może być uznany za „*acte clair*”⁴⁵.

Norma zawarta w art. 3989 § 1 pkt 2 k. p. c. ma oczywisty cel – ujednolicenie wykładni i stosowania przepisów prawa przez sądy powszechne. Ustawodawca chce osiągnąć zamierzony efekt poprzez działalność orzeczniczą SN, który otrzymał kompetencję do udzielania wskazówek dotyczących właściwej wykładni i stosowania przepisów wywołujących wątpliwości.

Działalność ta jest zdecydowanie korzystna, gdyż przyczynia się do rozwoju i jednolitego stosowania prawa przez sądy, a przez to do większej stabilności orzekania i pewności obywateli.

44 T. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 247.

45 K. Piasecki, *op. cit.*, ss. 209–210.

Podsumowując, jeśli skarżący powołuje się na przesłankę określoną w art. 3989 § 1 pkt 2 k. p. c., to musi on wskazać na czym polega wątpliwość, przedstawić przeciwstawne rozwiązanie i wykazać, dlaczego preferowana przez niego wykładnia powinna zostać uznana za prawidłową. Ponadto jeśli skarżący powołuje się na występowanie rozbieżności w orzecznictwie sądów, to również musi on tę sprzeczność wykazać, przy czym zasadne jest wykazanie rozbieżności na tle orzeczeń sądów powszechnych zapadłych w przypadku zbliżonych lub takich samych stanów faktycznych.

Nieważność postępowania

Co do zasady sąd bierze pod uwagę nieważność postępowania z urzędu, nawet jeśli strony bądź uczestnicy postępowania nie wskażą na tę okoliczność. Reguła ta doznaje pewnej modyfikacji w postępowaniu kasacyjnym. Skarżący nie może ograniczyć się do zwykłego wskazania na okoliczność wskazaną w art. 3989 § 1 pkt 3 k. p. c. Ustawodawca wymaga bowiem, żeby stanowisko w tym przedmiocie zostało prawidłowo uzasadnione. Jeśli skarżący powoła się na nieważność postępowania, a nie uzasadni swojego stanowiska, to zostanie on wezwany do uzupełnienia braku formalnego skargi⁴⁶.

Omawiając przesłankę nieważności postępowania należy rozważyć, czy chodzi tu wyłącznie o nieważność postępowania przed sądem odwoławczym, czy przed sądami obu instancji. Do zasygnalizowanej problematyki odnosi się postanowienie SN z dnia 29 stycznia 2013 roku, V CSK 192/12. Teza cytowanego orzeczenia brzmi:

art. 3989 § 1 k. p. c. czyniąc przesłanką przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania nieważność postępowania (art. 3989 § 1 pkt 4 k. p. c.) ma na uwadze nieważność przed sądem odwoławczym. Nieważność postępowania przed sądem pierwszej instancji może być wzięta pod uwagę przez Sąd Najwyższy, wówczas gdy skarżący, w ramach podstawy kasacyjnej przewidzianej w art. 3983 § 1 pkt 2 k.p.c., wskaże ją jako naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy.⁴⁷

Wydaje się zatem, że chodzi tu o takie sytuacje, w których sąd II instancji nie uznał zarzutów apelacji dotyczących nieważności postępowania przed sądem I instancji. Jeśli bowiem w istocie postępowanie było nieważne, a sąd odwoławczy nie dostrzegł tej okoliczności, to uchybił określonym przepisom postępowania, a uchybienie to miało charakter istotny, o bezpośrednim wpływie na wynik sprawy. Tym samym SN, choć w drodze pośredniej, jest w stanie ocenić ważność postępowania przed sądem I instancji. Rozwią-

46 T. Ereciński, *System...*, s. 981.

47 Postanowienie SN z dnia 29 stycznia 2013 roku, V CSK 192/12.

zanie to wydaje się zasadne, w szczególności, jeśli weźmie się pod uwagę ciężar uchybień skutkujących nieważnością postępowania⁴⁸.

W doktrynie zwraca się uwagę, że jest to jedyny przypadek, kiedy w zupełności pokrywają się warunki skargi kasacyjnej co do podstawy i zasadności jej przyjęcia⁴⁹.

Warto zauważyć, że przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania na podstawie przesłanki nieważności postępowania nie przesądza o tym, że w sprawie kasacyjnej zapadnie wyrok uwzględniający skargę⁵⁰. Okoliczność ta będzie przedmiotem dalszego szczegółowego badania ze strony SN.

Przesłanka ta budzi najmniej kontrowersji i nie wywołuje zasadniczych problemów w praktyce. Aby skutecznie powołać się na tę przyczyną kasacyjną skarżący musi zatem wskazać dlaczego postępowanie w danej sprawie jest nieważne i rzeczowo uzasadnić swoje stanowisko.

Oczywista zasadność

Ostatnią z przesłanek wymienionych przez art. 3989 k.p.c. jest oczywista zasadność skargi kasacyjnej. Powszechnie przyjmuje się, że skarga kasacyjna jest oczywiście zasadna wtedy, gdy uchybienie ze strony sądu pozostaje oczywiste i łatwo dostrzegalne nawet dla przeciętnego prawnika⁵¹. Wydaje się więc, że należy tu uwzględnić wszystkie przypadki naruszeń pozostających w oczywistej sprzeczności z niebudzącą wątpliwości wykładnią określonych przepisów bądź jednolitym, ugruntowanym stanowiskiem doktryny i judykatury⁵². Złożoność danego zagadnienia pozostaje w tym wypadku raczej bez znaczenia, ponieważ nawet pozornie trudne bądź proste zagadnienie może być różnie postrzegane. Decydującym czynnikiem jest zatem „oczywistość” danego zagadnienia, rozumiana jako co najmniej zasadniczy brak sporów i wątpliwości co do określonego rozwiązania danej kwestii.

W doktrynie wyraża się jednak pogląd, że oczywista zasadność skargi kasacyjnej musi być widoczna *prima facie*, bez głębszej analizy prawnej. Wydaje się, że powyższe nie przekreśla przytoczonego wcześniej wyводу. Nawet skomplikowane zagadnienie występujące w sprawie może być przecież pojmowane jednolicie, przez co naruszenie danej reguły będzie oczywistym *prima facie*.

48 Szerzej na ten temat: T. Ereciński, *System...*, s. 981–982.

49 A. Zieliński, *op. cit.*, s. 691–692.

50 K. Piasecki, *op. cit.*, s. 210.

51 A. Zieliński, *op. cit.*, s. 692.

52 T. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 247.

Ostateczną ocenę co do oczywistej zasadności skargi kasacyjnej przeprowadza SN⁵³. Rozwiązanie to wydaje się jedynym słusznym, ponieważ trudno byłoby wyobrazić sobie sytuację, w której ze względu na powołanie się na tę przesłankę przez skarżącego, skarga kasacyjna jest przyjmowana do rozpoznania niejako automatycznie. Podkreśla to także ustrojową rolę SN, który może przy okazji wypowiedzieć się co do rzeczywistej oczywistości danego zagadnienia.

Należy podkreślić, że powołania się na oczywistość naruszenia nie zwalnia skarżącego z przytoczenia odpowiedniej argumentacji, wskazującej na rzeczywiste występowanie tej przyczyny kasacyjnej⁵⁴. Prawidłowe powołanie się na przedmiotową przesłankę przed sądem powinno wskazywać co najmniej na dwie okoliczności: dlaczego doszło do naruszenia oraz dlaczego naruszenie to jest oczywiste. Konieczne wydaje się zatem wskazanie ogólnej reguły, która została naruszona, wykazanie że reguła ta ma charakter jednolity, stanowczy i niekwestionowany, a następnie określenie na czym polega odstępstwo od tej reguły i dlaczego stanowi jej naruszenie⁵⁵.

W doktrynie wskazuje się, że ustawodawca poprzez sformułowanie omawianej przesłanki przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania zdecydował się na eliminację z obrotu prawnego orzeczeń nietrafnych, które w sposób oczywisty naruszają prawo⁵⁶. Założenie to jest słuszne, ponieważ pozwala na natychmiastowe i stanowcze likwidowanie wszelkich wątpliwości dotyczących danego zagadnienia, które mogłyby się pojawić, gdyby dane orzeczenie nie zostało uchylone. Nieuzasadnione odstępstwa od ogólnej zasady powoli osłabiałyby jej stanowczość i niepotrzebnie prowadziły do bezpodstawnych rozbieżności. Trafnie podkreśla się, że oczywista zasadność skargi kasacyjnej nie może być mylona z „oczywistą niesprawiedliwością” wyroku. Drugie pojęcie, w przeciwieństwie do pierwszego ma bowiem charakter subiektywny. Kontrola może z kolei podlegać jedynie naruszeniu obiektywnemu, dotyczące obowiązujących przepisów prawa⁵⁷.

Należy także zwrócić uwagę, że przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania ze względu na jej oczywistą zasadność nie powoduje samo przez się uwzględnienia skargi kasacyjnej. Podlega ona dopiero rozpoznaniu poprzez powiązanie przyczyn uwzględniających przyjęcie jej do rozpoznania oraz podstaw kasacyjnych.

53 K. Piasecki, *op. cit.*, s. 210.

54 A. Zieliński, *op. cit.*, s. 692.

55 Podobnie T. Ereciński, *System...*, s. 983–984.

56 *Ibidem*, s. 983.

57 Postanowienie SN z dnia 12 grudnia 2012 r., UK 163/02.

Stopniowanie interesu publicznego w przyczynach kasacyjnych

Wydaje się, że na podstawie powyższych wywodów można stwierdzić, iż wymienione w art. 3989 k. p. c. przyczyny kasacyjne są uszeregowane według ich znaczenia dla interesu publicznego. Nasilenie tego czynnika jest największe w przyczynie kasacyjnej określonej w art. 3989 § 1 pkt 1 k. p. c. i stopniowo maleje ono wraz z kolejnymi przesłankami określonymi w punktach 2–4 omawianego przepisu.

W toku powyższego wyvodu wielokrotnie była już mowa, że zasadniczym motywem przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania jest wystąpienie w danej sprawie kwestii istotnej z punktu widzenia interesu publicznego. Nie można przy tym zanegować interesu prywatnego podmiotu wnoszącego skargę kasacyjną, jednakże w postępowaniu kasacyjnym ma on niewątpliwie charakter drugorzędny⁵⁸. Interes publiczny przejawia się we wpływie merytorycznego rozpoznania skargi kasacyjnej na rozwój i ujednolicenie wykładni prawa, a także na podniesienie ogólnego poziomu orzecznictwa sądów powszechnych, o czym była już mowa.

W przedstawionym kontekście za najważniejszą dla interesu publicznego należy uznać przesłankę występowania w danej sprawie istotnego zagadnienia prawnego. Rozstrzygnięcie przez SN takiego zagadnienia powinno szczególnie przyczyniać się do rozwoju prawa poprzez jego ukierunkowanie oraz tworzenie pewnych zasad natury ogólnej, będących podstawą wykładni innych przepisów.

Drugą z punktu widzenia interesu publicznego przyczyną kasacyjną jest zatem wystąpienie w danej sprawie potrzeby wykładni przepisów budzących poważne wątpliwości lub rozbieżności w orzecznictwie sądów powszechnych. Rozstrzygnięcie danej problematyki w określony sposób niewątpliwie wprowadza stan pewności co do prawa poprzez wskazanie poglądu właściwego według oceny SN. Rozwiązanie danej problematyki ma jednak poniekąd walor „wycinkowy”, zasadniczo odnoszący się wyłącznie do danego przepisu.

Interes publiczny przy wystąpieniu przesłanki uzasadniającej przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania w postaci nieważności postępowania wyraża się w konieczności usunięcia skutków postępowań dotkniętych najcięższymi wadami, szczegółowo określonymi przez ustawodawcę w art. 379 k. p. c. Wydaje się, że znaczenie dla interesu publicznego jest tu poniekąd ograniczone, ponieważ stwierdzenie nieważności danego postępowania cywilnego pozwala na rozstrzygnięcie kwestii natury ogólnej tylko wyjątkowo, w sprawach w których orzeczenie nieważności będzie miało charakter precedensowy.

Odnosząc się do przesłanki określonej w art. 3989 § 1 pkt 4 k. p. c. należy stwierdzić, że interes publiczny ogranicza się tu raczej do zapobiegania pojawieniu się ewentualnych

58 Podobnie K. Knoppek, *op. cit.*, s. 135.

wątpliwości co do prawa w przyszłości, poprzez natychmiastowe usunięcie orzeczeń sprzecznych z jednolitym i ugruntowanym poglądem w danej kwestii.

Wnioski

Przedsąd stanowi złożoną instytucję prawną, o poważnym znaczeniu dla realizacji założeń i celów stawianych postępowaniu kasacyjnemu. Przedstawione wyżej wywody uzasadniają bowiem twierdzenie, że przesaąd jest istotnym narzędziem pozwalającym SN na dobór materiału potrzebnego do wykonywania zadań powierzonych mu przez ustawodawcę. Tym samym SN może skupić swoje wysiłki na kwestiach najważniejszych dla rozwoju prawa i ujednolicania jego wykładni, co z kolei wpływa na zwiększenie pewności co do prawa i podniesienie prestiżu sądów powszechnych.

Analiza praktycznego zastosowania przepisu art. 3989 k. p. c. pozwala z kolei stwierdzić, że wprowadzenie przez ustawodawcę przymusu adwokacko-radcowskiego dla sporządzenia skargi kasacyjnej było rozwiązaniem nie tylko słusznym, ale wręcz koniecznym. Przedstawiony wyżej wywód jednoznacznie wskazuje, że osoba nie będąca profesjonalistą – prawnikiem – nie byłaby w stanie sprostać wymogom określonym w omawianym przepisie.

Przeprowadzona analiza pozwala na wysunięcie nawet dalej idących wniosków. Trudno nie zgodzić się z twierdzeniem, że nawet profesjonalista – prawnik – będzie z reguły potrzebował znacznego czasu dla właściwego zrozumienia i zastosowania art. 3989 k. p. c. Profesjonalizacja ma swoje źródło właśnie w publicznym charakterze skargi kasacyjnej. Wydaje się, że zamiarem ustawodawcy było zawężenie kręgu osób uprawnionych do sporządzenia skargi kasacyjnej do takich, które są w stanie dostrzec, a następnie odpowiednio sformułować i przedstawić istotną kwestię związaną ze stosowaniem i rozwojem prawa.

Ogólnikowy charakter przyczyn kasacyjnych zmusza bowiem do głębszego zastanowienia się nad istotą danego zagadnienia prawnego i podjęcia niezbędnego wysiłku w celu przeprowadzenia starannej wykładni art. 3989 k.p.c. Konieczne będzie sięgnięcie do orzecznictwa SN i dotychczasowych wniosków wysuniętych w doktrynie. Skarga kasacyjna staje się tym samym narzędziem służącym rozwojowi prawa poprzez twórczą wymianę poglądów przed SN. Tym samym ten nadzwyczajny środek zaskarżenia stanowi „forum”, na którym wskazuje się pojawiające się problemy w stosowaniu prawa, pozwalające formułować nowe koncepcje i drogi jego rozwoju.

Na szczególną uwagę zasługuje przy tym okoliczność, że prawidłowe sformułowanie przyczyn kasacyjnych jest elementem niezbędnym dla przyjęcia i rozpoznania skargi kasacyjnej. Przy wnoszeniu skargi kasacyjnej nie jest zatem możliwe obejście art. 3989 k. p. c., a jego prawidłowe zastosowanie przez skarżącego waży na losach całej skargi

kasacyjnej. Biorąc pod uwagę powyższe wywody, jest to rozwiązanie prawidłowe, żeby nie powiedzieć konieczne.

Podsumowując, obecny kształt przedsądu i art. 3989 k. p. c. jest w zdecydowanej mierze nakierowany na ochronę interesu publicznego. Przedsąd staje się tym samym skomplikowanym narzędziem, wymagającym wysokiej klasy umiejętności merytorycznych, ponieważ zmuszającym skarżącego do starannego i przemyślanego uzasadnienia swojego stanowiska, przeznaczonym do „przygotowania” skargi do rozpoznania przez najwyższy organ sądowy.

SUMMARY

Premises of acceptance of a cessation appeal by the Supreme Court in Polish Civil Procedure

The paper deals with problems connected with the premises conditioning the acceptance of a cessation appeal by the Supreme Court, in particular the interpretation and practical use of article 3989 of the Code of Civil Procedure. In the first place, a legal institution called a “przedsąd”, a first stage of the process of examining a cessation appeal by the Supreme Court, is briefly summarized. Subsequently, the author explains questions common to all the premises regulated by article 3989 of the Code of Civil Procedure and the connection between those premises and the grounds for a cessation appeal. Next, the author proceeds to interpret the premises governed by article 3989 of the Code of Civil Procedure and explains how they are put into practice. The last part of the paper contains the author’s conclusions: the premises are strongly connected with the public interest and the development of law; putting them into practice demands a lot of work, even from lawyers.

Keywords: cessation appeal, the Code of Civil Procedure, the Supreme Court

JUSTYNA ZYGMUNT

Program Safe Harbour – pomost między europejskim a amerykańskim systemem ochrony danych osobowych

Wstęp

Niemalże każda czynność sprawia, że ludzie zostawiają po sobie ślady. Dzieje się tak, gdy robią zakupy w sklepie, znajdują się w miejscach objętych monitoringiem czy rejestrują na wizytę u lekarza. W każdej z wymienionych sytuacji utrwalają się informacje na ich temat. Gdyby właściciel sklepu pamiętał o tym, że jeden klient codziennie rano kupuje jagodziankę, mógłby po pewnym czasie dostosować swoją ofertę do jego oczekiwań i w ten sposób stać się bardziej konkurencyjnym. Jednakże, mając tysiące klientów, nie jest w stanie zebrać i przetworzyć danych na temat wszystkich kupujących – w efekcie upodobania jednostki gubią się wśród innych i nikt nie skorzysta na dokonanej wymianie informacji.

Choć automatyczne przetwarzanie danych było możliwe już dziesiątki lat temu, to dopiero Internet wyniósł je na nowy poziom, umożliwiając szybkie kojarzenie ze sobą informacji znajdujących się w rozmaitych, rozproszonych, rozbudowanych i przewidzianych dla realizacji odmiennych celów zbiorach oraz ich błyskawiczne rozpowszechnianie w zmodyfikowanej formie. Zebrane w ten sposób informacje mogą zdradzać nie tylko preferencje konsumenckie, ale także sytuację życiową i cechy osobowości. Zagrożenia i korzyści płynące z rozwoju techniki w miarę upływu czasu coraz lepiej zauważali także ustawodawcy, bo choć wyspecjalizowane ustawy pojawiły się już dziesiątki lat temu – ogłoszenie pierwszej miało miejsce w 1970 roku w Hesji – dopiero popularyzacja Internetu, w wyniku której informacja zaczęła mieć stale zwiększającą się wartość ekonomiczną¹, naświetliła palącą potrzebę kompletnej regulacji dotyczącej danych osobowych. Obecnie takie cyfrowe ślady mają skrajne konsekwencje w odniesieniu do różnych podmiotów: z jednej strony mogą nieść za sobą znaczną wartość ekonomiczną (na

1 Cf. J. Barta, R. Markiewicz, P. Fajgielski, *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, Kraków 2007, s. 27.

przykład poprzez wspomaganie udoskonalania strategii marketingowej czy ocenę ryzyka transakcji z danym podmiotem), a z drugiej, mają potencjał, by spowodować wielkie szkody dla podmiotu, którego dane dotyczą². To zróżnicowanie interesów uwidacznia się w dwóch podejściach do problematyki ochrony danych osobowych: europejskim – przyznającym prym ochronie obywatela – oraz amerykańskim – uznającym za priorytet swobodę działalności gospodarczej.

Właściciel sklepu będzie wiedział, że jego klient jada bułki z jagodami i przygotowuje dla niego specjalną ofertę, by utrzymać zainteresowanie bądź, zauważając preferencje konsumenta, proponuje mu nowe produkty. Być może poinformuje o tych preferencjach także sąsiedni sklep, który wprowadzi do swojej oferty specjalny proszek do prania ubrań zabrudzonych jagodami. Właściciel odniesie korzyść w postaci utrzymania bądź rozrostu rynku zbytu oraz nawiąże nowe kontakty handlowe, a konsument otrzyma korzystniejsze oferty. Pozostaje jednak pytanie, czy producent mógł zebrać dane klienta bez jego zgody, czy są to dane „osobowe”, komu można je udostępnić i czy konsument może się tym działaniom sprzeciwić. O ile w kontekście przykładu z jagodziankami pytanie to mogłoby zostać uznane za trywialne, to gdyby zastąpić je produktami medycznymi, a właściciel sklepu informowałby inne przedsiębiorstwa – na przykład firmy ubezpieczeniowe – o stanie zdrowia klienta bądź przysyłał dane do kraju, w którym nie istnieją normy chroniące dane osobowe, punkt widzenia niewątpliwie uległby znacznej zmianie³. Celem ochrony danych osobowych jest zatem „zagwarantowanie możliwości podejmowania decyzji w sferze informacji przez jednostkę, której te informacje dotyczą, a zarazem zapewnienie realizacji prawnie chronionego prawa jednostki do prywatności i intymności”⁴.

Artykuł ma na celu, poza nakreśleniem ogólnej charakterystyki europejskiego i amerykańskiego systemu ochrony danych osobowych, przedstawić problemy i stanowiska w przedmiocie warunków transferu danych osobowych z obszaru wysokiej ochrony na teren ochrony szczątkowej, czyli z Unii Europejskiej do USA, przy czym szczególna uwaga zostanie poświęcona Programowi Safe Harbour⁵.

Podstawowe pojęcia

Ochrona danych osobowych zarówno na świecie, jak i w Polsce jest refleksem podstawowych praw i wolności obywatelskich zawartych w aktach najwyższego rzędu⁶. W Polsce

2 Cf. A. Savin, *EU Internet Law*, Cheltenham 2013, s. 191.

3 M. Chrabonszczewski, *Prywatność. Teoria i Praktyka*, Warszawa 2012.

4 P. Barta, P. Litwiński, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 3.

5 Dalej: „S. H.” lub „Program”. Zarówno pisownia „Harbor” jak i „Harbour” jest poprawna.

6 H. P. Gotting, C. Schertz, W. Seitz *et. al.*, *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, Monarium 2009, S. 102 i n.

są to konstytucyjnie chronione prawo do prywatności ujęte w art. 49 oraz prawo do autonomii informacyjnej z art. 51. Transpozycja postanowień konstytucyjnych jest widoczna w ustawowym zwrocie: „każdy ma prawo do ochrony dotyczących go danych”, który stanowi połączenie założeń kryjących się za prawem do prywatności oraz autonomią informacyjną.

Określenie „ochrona danych osobowych” używane zarówno przez polską Ustawę o Ochronie Danych Osobowych z dnia 29 sierpnia 1997 r.⁷, jak i światową doktrynę, stanowi pewien skrót myślowy⁸. Nie tyle bowiem jest celem ochrona danych samych w sobie, ile osób, których te dane dotyczą. Widać to wyraźnie na przykładzie Dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 roku (Dz. Urz. UE. L Nr 281, str. 31; dalej jako „Dyrektywa” lub „Dyrektywa 95/46/WE”), której tytuł brzmi: „W sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych”. Ta konstatacja, choć na pozór oczywista, jest kluczowa, bowiem językowe ujęcie aktu prawnego niejednokrotnie przesądza o jego autorytecie i sposobach wykładni: o ile z potrzebą „ochrony danych osobowych” jako takich można polemizować z uwagi na dodatkowe koszty, które taka ochrona generuje, to już hasło ochrony obywatela, realizowanej poprzez ochronę jego danych, wydaje się być mniej dyskusyjne.

Dane osobowe są elementem życia prywatnego – informacjami o tożsamości, działaniach i przekonaniach. Przełożeniem tej reguły na język prawny na gruncie prawa polskiego jest definicja legalna zawarta w art. 6 ust. 1 Ustawy: za dane osobowe uważa się wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej bądź możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej, przy czym za osobę możliwą do identyfikowania uważa się osobę, której tożsamość można określić bezpośrednio lub pośrednio przez powołanie się na numer identyfikacyjny lub jeden albo kilka specyficznych czynników określających jej cechy fizyczne, fizjologiczne, umysłowe, kulturowe, ekonomiczne lub społeczne. Dodatkowo nie uważa się za informację umożliwiającą określenie tożsamości takiej informacji w sytuacji, gdy określenie wymagałoby nadmiernych kosztów, działań lub czasu. Dane osobowe są zatem rozumiane bardzo szeroko; reasumując, są nimi takie informacje, które można powiązać z konkretną osobą, jeśli wiadomo, kogo one dotyczą, albo pozwalają bez podejmowania nadmiernych wysiłków taką osobę ustalić.

Wyróżnia się także specjalną grupę danych, tak zwane dane sensytywne (wrażliwe), do których art. 27 Ustawy – za Dyrektywą – zalicza dane ujawniające pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy religijne, polityczne, przynależność wyznaniową, stan zdrowia, kod genetyczny, nałogi czy życie seksualne. W stosunku do takich wprowadzane są dalsze obostrzenia. Kategoria danych sensytywnych jako danych wymagających szczególnej

7 Dz. U. 1997 nr 133 poz. 883; dalej jako „Ustawa”.

8 P. Fajgielski, *Kontrola przetwarzania i ochrony danych osobowych. Studium teoretyczno - prawne*, Lublin 2008, s. 34.

ochrony wyszczególniona jest także w innych systemach prawnych, w tym w amerykańskim. Systemy różnią się jednak katalogiem informacji uznawanych za wrażliwe oraz dodatkowymi restrykcjami.

Przetwarzanie (*processing*) danych osobowych to jakiejkolwiek operacje wykonywane na danych takie jak zbieranie, utrwalanie czy udostępnianie. Odbiega to od potocznego rozumienia słowa „przetwarzanie” jako procesu dokonywania pewnych zmian.

Ochrona danych osobowych w Unii Europejskiej

Choć zagadnienie ochrony danych osobowych jest nie tylko współczesne, ale też coraz szerzej dyskutowane, dla jego pełnego zrozumienia, w szczególności zrozumienia zasygnalizowanych różnic w europejskich i amerykańskich uregulowaniach, warto sięgnąć do historii. W Europie, w której od wieków panowały różne formy dyktatury – od monarchii absolutnej po nazizm i komunizm – ochrona danych osobowych została, dla nadania jej szczególnego statusu i zapewnienia ścisłego przestrzegania, zakwalifikowana do katalogu podstawowych praw i wolności człowieka. Szczególnie ważnym okresem dla uświadomienia społeczności europejskiej wagi ochrony danych był okres II wojny światowej oraz lata powojenne. Przykładowo: niemiecki urząd bezpieczeństwa zatrudniał 500000 tajnych współpracowników, przy czym zadaniem 10000 z nich było dokonywanie transkrypcji rozmów telefonicznych obywateli. Do podobnych sytuacji nie dochodziło w Stanach Zjednoczonych. W USA od początku podejście do ochrony danych osobowych kształtowane jest głównie uwarunkowaniami wolnorynkowymi. Przełomowe wydarzenia działały tam raczej na rzecz złagodzenia niż zaostrzenia ochrony danych; na przykład po ataku terrorystycznym, jaki miał miejsce 11 września 2001 roku wszedł w życie US Patriot Act znacznie zmniejszający restrykcje dotyczące gromadzenia i przetwarzania danych przez upoważnione do tego organy.

Podstawowymi celami europejskiej regulacji były i są nadal ujednolicenie minimalnego poziomu ochrony oraz znalezienie równowagi pomiędzy zapewnieniem swobodnego przepływu danych między krajami członkowskimi – co pozostaje niezbędne dla gwarantowanego wspólnotowo przepływu towarów, usług i osób – a wysokim poziomem ochrony życia prywatnego. Z tego powodu gromadzenie i wykorzystywanie danych osobowych podlega ścisłym ograniczeniom, a państwa UE wezwano do powołania niezależnych krajowych organów odpowiedzialnych za ochronę tych danych⁹. W Polsce jest to Generalny Inspektor Danych Osobowych¹⁰.

⁹ A. Savin, *op. cit.*, s. 196.

¹⁰ Dalej: „GIODO”.

Założenia Dyrektywy 95/46/WE

Owoce europejskiej myśli prawniczej dotyczącej potrzeby ochrony danych osobowych jest Dyrektywa 95/46/WE wprowadzająca katalog minimalnych uprawnień i restrykcji, których naruszenie może być powodem zarządzenia przez sąd wypłaty odszkodowania. Jej podstawowe założenia można ująć w poniższych pięciu punktach.

Po pierwsze, w sytuacji, w której na zbieranie i przetwarzanie danych wymagana jest zgoda, osoba przed jej wyrażeniem ma obowiązkowo zostać poinformowana o administratorze zbioru, o celu, dla którego dane są zbierane oraz o możliwości wglądu do nich i korekty. Dyrektywa zakazuje zasadniczo przetwarzania danych w innym celu niż ten, dla którego zostały zebrane i innym niż ten, na który osoba uprawniona wyraziła zgodę. Przetwarzanie danych bez obligatoryjnej zgody jest możliwe tylko w wyjątkowych przypadkach. Po drugie, istnieją specjalne postanowienia dotyczące danych sensytywnych, w przypadku przetwarzania których konieczna jest wyraźna zgoda¹¹. Po trzecie, osoba, której dane zostały zebrane, może domagać się ich sprostowania bądź usunięcia, jeśli zawierają fałszywe informacje lub zostały zebrane z naruszeniem dyrektywy. Po czwarte, każda osoba ma prawo do uzyskania informacji o tym, czy dane o niej znajdują się w zbiorze, a jeśli tak, to w jakim celu. Po piąte, zainteresowany może wnieść sprzeciw wobec przetwarzania dotyczących go danych wyłącznie w celach marketingu bezpośredniego oraz w sytuacji, gdy choć zebrane one zostały w warunkach dozwolonych przez prawo (na przykład w wypadku, gdy było to niezbędne dla korzystania z nich na rzecz dobra publicznego), to indywidualna sytuacja sprawia, że działanie takie nie powinno być legitymizowane.

Kształt polskiej regulacji dotyczącej ochrony danych osobowych jest wynikiem implementacji Dyrektywy. Porównanie tych dwóch aktów prawnych pozwala dostrzec pewne różnice¹², jednakże polska Ustawa jest z nią w znacznej części zharmonizowana, zwłaszcza po trzech obszernych nowelizacjach z 2001, 2004 i 2012 roku, dlatego w dalszej części opracowania nie zostaną omówione osobno regulacje polskie i unijne, a jedynie te drugie. Warto podkreślić, iż stopień harmonizacji prawa w innych państwach UE jest równie wysoki, co w Polsce. Nad tym procesem czuwa powołana specjalnie w tym celu mocą art. 29 Dyrektywy Grupa Robocza do spraw ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych¹³, która ma zapewniać wzajemne zbliżanie się ustawodawstw krajowych, w szczególności przez wydawanie stosownych rekomendacji. Obecne ujednolicanie prawa na terenie UE nasuwa wniosek, iż dostrzeżono stale rosnący międzynarodowy przepływ danych i postawiono na spójną, kompletną, ogólnoeuropejską

11 W tym aspekcie polska Ustawa jest bardziej restrykcyjna od unijnej Dyrektywy, gdyż dla udzielenia zgody wymaga jest forma pisemna.

12 J. Barta, R. Markiewicz, P. Fajgielski, *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, Kraków 2007 s. s. 126.

13 Dalej: „Grupa Robocza art. 29” lub „Grupa Robocza”.

regulację¹⁴. Już samo przejście od formy dyrektywy do bezpośrednio obowiązującego rozporządzenia jest jasnym sygnałem, że postawiła sobie zadanie ścisłego i bezkompromisowego uregulowania przedmiotowej materii.

Przekazywanie danych osobowych do krajów trzecich

Zasady ogólne

Postępująca globalizacja wpływa na wzrost transgranicznej wymiany informacji i sprawiła, iż unijna Dyrektywa nie mogła obejść się bez zasad regulujących transfer danych osobowych do państw trzecich, której poświęcony jest IV rozdział Dyrektywy. Jednakże przed omówieniem szczegółów regulacji należy sprecyzować, czym jest sam transfer danych. W zakresie tego pojęcia mieszczą się: udostępnianie danych administratorowi z państwa trzeciego, czyli spoza Unii Europejskiej, przekazanie ich do przetwarzania w państwie trzecim oraz transfer danych w ramach struktury organizacyjnej jednego administratora danych (na przykład do oddziału spółki znajdującego się w państwie trzecim)¹⁵.

Artykuł 25. Dyrektywy wprowadza kluczową zasadę głoszącą, że transfer danych osobowych dopuszczalny jest wyłącznie do państwa, które zapewnia odpowiedni poziom ochrony (*adequate level of protection*). Dyrektywa nie przesądza o procedurze weryfikowania istnienia odpowiedniego poziomu ochrony, pozostawiając w tym zakresie swobodę krajom członkowskim¹⁶. Kraj członkowski może przykładowo wprowadzić obowiązki po stronie administratorów bądź zdecydować się na system udzielania uprzednich lub następczych zezwoleń. Dyrektywa nie zawiera wyczerpującego katalogu cech prawodawstwa zapewniającego odpowiednią ochronę, a jedynie wskazuje w art. 25 ust. 2 pewne czynniki, w świetle których należy dokonywać jego oceny: szczególną uwagę należy zwracać na charakter danych, cel i czas trwania proponowanych operacji przetwarzania danych, kraj pochodzenia i kraj ostatecznego przeznaczenia, normy prawne (materialne, procesowe i egzekucyjne), obowiązujące w kraju trzecim oraz środki mające zapewnić bezpieczeństwo przetwarzania danych w tym kraju. Pewne wytyczne w tym zakresie wydała także Grupa Robocza art. 29. w dokumencie WP 12 z dnia 24 lipca 1998 roku, w którym zdefiniowała podstawowe zasady, jakie powinno przestrzegać państwo trzecie¹⁷:

14 Więcej na ten temat w końcowej części artykułu.

15 X. Konarski, G. Sibiga, *Zasady przekazywania danych osobowych do państwa trzeciego w prawie polskim i UE*, [w:] *Ochrona danych osobowych. Aktualne problemy i nowe wyzwania*, ss. 89–90.

16 H. H. Wohlgenuth, J. Gerloff, *Datenschutzrecht. Eine Einfuhrung mit praktischen Falen*, Darmstadt 2005, s. 16.

17 *ABC zasad przekazywania danych osobowych do państw trzecich*, Wydawnictwo sejmowe 2007.

- zasada celowości: przetwarzanie danych powinno mieć określony cel; dalsze ich wykorzystywanie możliwe jest jedynie wtedy, gdy zgodne jest z pierwotnym celem przekazywania danych;
- zasada jakości danych oraz ich adekwatności: dane powinny być dokładne i aktualne oraz adekwatne do celu ich przekazywania;
- zapewnienie obowiązku informacyjnego: osoba, której dane dotyczą, powinna być poinformowana o celu przetwarzania tych danych oraz o administratorze danych w państwie trzecim;
- zabezpieczenie danych: powinny być zastosowane odpowiednie do istniejącego ryzyka środki techniczne i organizacyjne w celu zabezpieczenia danych osobowych;
- prawo dostępu do danych, poprawiania oraz sprzeciwu: osoba, której dane dotyczą, powinna mieć dostęp do informacji o przetwarzanych o niej danych, prawo do ich poprawiania, a w określonych sytuacjach także prawo sprzeciwu wobec ich przetwarzania;
- ograniczenie dalszego przekazywania danych: przekazywanie danych przez operatora w państwie trzecim kolejnemu podmiotowi dopuszczalne jest, co do zasady, jedynie wtedy, gdy podmiot otrzymujący dane jest również związany zasadami gwarantującymi odpowiednią ochronę danych osobowych.

Decyzja Komisji Europejskiej w przedmiocie poziomu ochrony

Zgodnie z art. 25 ust. 6 Dyrektywy, na podstawie oceny prawa wewnętrznego lub zobowiązań międzynarodowych danego kraju Komisja Europejska¹⁸ może stwierdzić, że dane państwo zapewnia poziom ochrony wymagany w Dyrektywie. W wyniku wydania takiej decyzji dopuszczalny jest transfer danych osobowych do tego kraju już bez konieczności zapewniania dodatkowej kontroli, w tym badania, czy poziom ochrony jest odpowiedni, bądź wydawania dodatkowych aktów czy zawierania umów. Komisja uznała, iż taki poziom ochrony zapewniają Szwajcaria, Kanada oraz Wyspa Man. Z uwagi na różnice pomiędzy prawodawstwem Unii Europejskiej oraz Stanów Zjednoczonych, USA nie może być uznane za takie państwo.

Wyjątki od zakazu przekazywania danych osobowych do krajów niezapewniających należytego poziomu ochrony

Dyrektywa wprowadziła szereg wyjątków od zasady, iż dane osobowe mogą być przekazywane wyłącznie do kraju zapewniającego należyłą ochronę. Dzieje się tak po pierwsze w sytuacji wykonywania obowiązku nałożonego na administratora danych przepisami prawa lub ratyfikowaną umową międzynarodową. Po drugie wówczas, gdy osoba,

¹⁸ W procesie oceny istotną rolę doradcą pełni Grupa Robocza art. 29.

której dane dotyczą, wyrazi zgodę na taki transfer. Zgodę należy rozumieć tak samo jak w przypadku wyrażania „zgody na przetwarzanie danych”, gdyż transfer jest jedną z form przetwarzania¹⁹, czyli jako oświadczenie woli, którego treścią jest zgoda na przetwarzanie danych osobowych tego, kto składa oświadczenie; zgoda nie może być domniemana lub dorozumiana na podstawie oświadczenia woli o innej treści. Po trzecie wówczas, gdy przekazanie jest niezbędne do wykonania umowy pomiędzy administratorem danych a osobą, której dane dotyczą, a po czwarte niezbędne do wykonania umowy w interesie osoby, której dane dotyczą, pomiędzy administratorem danych a innym podmiotem. Dodatkowo wprowadzono wyjątki zakładające przekazanie danych ze względu na dobro publiczne, ochronę żywotnych interesów podmiotu danych oraz danych ogólnodostępnych. *Ratio legis* tego ostatniego wyjątku leży w założeniu, iż dane takie i tak są dostępne dla nieograniczonego kręgu podmiotów i nie chodzi tylko o formalną jawność (na przykład rejestry publiczne), ale ich faktyczną dostępność (na przykład umieszczenie na stronie internetowej), przy czym należy pamiętać, że przekazanie będzie możliwe wówczas, gdy upublicznienie zostało dokonane zgodnie z przepisami prawa²⁰.

Ochrona danych osobowych w USA

Stany Zjednoczone mają zupełnie odmienne od europejskiego podejście do ochrony danych osobowych, gdyż nie mają jednego, federalnego, pełnego i wszechstronnego uregulowania dotyczącego ich zbierania i przetwarzania. Zamiast tego regulacja dokonywana jest sektorowo, wieloma różnymi aktami prawnymi, w tym regulaminami oraz przez tak zwaną samoregulację (*self-regulation*). Wielość aktów prawnych sprawia, że normy w nich zawarte niejednokrotnie są ze sobą sprzeczne²¹. Na poziomie stanowym w większości przypadków wdrożono pewne regulacje dotyczące ochrony danych osobowych, są one jednak bardzo zróżnicowane i nie stanowią szczyelnego systemu ochrony tak, jak to ma miejsce w UE. Ponadto w USA nie wymaga się ani kreowania niezależnych organów zajmujących się ochroną danych osobowych, ani rejestrowania baz danych, w których dane są przetwarzane, ani zgody podmiotu na przetwarzanie jego danych.

Przykładem ilustrującym różnice europejskich i amerykańskich regulacji oraz uświadamiającym potrzebę znalezienia konsensusu stała się sytuacja wynikła z amerykańskich regulacji wprowadzonych po ataku terrorystycznym na World Trade Center. USA zobowiązały wówczas linie lotnicze do podawania dokładnych informacji (między innymi

19 Tak: X. Konarski, G. Sibiga, *Zasady przekazywania danych osobowych do państwa trzeciego w prawie polskim i UE*, [w:] *Ochrona danych osobowych. Aktualne problemy i nowe wyzwania*, s. 98.

20 *Ibidem*, s. 101.

21 I. Jolly z Loeb & Loeb LLP w artykule *Data protection in United States: overview* napisanym dla Practical Law. A. Thomson Reuters Legal <http://uk.practicallaw.com/6-502-0467>.

imienia, daty urodzenia, numeru karty kredytowej, narodowości) o pasażerach, którzy dokonali rezerwacji i odprawy. Wśród wymaganych informacji znalazły się także takie, które mogłyby być uznane za wrażliwe w rozumieniu Dyrektywy 95/46/WE. Linie nie-dostosowujące się do obowiązków musiałyby liczyć się z karami finansowymi. Z uwagi na oczywistą sprzeczność powyższego zarządzenia z przepisami dotyczącymi danych osobowych w UE w maju 2004 roku zawarto specjalną umowę zezwalającą na przesyłanie wymaganych przez USA danych²².

Najważniejsze amerykańskie akty prawne z dziedziny ochrony danych osobowych to:

- *The Federal Trade Commission Act* (FTCA): krajowa ustawa chroniąca prawa konsumenta i zwalczająca nieuczciwe praktyki rynkowe. W praktyce ma zastosowanie do ochrony danych osobowych online i offline. i często jest podstawą roszczeń. Spod zakresu FTCA wyłączone są instytucje finansowe, transportowe i telekomunikacyjne,
- *The Financial Services Modernization Act*: reguluje gromadzenie, przetwarzanie i ujawnianie informacji finansowych. Ma zastosowanie w wypadku banków, firm ubezpieczeniowych i odszkodowawczych oraz innych instytucji świadczących usługi finansowe,
- *The Health Insurance Portability and Accountability Act*²³: dotyczy danych medycznych,
- *The Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act*²⁴ i the *Telephone Consumer Protection Act*: regulują gromadzenie i wykorzystywanie adresów e-mail, numerów telefonów i adresów zamieszkania.

Każda z tych regulacji zawiera własne wyłączenia, własne wymagania dotyczące zgody na przetwarzanie danych i warunków tego przetwarzania, własne odrębności dotyczące danych sensytywnych, obowiązków informacyjnych i egzekucji roszczeń.

Regulacja amerykańska ma coraz liczniejszych przeciwników²⁵ oraz wpływowych zwolenników. Rząd, zdaniem przedstawicieli biznesu, powinien powstrzymać się od regulowania tej sfery, bo brak obostrzeń napędza innowacyjność w Internecie²⁶. Z zasygnalizowaniem takiego stanowiska można spotkać się także w polskiej doktrynie²⁷. Przeciwnicy wprowadzania restrykcji, poza powoływaniem się na korzyści płynące z innowacyjności, zwracają także uwagę na to, że Amerykanie sami nie dbają o swoje dane, gdyż umieszczają ich codziennie na portalach społecznościowych setki gigabajtów, więc wprowadzanie obostrzeń będzie działaniem na wyrost. Jest to jednak, jak się wydaje,

22 A. Savin, *op. cit.*, s. 205.

23 W skrócie: HIPAA.

24 W skrócie: CAN-SPAM Act.

25 W tym charakterze na łamach Wall Street Journal wypowiedział się Thomas H. Davenport, pracownik naukowy Harvard Business School <http://online.wsj.com/article/SB10001424127887324338604578328393797127094.html> (wejście 10 października 2013 r. o 9:49).

26 H. P. Gotting, C. Schertz, W. Seitz, *op. cit.*, Monarium 2009, s. 1175.

27 J. Barta, R. Markiewicz, P. Fajgielski *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, Kraków 2007, s. 28.

jedynie pusty slogan, gdyż świadomość potrzeby ochrony prywatności, choć niższa niż u Europejczyków, stale wzrasta, o czym świadczą wyniki raportu PEW Institute²⁸, według którego aż 86% Amerykanów przedsięwzięło kroki w celu usunięcia bądź ukrycia śladów, jakie pozostawili w sieci, a przeważająca większość użytkowników chciałaby pozostać w sieci anonimowa. Co więcej, aż 66% użytkowników uważa obecną regulację za niewystarczającą w zakresie ochrony prywatności online, przy czym tylko 24% uważa ją za wystarczająco dobrą. Wyrazem tych statystyk jest coraz głośniejsze wyrażana krytyka liberalnego podejścia uznająca samoregulację za porażkę amerykańskiego systemu.

Prekursorem ochrony danych osobowych w USA jest Kalifornia²⁹. RTamtejsze regulacje niejednokrotnie są przełomowe i dają impuls dla wprowadzenia regulacji krajowych. Przykładowo: w 2002 roku Kalifornia wprowadziła system informowania o naruszeniach ochrony danych i od tego czasu analogiczna regulacja pojawiała się w każdym stanie. Jednym z najważniejszych dokonań Kalifornii było wydanie w 2004 roku *Online Privacy Protection Act* („OPPA”), który wymaga od operatorów stron internetowych umieszczania w widocznym miejscu informacji o stosowanej przez nich polityce prywatności. Najnowszym osiągnięciem kalifornijskiej legislacji w tym zakresie jest projektowany *Right to Know Act* z 2013 roku, który ma umożliwić konsumentom między innymi wgląd i otrzymanie kopii pełnego katalogu danych, które zostały o nich zebrane przez dane firmy oraz uzyskanie informacji o tym, komu zostały ujawnione. Decyzja o jego wejściu w życie zostanie podjęta w 2014 roku.

Obecnie polityka USA w zakresie ochrony danych osobowych ulega ewolucji w kierunku zaostrzenia rygorów co do ich przetwarzania. Potwierdzeniem dla tej tezy jest raport *Consumer data privacy in a networked world: A framework for protecting privacy and promoting innovation in the global digital economy*³⁰ wydany w lutym 2012 roku przez rząd USA. Dokument otwierają słowa Baracka Obamy: „Never has privacy been more important than today, in the age of the Internet, the World Wide Web and smart phones”, co świadczy o wzroście zainteresowania ukształtowaniem na nowo dotychczasowej regulacji. Choć dokument nie ma mocy wiążącej, przemawia za nim siła autorytetu, przez co uważa się go za wskazujący nowy kierunek i standardy w zakresie ochrony danych osobowych w USA. Możemy w nim znaleźć zalecenia adresowane między innymi do amerykańskich firm, by te umożliwiały konsumentom kontrolę sposobu zbierania oraz wykorzystywania dotyczących ich danych.

28 <http://pewinternet.org/Reports/2013/Anonymity-online.aspx>.

29 Prawo Kalifornii jest pierwszym, które wprowadziło „prawo do bycia zapomnianym” (*right to be forgotten*). Szczegółowe informacje można znaleźć na stronie internetowej *California Legislative Information*:

http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB568.

30 Dostępny pod adresem: http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/email-files/privacy_white_paper.pdf.

Safe Harbour

By nie dopuścić do osłabienia ochrony, w Unii Europejskiej co do zasady zabrania się transferu danych do krajów niezapewniających adekwatnego poziomu ochrony. Za takie państwo uznawane są Stany Zjednoczone. Jednocześnie po stronie europejskich firm istnieje duże zapotrzebowanie na amerykańskie oprogramowanie i serwery służące przetwarzaniu danych. Dochodzi zatem do zderzenia interesów i dwóch skrajnie różnych spojrzeń na problematykę ochrony danych osobowych. W rezultacie, by nie wstrzymywać wymiany gospodarczej, konieczne było wprowadzenie w tym zakresie kompromisowej regulacji. Tę rolę miał spełniać Program Safe Harbour, którego celem było danie europejskim firmom gwarancji, że podlegające transferowi dane osobowe będą miały zapewniony w USA podobny do europejskiego poziom ochrony. Opracowany został przez Departament Handlu Stanów Zjednoczonych w porozumieniu z Komisją Europejską (decyzja Komisji 520/2000/WE z 26 lipca 2000 roku) i umożliwia amerykańskim podmiotom gospodarczym sprostać wymaganiom Dyrektywy. Uzyskanie certyfikatu w ramach Programu S. H. przez uczestniczące w nim podmioty świadczy o tym, że gwarantują one odpowiedni poziom ochrony danych osobowych, o którym mowa w Dyrektywie 95/46/WE. Okazało się jednak, iż Program nie spełnia przewidzianej dla niego roli. Przyczyny takiego stanu rzeczy zostaną szczegółowo omówione.

S. H. jest systemem opartym na dobrowolnym zobowiązaniu się przez amerykańskie firmy przetwarzające dane osobowe pochodzące z UE do przestrzegania podstawowych zasad ochrony danych osobowych obowiązujących w Unii. Program S.H. przewiduje bardzo łagodne warunki przystąpienia i pozostawia szerokie pole do interpretacji hasłowo sformułowanych wymogów członkostwa w Programie. Do wymogów tych należą:

- obowiązek informacyjny: osoby, których dane dotyczą, muszą zostać poinformowane o tym, że ich dane zostały zebrane oraz o sposobie ich wykorzystania;
- dalsze przekazanie danych: osoby, których dane dotyczą, mogą nie wyrazić zgody na dalsze przekazanie danych;
- transfer: transfer danych może nastąpić wyłącznie do podmiotu, który spełnia wymogi należytej ochrony;
- bezpieczeństwo: należy podjąć rozsądne środki w celu zapobieżenia utracie danych;
- celowość: zebrane dane muszą być istotne dla celu, w którym zostały zebrane;
- dostęp: osoby, których dane dotyczą, muszą mieć dostęp do zebranych o nich danych oraz mieć możliwość skorygowania błędów;
- egzekucja: należy zapewnić efektywne środki egzekwowania powyższych reguł.

Zobowiązanie do przestrzegania zasad Programu odbywa się poprzez oficjalne powiadomienie Departamentu Handlu USA (*self certification letter*) i powinno być corocznie odnawiane. Lista organizacji jest sporządzana przez Departament Handlu.

Procedura polegająca na samocertyfikacji opiera się na złudnym założeniu, iż firmy będą się same kontrolować, dobrowolnie wprowadzać kosztowne obostrzenia oraz same sobie odbierać status certyfikowanych. Podejście takie wydaje się nieprawidłowe także z tego powodu, że w Stanach Zjednoczonych brakuje wielowiekowej kultury prawnej w zakresie zbierania i przetwarzania danych, więc narzucone przez S. H. działania nie są dla amerykańskich firm naturalne. W USA brakuje także efektywnych mechanizmów egzekwowania postanowień wynikających z S. H. – problemy rozwiązywane są przez indywidualne, ustalone przez każdą z firm w miarę potrzeby systemy rozwiązywania problemów.

Analizując prawo USA, w 2010 roku grupa niemieckich rzeczników ochrony danych osobowych, tak zwana „Düsseldorf Group”, w swojej decyzji³¹ dotyczącej legalności transferów danych z Niemiec do USA w ogóle zakwestionowała, w zakresie niektórych grup danych możliwości egzekwowania zasad Programu S. H. przez organy amerykańskie. Wynikało to z faktu, iż naruszenie S. H. traktowane jest jako działanie naruszające zasady uczciwych praktyk rynkowych w rozumieniu Federal Trade Commission Act i z tego powodu egzekwowane właśnie przed tym organem. Jednakże FTC ma jurysdykcję wyłącznie nad osobami fizycznymi i przedsiębiorstwami, ale już nie nad bankami i innymi instytucjami finansowymi, więc w tym zakresie egzekwowanie spełnienia warunków S. H. jest po prostu niemożliwe. „Düsseldorf Group” we wspomnianej wcześniej decyzji postawiła także inne tezy. Uznała między innymi, iż do czasu, aż nie zostanie wprowadzony urzędowy system weryfikacji spełnienia wymogów S. H., obowiązek zbadania spełnienia warunków oraz ważności certyfikatu ciąży na stronie europejskiej. Grupa rekomendowała także wprowadzenie, na wypadek istnienia wątpliwości co do wiarygodności amerykańskiego kontrahenta, odpowiednich klauzul umownych mających zniwelować negatywne skutki niedotrzymania warunków. Zalecenie takiego zapobiegawczego działania można odczytać także z rekomendacji Grupy Roboczej art. 29: *Companies cannot rely on cloud providers' „self-certification” that they comply with Safe Harbor standards*³². Powyższe stanowisko grupy niemieckich rzeczników przesunęło ciężar udowodnienia spełnienia standardów z amerykańskich, certyfikowanych Programem S. H. firm na firmy europejskie, co stawia pod znakiem zapytania celowość istnienia certyfikatu.

Przestrzeganie zasad S. H.

Raporty Komisji Wspólnot Europejskich

W 2002 roku, w dwa lata po wprowadzeniu Programu, Komisja Wspólnot Europejskich wydała, w odezwie na apel Parlamentu Europejskiego, pierwszy raport dotyczący

31 Decyzja dostępna pod adresem: http://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Entschliessungssammlung/DuesseldorferKreis/290410_SafeHarbor.pdf?__blob=publicationFile.

32 H. H. Wohlgemuth, J. Gerloff, *op. cit.*, s. 17.

funkcjonowania Programu S. H. Przyznano w nim, że w porównaniu do stanu sprzed wprowadzenia S. H., kontakty gospodarcze między UE a USA są znacznie ułatwione, a sam Program zmniejszył niepewność prawa i obawy przed zawieraniem kontraktów. Stwierdzono, że wszystkie elementy Programu S. H. wdrożono, ale wciąż duża liczba certyfikowanych organizacji nie dotrzymuje oczekiwanego poziomu transparentności prowadzonej przez siebie polityki prywatności. Komisja podkreśliła, iż transparentność w systemach samocertyfikowania jest kwestią bardzo istotną, więc działanie organizacji wymaga znacznej poprawy. Komisja nalegała na restrykcyjne przestrzeganie S. H. i zachęcała do uczestnictwa w nim. Przyznała także, że ilość firm, które przystąpiły do Programu jest niższa niż spodziewana, jednak podkreśliła, iż pozostałe amerykańskie firmy mogą zapewniać odpowiedni poziom ochrony poprzez klauzule umowne.

W roku 2004 Komisja Wspólnot Europejskich wydała kolejny raport. Najważniejsze z poczynionych spostrzeżeń dotyczyło tego, iż nie wszystkie organizacje, które określają się jako certyfikowane, faktycznie nimi są. Ponadto nie wszystkie firmy zamieszczają na swoich stronach informacje o polityce prywatności. Stwierdzono, że należy wprowadzić mechanizmy weryfikujące spełnienie warunków przed umieszczeniem danej organizacji na liście S. H., co było jasnym sygnałem, iż ówczesny system samocertyfikacji się nie sprawdził.

Raporty Galexii

Galexia, niezależna i renomowana australijska firma konsultingowa specjalizująca się w zagadnieniach prywatności i handlu elektronicznego także przygotowała, bardziej wyczerpujące niż te pochodzące od Komisji, raporty ewaluujące Program S. H.

Pierwszy z nich – *The Safe Harbor – Fact or Fiction* autorstwa Chrisa Conolliego, dyrektora Galexii – został opublikowany w 2008 roku³³. We wstępie raport ocenił wszystkie 1597 umieszczonych na liście firm pod kątem podstawowych kryteriów, które należy spełnić, jeśli chce się uzyskać certyfikat. Następnie skupił się wyłącznie na jednej z przesłanek warunkujących członkostwo w Programie, mianowicie możliwości egzekwowania praw i zapewnienie systemu rozwiązywania sporów.

Z raportu wynika, że wiele aspektów S. H. nie funkcjonuje poprawnie. Tylko 1109 z 1597 organizacji umieszczonych na liście było w chwili dokonywania badań członkami Programu S. H. Wiele firm znajdujących się na liście przestało w ogóle prowadzić działalność bądź nie odnowiło swojego certyfikatu. Firmy często bądź nie opublikowały informacji o swojej polityce prywatności, bądź nawet nie wspomniały o uczestniczeniu w Programie. Tylko 348 firm spełniło szczegółowo badaną w raporcie przesłankę możliwości egzekucji i wprowadzenia metod rozwiązywania sporów. Do zbadania pozostało

³³ Raport jest dostępny pod adresem: http://www.galexia.com/public/research/assets/safe_harbor_fact_or_fiction_2008/safe_harbor_fact_or_fiction.pdf.

jeszcze 6 innych przesłanek, co pozwala wnosić, iż procent firm, które spełniłyby wszystkie wymogi byłby skrajnie niski.

Z raportu wynika zalecenie dla UE, by ta renegocjowała ze Stanami Zjednoczonymi całość Programu. Natomiast dla USA sformułowano zalecenie zweryfikowania poziomu ochrony danych osobowych we wszystkich umieszczonych na liście firmach. Conolly polecił także, podobnie jak Düsseldorf Group i Grupa Robocza art. 29, by europejscy kontrahenci przeprowadzili własne badania dotyczące poziomu ochrony danych osobowych przestrzeganej przez drugą stronę kontraktu, nie pokładając całego zaufania w S. H.

Conolly powtórzył swoje stanowisko w październiku 2013 roku³⁴, oświadczając Komisji Wolności Obywatelskich, Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych Parlamentu Europejskiego, iż „many claims of Safe Harbour membership are false”, a następnie doprecyzował, iż fałszywe jest jedno na siedem zgłoszeń³⁵. Liczba fałszywych zgłoszeń wzrosła względem badań przeprowadzonych w 2008 roku i we wrześniu wyniosła 427. Część z firm, które nie były faktycznymi uczestnikami Programu, umieściła logo certyfikatu na swoich stronach internetowych. Wciąż około 30% firm nie zapewnia metod rozwiązywania sporów, które są jednym z siedmiu warunków uczestniczenia w Programie. Wciąż, jak zaznaczono wcześniej, z uwagi na brak jurysdykcji FTC dane finansowe i telekomunikacyjne pozostają wyłączone z Programu S. H. Conolly powtórzył także zalecenie kierowane w stronę europejskich firm, by te nie opierały się wyłącznie na S. H., a sprawdzały poziom ochrony danych osobowych amerykańskich kontrahentów na własną rękę.

Po pojawieniu się tej opinii Komisja Europejska przyznała, iż Program S. H. może mieć luki legislacyjne („it is possible the agreement contains loopholes”), a wcześniej, w lipcu 2013 roku, europejska komisarz do spraw sprawiedliwości Viviane Reding przyznała, iż Program S. H. przestał spełniać swoją funkcję gwaranta: „The Safe Harbour agreement may not be so safe after all”.

Transfer danych osobowych w rozporządzeniu o ochronie danych osobowych

Uregulowaniu transferu danych do państw trzecich będzie miało okazję przysłużyć się nowe europejskie rozporządzenie w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych³⁶. Odejście od formy dyrektywy na rzecz rozporządzenia ujednolici w zupełności uregulowanie tej materii w Unii Europejskiej. Projekt Rozporządzenia został oficjalnie opublikowany przez Komisję Europejską w dniu 25 stycznia 2012 roku³⁷; procedura uchwalania następuje

34 Stanowisko dostępne pod adresem: http://www.galexia.com/public/about/news/about_news-id225.html.

35 O tym N. Nielsen dla EU Observer <http://euobserver.com/justice/121695>.

36 Dalej jako: „Rozporządzenie”.

37 Brussels, 25.1.2012, COM(2012) 11 final C7-0025/12.

w tak zwanym trilogu, czyli ustalaniu ostatecznej wersji projektu między PE, Komisją Europejską i Radą Europejską. Ostatnie spotkanie szefów rządów i państw Unii Europejskiej z 24 i 25 października 2013 roku dało wyraźny sygnał, iż państwa UE uważają za konieczne jak najszybsze zakończenie prac.

Ostateczne brzmienie Rozporządzenia nie zostało jeszcze ustalone, ale z propozycji Komisji oraz poprawek Prezydencji Litewskiej i Komisji LIBE wynika, iż regulacja dotycząca transferu danych do państw trzecich ma podlegać szerszym restrykcjom. Zgodnie z rozporządzeniem przekazanie danych osobowych będzie możliwe bądź dzięki wydaniu decyzji Komisji stwierdzającej odpowiedni poziom ochrony, bądź poprzez gwarancje udzielone przez podmiot, któremu dane mają zostać przekazane, bądź w sytuacjach wyjątkowych.

Podsumowanie

Program Safe Harbour zawiódł oczekiwania; okazało się, iż system samocertyfikacji nie jest wystarczający dla tak istotnego dla Europejczyków zagadnienia, jakim jest ochrona danych osobowych. Z czasem europejskie przedsiębiorstwa, kierując się także zaleceniami Grupy Roboczej art. 29 oraz niezależnych ośrodków badawczych, przestały polegać na Safe Harbour i zaczęły wprowadzać do umów odrębne postanowienia dotyczące ochrony danych osobowych oraz odpowiedzialności za ich nieprzestrzeganie. Tym samym Program S. H. stracił rację bytu, gdyż przestał być postrzegany jak gwarant ochrony; ciężar weryfikacji bezpieczeństwa znów spoczął na barkach europejskich przedsiębiorstw.

Szansą na poprawienie skuteczności S. H. byłoby wprowadzenie organów nadzoru, które na bieżąco kontrolowałyby przedsiębiorstwa pod kątem spełniania przesłanek wymaganych do uczestniczenia w Programie.

Przyszłość Programu stoi pod znakiem zapytania z uwagi na projektowane Rozporządzenie, gdyż na chwilę obecną jego ostateczny kształt nie jest jeszcze znany i nie da się z pewnością stwierdzić, czy procedura samocertyfikacji będzie uznana za zapewniającą należyty poziom ochrony.

SUMMARY

The Safe Harbour Program – a bridge between the European and American systems of personal data protection

The article is devoted to a comparison of the American and European systems of data protection and the transfer of personal data from the European Union to the United States of America. The author outlines the problems and then analyzes the regulations in order to identify differences between the two systems. Then, based on the previous considerations, she assesses the effectiveness of the Safe Harbour Program, which was set up to serve as a tool to facilitate the transfer of personal data. The article ends by providing information about the directions of policy changes and work on the new EU Regulation on the protection of personal data.

Keywords: Safe Harbour Program, system of personal data protection, legal systems comparison

ALEKSANDER GADKOWSKI

Europejski Komitet Praw Społecznych w systemie organów traktatowych międzynarodowej ochrony praw człowieka

Wprowadzenie

Dyskusja naukowa na temat międzynarodowej ochrony praw człowieka jest bardzo szeroka i wielowątkowa. Wynika to zwłaszcza z dynamiki rozwoju regulacji prawnych w tej dziedzinie oraz ze szczególnej wagi problematyki będącej przedmiotem tych regulacji. Stanowiąc bardzo ważną część współczesnego prawa międzynarodowego, międzynarodowe prawo praw człowieka wyraża bez wątpienia uniwersalne i ogólnoludzkie wartości o fundamentalnym znaczeniu. Jego ewolucja w ostatnich kilkudziesięciu latach oznaczała i oznacza rozwijanie oraz wzbogacanie tego systemu normatywnego o nowe prawa człowieka, nowe środki ich promocji, a przede wszystkim zinstytucjonalizowane i efektywne mechanizmy międzynarodowej kontroli. Spowodowała również, że uniwersalny system międzynarodowej ochrony praw człowieka w ramach Organizacji Narodów Zjednoczonych, którego podstawą pozostają Powszechna Deklaracja Praw Człowieka¹, Międzynarodowe Pakty Praw Człowieka² i cały system konwencji Narodów Zjednoczonych, został w istotny sposób rozbudowany i wzbogacony o systemy regionalne – pomimo oczywistego uniwersalnego charakteru praw człowieka i podstawowych wolności można przytoczyć argumenty przemawiające za rozwijaniem regulacji regionalnych w tym

1 Tekst Deklaracji *vid.* A/RES/217(III); tekst polski *vid.* B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, *Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe*, Toruń 1993, s. 18–24.

2 Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych oraz Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych; tekst polski *vid.* Dz. U. 1977, Nr 38, poz. 167 i 169. Pierwszy z Paktów wszedł w życie 23 marca 1976 r. (postanowienia dotyczące art. 41 weszły w życie 26 marca 1979 r.), tekst: UNTS 999:171 i 1057:407; aktualna liczba stron – 168 państw, data ratyfikacji przez Polskę: 18 marca 1977 r. Drugi z Paktów wszedł w życie 3 stycznia 1976 r., tekst: UNTS 999:3; aktualna liczba stron – 162 państw, data ratyfikacji przez Polskę: 18 marca 1977 r., na podstawie: <http://treaties.un.org/>.

zakresie³. Mogą być one lepiej dostosowane do specyficznych uwarunkowań politycznych, ekonomicznych i społecznych w ramach danego regionu geograficznego. Ponadto, w ramach takiego regionu, z uwagi na naturalną niejako wspólnotę interesów i dorobek cywilizacyjny, można zbudować bardziej efektywny system kontrolny. Istotnego argumentu na rzecz rozwijania regionalnych systemów normatywnych w tym zakresie używa na przykład Tadeusz Jasudowicz, według którego dopóki uniwersalny system ochrony praw człowieka nie doczeka się głębokiej reformy, zwłaszcza w zakresie instrumentów kontrolnych, „ciężar stopniowego urzeczywistniania wspomnianej idei będzie spoczywał na systemach regionalnych”⁴. Pomimo, że koncepcja regionalizmu w międzynarodowej ochronie praw człowieka była również poddawana krytyce jako pociągająca za sobą ryzyko osłabienia ochrony uniwersalnej oraz potencjalnej kolizji norm uniwersalnych z regionalnymi, to można postawić tezę, że w praktyce implementacji międzynarodowego prawa praw człowieka ochrona podstawowych praw i wolności jest silniejsza w systemach regionalnych, czego najlepszy przykład stanowi system Rady Europy⁵. W systemie tym znajdujemy wzorcowe dla regionalnych systemów międzynarodowej ochrony praw człowieka rozwiązania prawne i instytucjonalne oraz najbardziej efektywne mechanizmy kontrolne.

Rada Europy była pierwszą organizacją międzynarodową, która swoim fundamentem ustanowiła wartości wyrażnie nawiązujące do praw człowieka⁶. Analiza postanowień Statutu Rady Europy oraz jej dorobku normatywnego upoważnia do wyrażenia stanowiska, że żadna inna znacząca organizacja międzynarodowa nie została oparta tak mocno i jednoznacznie na przekonaniu o wadze praw człowieka. Już w preambule Statutu państwa-sygnatariusze wyraziły swoje głębokie przywiązanie do duchowych i moralnych wartości stanowiących wspólne dziedzictwo narodów i źródło zasad wolności osobistej, swobód politycznych i praworządności stanowiących podstawę każdej prawdziwej demokracji. Tak sformułowane postanowienia preambuły to ważny kontekst interpretacyjny dla art. 1 Statutu, który określa cele Rady Europy. W rozumieniu tego przepisu należy do nich: „osiągnięcie większej jedności między jej członkami, aby chronić i wcielać w życie ideały i zasady, stanowiące ich wspólne dziedzictwo, oraz aby ułatwić ich postęp ekonomiczny i społeczny”. Należy podkreślić, że w procesie realizacji tego celu bardzo ważne miejsce zajmują prawa człowieka. Art. 1 pkt b Statutu stanowi bowiem, że: „Cel ten będzie urzeczywistniany za pośrednictwem organów

3 Na temat uniwersalności praw człowieka i krytyki tej koncepcji *vid.* K. Przybyszewski, *Uniwersalność praw człowieka pod ostrzałem krytyki*, [w:] *Prawa człowieka. Wybrane zagadnienia i problemy*, red. L. Koba, W. Waławczyk, Warszawa 2009, s. 31 i n.

4 T. Jasudowicz *et. al.*, *Prawa człowieka i ich ochrona. Podręcznik dla studentów prawa i administracji*, Toruń 2005, s. 69.

5 *Cf. ibidem*, s. 79.

6 Np. P. Świtalski, *Miejsce Rady Europy w europejskiej architekturze instytucjonalnej*, [w:] *60 lat Rady Europy. Tworzenie i stosowanie standardów prawnych*, red. H. Machińska, Warszawa 2009, s. 15.

Rady (...) przez przestrzeganie i rozwój praw człowieka i podstawowych wolności”⁷. Dodać należy, że ważne źródło systemu normatywnego Rady Europy w kontekście praw człowieka to także postanowienia art. 3 Statutu, które, nawiązując do zasady *rule of law*, głoszą, że: „Każdy członek Rady Europy uznaje zasadę praworządności oraz zasadę, iż wszystkie osoby pozostające pod jego jurysdykcją korzystają z praw człowieka i podstawowych wolności...”⁸.

Dorobek traktatowy Rady Europy w dziedzinie ochrony praw człowieka jest bardzo duży. Pośród ponad 200 konwencji i protokołów pierwszoplanowe miejsce zajmują regulacje normatywne w dziedzinie ochrony praw człowieka⁹. W działalności normatywnej Rady Europy w tej dziedzinie w pierwszych latach jej funkcjonowania wyraźna była tendencja do koncentrowania się na prawach obywatelskich i politycznych, które w według klasycznej koncepcji trzech generacji praw człowieka zaliczone zostały do pierwszej z nich¹⁰. Niewątpliwie najbardziej znaczącym osiągnięciem Rady Europy w tej dziedzinie było podpisanie 4 listopada 1950 roku w Rzymie Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności¹¹. Nie oznacza to oczywiście, że Rada Europy nie doceniała wagi i znaczenia praw człowieka zaliczanych do drugiej generacji, a zwłaszcza praw socjalnych¹². Należy wyrazić przekonanie, że ich ranga była zawsze dla Rady ważna, o czym świadczy najlepiej sposób sformułowania klauzuli praw człowieka w postanowieniach statutu. Bez wątpienia jednak proces kodyfikacji praw człowieka w ramach Rady Europy przebiegał dwutorowo i według dwóch różnych prędkości: najpierw i szybciej kodyfikowano prawa obywatelskie i polityczne, a następnie prawa gospodarcze i społeczne, w tym socjalne. W literaturze, w której dla oznaczenia tych procesów przyjmuje się określenia: *double-track* i *double-speed*, panuje zasadniczo zgoda co do oceny tego procesu. Warto powołać w związku z tym stanowisko Krzysztofa Drzewieckiego, piszącego, że powody dwutorowości i podwójnej prędkości sięgają swoim rodowodem

7 Tekst Statutu Rady Europy *vid.* European Treaty Series (ETS) No 001 (tekst polski *vid.* Dz. U. z 1994 r., Nr 118, poz. 565).

8 A. Gadkowski, *Problematyka klasyfikacji praw człowieka na przykładzie dorobku traktatowego Rady Europy*, [w:] *Gospodarka i Polityka w badaniach młodych naukowców*, red. W. Stach, Poznań 2013, s. 53 i n.

9 Dorobek traktatowy Rady Europy *vid.* <http://www.conventions.coe.int/>.

10 Najbardziej znana klasyfikacja praw człowieka w ramach koncepcji trzech generacji *vid.* K. Vasak, *Le droit international des droits de l'homme*, [w:] „Revue des Droits de l'Homme” t. I, 1972, s. 43 i n. oraz *eadem*, *Pour les droits de l'homme de la troisième génération: les droits de solidarité*. [w:] „Leçon inaugurale. Dixième Session d'Enseignement”, Strasbourg 2–27 juillet 1979, s. 1–7; w literaturze polskiej *vid.* np. K. Drzewicki, *Trzecia generacja praw człowieka*, [w:] „Sprawy Międzynarodowe” nr 10, 1983, s. 83 i n.

11 Tekst *vid.* ETS No. 005; (tekst polski: Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 285). Konwencja weszła w życie 3 września 1953 r.

12 O działalności Rady Europy w tej dziedzinie pisze np. P.-Y. Greber, *Le Conseil de L'Europe et la sécurité sociale: réalisations et perspectives*, [w:] *Les droits de l'homme et la constitution*, red. A. Auer, A. Flückiger, M. Hottelier, Genewa 2007, s. 443 i n.

krajowych regulacji prawnych w tej dziedzinie. Prawa obywatelskie i polityczne były już wcześniej stosunkowo dobrze rozwiniętymi standardami w ustawodawstwie różnych państw demokratycznych, zanim jeszcze doszło do prawdziwej internacjonalizacji praw człowieka. Z drugiej zaś strony, prawa gospodarcze, społeczne i kulturalne, jako odrębna kategoria praw człowieka, stały się przedmiotem krajowych regulacji prawnych dopiero po II wojnie światowej, co niewątpliwie wpłynęło na opóźnienie procesu ich internacjonalizacji i kodyfikacji¹³.

Dorobek traktatowy Rady Europy w zakresie kodyfikacji praw człowieka drugiej generacji obejmuje regulacje normatywne określane zwykle jako system Europejskiej Karty Społecznej. System ten można postrzegać jako uzupełnienie bardziej znanego w strukturze Rady Europy systemu Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Karta uzupełnia bowiem wcześniejszą Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, co oznacza kompleksowe uregulowanie tej kwestii w systemie Rady Europy¹⁴. Konwencja ta, podpisana 4 listopada 1950 roku, a inspirowana bez wątpienia Powszechną Deklaracją Praw Człowieka, stanowi wraz z protokołami dodatkowymi najbardziej zaawansowany system regionalnej ochrony praw człowieka, dysponujący środkami efektywnej kontroli międzynarodowej, włącznie z procedurami sądowymi w ramach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka¹⁵.

Na system Europejskiej Karty Społecznej składają się:

- Europejska Karta Społeczna podpisana w Turynie 18 października 1961 roku. Weszła w życie 26 lutego 1965 roku¹⁶. Jej stronami jest aktualnie 27 państw członkowskich Rady Europy¹⁷. Polska ratyfikowała Kartę 25 czerwca 1997 roku, gdzie weszła w życie 25 lipca 1997 roku¹⁸.
- Protokół Dodatkowy, podpisany 5 maja 1988 roku. Wszedł w życie 4 września 1992 roku¹⁹. Został przyjęty w następstwie wcześniejszego uchwalenia przez Radę Europy Deklaracji o Prawach Człowieka z 27 kwietnia 1978 roku²⁰. Jego stronami

13 K. Drzewicki, *Prawa socjalne w Radzie Europy*, [w:] *Polska i Rada Europy 1999–2002*, red. H. Machińska, Warszawa 2005, s. 138.

14 Uzasadnienie *vid.* R. Brillat, *La Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe: Développements récents*, [w:] „Droit en Quart Monde” nr 12, 1996, s. 37.

15 Tekst polski *vid.* Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 285. W stosunku do Polski Konwencja weszła w życie 19 stycznia 1993 r. Natomiast 1 maja 1993 r. weszły w życie w stosunku do Polski dwie deklaracje uznające kompetencje Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Literatura na temat Konwencji jest bardzo bogata; *vid.* np. M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej*, Warszawa 2009.

16 Tekst Karty *vid.* ETS No. 035.

17 Conseil de l'Europe, Bureau des Traités, <http://www.conventions.coe.int/>.

18 Tekst polski *vid.* Dz. U. z 1999 r., Nr 8, poz. 67. Analiza postanowień Karty patrz np. A. Świątkowski, *Prawo socjalne Rady Europy*, Kraków 2006, s. 12 i nast.

19 Tekst Protokołu *vid.* ETS No. 128.

20 Pisze o tym A. Świątkowski: *Karty Społeczne Rady Europy*, [w:] „Państwo i Prawo” nr 8, 2003, s. 38.

jest aktualnie 13 państw członkowskich Rady Europy²¹. Polska dotychczas nie ratyfikowała tego Protokołu.

- Protokół Zmieniający podpisany w Turynie 21 października 1991 roku, w 30 rocznicę podpisania samej Karty²². Protokół ten nie wszedł jeszcze w życie²³.
- Protokół Dodatkowy podpisany w Strasburgu 9 listopada 1995 roku. Wszedł w życie 1 lipca 1998 roku²⁴. Jego stronami jest aktualnie 13 państw członkowskich Rady Europy²⁵. Polska dotychczas nie ratyfikowała tego Protokołu.
- Zrewidowana Europejska Karta Społeczna podpisana w Strasburgu 3 maja 1996 roku, Weszła w życie 1 lipca 1997 roku²⁶. Jej stronami jest aktualnie 33 państw członkowskich Rady Europy²⁷. Polska dotychczas nie ratyfikowała Karty.

System Europejskiej Karty Społecznej uzupełniają pozostające z nim w ścisłym związku:

- Europejski Kodeks Zabezpieczenia Społecznego podpisany 16 kwietnia 1964 roku²⁸, opracowany przy udziale Międzynarodowej Organizacji Pracy, a zrewidowany 6 listopada 1990 roku²⁹;
- Konwencja o Zabezpieczeniu Społecznym podpisana 14 grudnia 1972 roku³⁰;
- Konwencja o Pomocy Społecznej i Medycznej podpisana 11 grudnia 1953 roku³¹;
- Konwencja o statusie prawnym pracowników migrujących podpisana 24 listopada 1977 roku³².

W systemie normatywnym Europejskiej Karty Społecznej znajdujemy nie tylko obszerny katalog praw człowieka zaliczanych do praw człowieka drugiej generacji, ale również mechanizm kontrolny, w ramach którego szczególna rolę odgrywa Europejski Komitet Praw Społecznych – jeden z organów traktatowych w dziedzinie międzynarodowej ochrony praw człowieka.

21 Conseil de l'Europe, Bureau des Traités, <http://www.conventions.coe.int/>.

22 Tekst Protokołu *vid.* ETS No. 142.

23 Aktualnie stronami tego protokołu są 23 państwa-strony Europejskiej Karty Społecznej. Do wejścia w życie konieczne są, zgodnie z postanowieniami art. 8, ratyfikacje wszystkich państw-stron Karty. Polska ratyfikowała Protokół 25 czerwca 1997 r. (tekst polski *vid.* Dz. U. z 1999 r., Nr 8, poz. 67).

24 Tekst Protokołu *vid.* ETS No. 158.

25 Conseil de l'Europe, Bureau des Traités, <http://www.conventions.coe.int/>.

26 Tekst Karty *vid.* ETS No. 163.

27 Conseil de l'Europe, Bureau des Traités, <http://www.conventions.coe.int/>.

28 Wszedł w życie 17 marca 1968 r., tekst *vid.* ETS No. 048. Polska nie jest jego stroną.

29 Do tej pory nie wszedł w życie, tekst *vid.* ETS No. 139. Polska nie jest jego stroną.

30 Weszła w życie 1 marca 1977 r., tekst *vid.* ETS No. 078. Polska nie jest jej stroną.

31 Weszła w życie 1 lipca 1954 r., tekst *vid.* ETS No. 014. Polska nie jest jej stroną.

32 Weszła w życie 1 maja 1983 r., tekst *vid.* ETS No. 093. Polska nie jest jej stroną.

Organy traktatowe w procesie implementacji norm międzynarodowego prawa praw człowieka w systemie ONZ

Uwagi ogólne

Nie ulega żadnej wątpliwości, że efektywność regulacji prawnych międzynarodowego prawa praw człowieka zależy przede wszystkim od jakości i skuteczności określonych w nich instytucji i mechanizmów kontrolnych. Taki mechanizm kontrolny funkcjonuje również w systemie Europejskiej Karty Społecznej. Zostanie zaprezentowany na tle ogólnych uwag na temat innych systemów kontrolnych, jakie znajdujemy zwłaszcza w systemie międzynarodowej ochrony praw człowieka o charakterze uniwersalnym funkcjonującym w ramach ONZ. Oparto go na dwóch filarach.

Pierwszy z nich autorzy określają zwykle mianem systemu politycznego. Nawiązuje do Karty Narodów Zjednoczonych. Organem kontrolnym jest tu Rada Praw Człowieka, która w 2006 roku zastąpiła działającą od 1946 roku Komisję Praw Człowieka i która, podobnie jak Komisja, stanowi organ pomocniczy Ogólnego Zgromadzenia³³. Rada ma swoją siedzibę w Genewie i składa się z 47 członków wybieranych przez Ogólne Zgromadzenie według klucza geograficznego oraz oceny osiągnięć państw w dziedzinie propagowania i ochrony praw człowieka³⁴. Oprócz działalności na rzecz szeroko pojmowanej promocji praw człowieka oraz dialogu i współpracy w tej dziedzinie, Rada realizuje szczegółowe zadania, określone w pkt. 5 powołującej ją do życia rezolucji Ogólnego Zgromadzenia. Należą do nich między innymi: przedstawianie na forum Ogólnego Zgromadzenia rekomendacji dalszego rozwoju międzynarodowego prawa praw człowieka oraz wspieranie realizacji zobowiązań podjętych przez państwa w zakresie przestrzegania praw człowieka. Rada przejęła wcześniejszy system specjalnych procedur kontrolnych stosowanych w czasie działalności Komisji Praw Człowieka, a także dysponuje nowym mechanizmem w tej dziedzinie, czyli mechanizmem powszechnych, okresowych przeglądów, którymi objęte są wszystkie państwa członkowskie ONZ. Przeglądy takie mają charakter uzupełniający do procedur funkcjonujących już w ramach działalności organów traktatowych, a niewątpliwym pozytywnym skutkiem ich uruchomienia jest stworzenie kolejnego, ważnego forum rozmów o prawach człowieka zarówno w ramach całej społeczności międzynarodowej, jak również w poszczególnych państwach³⁵. Na

33 Rezolucję A/RES/60/251 o utworzeniu Rady Praw Człowieka Zgromadzenie Ogólne ONZ uchwaliło 15 marca 2006 r.

34 Polska została wybrana do pierwszego składu Rady w 2006 r.; ta pierwsza kadencja Polski została w drodze losowania określona na rok. Kolejna kadencja Polski w Radzie upłynęła z końcem 2013 r. Warto podkreślić, że rotacyjne roczne przewodnictwo w Radzie sprawowała w 2013 r. Polska (Ambasador – Stały Przedstawiciel RP przy Biurze ONZ w Genewie – R. A. Henczel).

35 Spośród bogatej już literatury na temat Rady Praw Człowieka *vid. np.* A. Bieńczyk-Missala, *Rada Praw Człowieka ONZ – wyzwanie dla polskiej polityki zagranicznej*, [w:] „Polski Przegląd Dyplomatyczny” nr 4, 2006, s. 33–47; R. Wieruszewski, *Reforma systemu ochrony praw człowieka*

przykład sprawozdanie Polski było przedmiotem dyskusji w czasie pierwszego okresowego przeglądu dokonanego przez Grupę Roboczą Rady Praw Człowieka do Spraw Okresowego Przeglądu na 1 sesji w terminie 7–18 kwietnia 2008 roku, a kolejne w czasie przeglądu dokonywanego przez Grupę na jej 13 sesji w terminie od 21 maja do 4 czerwca 2012 roku³⁶.

Drugi filar, określane mianem prawnego lub traktatowego, tworzą organy kontrolne powołane w ramach systemów traktatowych uchwalonych pod egidą Organizacji Narodów Zjednoczonych³⁷. Poszczególne organy traktatowe w zakresie ochrony praw człowieka działające w ramach ONZ przewidziane są w następujących umowach międzynarodowych:

- Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 roku, (organ traktatowy: Komitet Praw Człowieka – CCPR).
- Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 16 grudnia 1966 roku, (organ traktatowy: Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych – CESCR).
- Konwencja w sprawie eliminacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z 7 marca 1966 roku, (organ traktatowy: Komitet do Spraw Eliminacji Dyskryminacji Rasowej – CERD)³⁸.
- Konwencja w sprawie eliminacji wszelkich form dyskryminacji kobiet z 18 grudnia 1979 roku, (organ traktatowy: Komitet do Spraw Likwidacji Dyskryminacji Kobiet – CEDAW)³⁹.
- Konwencja przeciwko torturom i innemu okrutnemu, niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu lub karaniu z 10 grudnia 1984 roku, (organ traktatowy: Komitet Przeciwko Torturom – CAT)⁴⁰. W związku z wejściem w życie 22 czerwca 2006 roku Protokołu Fakultatywnego do tej Konwencji, podpisanego 18 grudnia 2002 roku, utworzony został Podkomitet Zapobiegania Torturom – SPT⁴¹.
- Konwencja o Prawach Dziecka z 20 listopada 1989 roku, (organ traktatowy: Komitet Praw Dziecka – CRC)⁴².

ONZ – Rada Praw Człowieka, [w:] „Biuletyn PISM” nr 94, 2005, s. 1 i n. oraz H. Upton, *The Human Rights Council: First Impressions and Future Challenges*, [w:] „Human Rights Law Review” vol. 7, 2007, s. 29–39.

36 Sprawozdania Polski patrz dokumenty Rady: A/HRC/WG.6/1/POL/1 oraz A/HRC/WG.6/13/POL/1.

37 Szerzej *vid. np.* R. Wieruszewski, *ONZ-owski system ochrony praw człowieka*, [w:] B. Banaszak, A. Bisztyga, K. Complak, M. Jabłoński, R. Wieruszewski, K. Wojtowicz, *System ochrony praw człowieka*, Kraków 2005, s. 61 i n.

38 Tekst Konwencji: UNTS 660:195.

39 Tekst Konwencji: UNTS 1249:13.

40 Tekst Konwencji: UNTS 1465:85.

41 Tekst Protokołu: UNTS 2375:237.

42 Tekst Konwencji: UNTS 1577:3.

- Konwencja o ochronie praw wszystkich pracowników migrujących i ich rodzin z 18 grudnia 1990 roku, (organ traktatowy: Komitet do Spraw Pracowników Migrujących – CMW)⁴³.
- Konwencja o Prawach Osób Niepełnosprawnych z 30 marca 2006 roku, (organ traktatowy: Komitet Praw Osób Niepełnosprawnych – CRPD).
- Konwencja o ochronie wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem z 20 grudnia 2006 roku, (organ traktatowy: Komitet do Spraw Wymuszonych Zaginięć – CED)⁴⁴.

Należy w związku z tym zauważyć, że liczba traktatów w ramach uniwersalnego systemu międzynarodowej ochrony praw człowieka jest znacznie większa. Jak podkreśla jednak Roman Wieruszewski, tylko w ramach wyżej wymienionych umów przyjętych w ramach Narodów Zjednoczonych ukształtowane zostały organy kontrolne, powszechnie określane jako organy traktatowe, mające nadzorować realizację ich postanowień. Do podstawowych celów działania organów traktatowych zalicza on zwłaszcza:

- a. promocję szeroko rozumianej kultury praw człowieka,
- b. interpretacje traktatów międzynarodowego prawa praw człowieka, zwłaszcza poprzez system sprawozdań i skarg,
- c. wskazywanie na kluczowe problemy implementacji traktatów poprzez przyjmowanie ogólnych komentarzy i rekomendacji,
- d. udzielanie pomocy państwom-stronom traktatów w identyfikacji naruszeń praw człowieka oraz w poszukiwaniu sposobów poprawy tej sytuacji poprzez dialog z państwami i formułowanie uwag końcowych,
- e. tworzenie ofiarom naruszeń praw człowieka platformy dochodzenia ich praw,
- f. informowanie międzynarodowej opinii publicznej o sytuacji w dziedzinie praw człowieka i mobilizowanie jej do przeciwdziałania zagrożeniom w tym zakresie⁴⁵.

Organy traktatowe w systemie Międzynarodowych Paktów Praw Człowieka

W procesie implementacji postanowień Międzynarodowych Paktów Praw Człowieka funkcjonują dwa organy traktatowe: Komitet Praw Człowieka (CCPR) i Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych (CESCR).

W literaturze podkreśla się, że spośród wszystkich organów traktatowych zdecydowanie najbogatsze doświadczenie, zwłaszcza w procesie rozpatrywania skarg indywi-

⁴³ Tekst Konwencji: UNTS 2220:3.

⁴⁴ Tekst Konwencji: Doc. A/61/488.

⁴⁵ R. Wieruszewski, *op. cit.*, s. 82.

dualnych, ma Komitet Praw Człowieka⁴⁶. Był on, obok Komitetu do Spraw Dyskryminacji Rasowej, pierwszym organem traktatowym o charakterze uniwersalnym, któremu powierzono monitorowanie przestrzegania praw człowieka. Podstawę prawną funkcjonowania Komitetu stanowią postanowienia części IV Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, jednakże z wyłączeniem instytucji skargi indywidualnej, której dotyczą postanowienia I Protokołu Fakultatywnego uchwalonego razem z Paktem, a który wszedł w życie 23 marca 1976 roku⁴⁷. Na podstawie postanowień art. 28 Paktu państwa-strony 28 września 1976 roku powołały do życia Komitet Praw Człowieka, jego kadencja rozpoczęła się formalnie 1 stycznia 1977 roku.

Kompetencje Komitetu jako organu traktatowego w dziedzinie ochrony praw człowieka obejmują: rozpatrywanie sprawozdań składanych przez państwa na podstawie art. 40 Paktu, rozpatrywanie skarg indywidualnych (zawiadomień indywidualnych), składanych na podstawie wskazanego wyżej I Protokołu Fakultatywnego, a stanowiących realizację tak zwanego prawa petycji do organu międzynarodowego oraz rozpatrywanie skarg między państwowych składanych na podstawie art. 41 Paktu⁴⁸. Jak pisze Wieruszewski, który był jednym z osiemnastu członków Komitetu w latach: 1998–2000 oraz 2003–2006, ta ostatnia skarga „pozostała martwą literą, ponieważ ma zwykle polityczny charakter, a nadto została ukształtowana w sposób, który daje znikome szanse na skuteczne jej rozstrzygnięcie co do meritum”⁴⁹. Jak wskazano wcześniej, jurysdykcja Komitetu odnośnie do rozpatrywania skarg indywidualnych zależy od ratyfikacji przez państwo-stronę Paktu I Protokołu Fakultatywnego. Z racji członkostwa w Radzie Europy szereg państw, w tym również Polska, złożyło jednak zastrzeżenie, oznaczające wyłączenie jurysdykcji Komitetu do przyjmowania skarg indywidualnych, gdy sprawa została już poddana pod „inną procedurę międzynarodowego badania lub rozstrzygnięcia”, co oczywiście obejmuje rozstrzygnięcie sprawy przez Europejski Trybunał Praw Człowieka. Zastrzeżenia te pozostają w związku z Rezolucją Komitetu Rady Ministrów Rady Europy z 15 maja 1970 roku, zalecającej państwom członkowskim Rady korzystanie w pierwszym rzędzie z procedury skargowej przewidzianej w art. 33 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁵⁰. Ważną rolę w działalności Komitetu odgrywają nadto

46 Spośród publikacji na temat Komitetu *vid. zwłaszcza*: A. Michalska, *Komitet Praw Człowieka. Kompetencje, funkcjonowanie, orzecznictwo*, Warszawa 1994 oraz R. Wieruszewski, A. Gliszczyńska, K. Sękowska-Kozłowska, *Komitet Praw Człowieka. Wybór orzecznictwa*, Warszawa 2009.

47 Tekst Protokołu *vid. UNTS 999:171*. Aktualnie stronami Protokołu jest 115 państw (stan na dzień 31/12/2013, na podstawie: <http://treaties.un.org>). Polska ratyfikowała ten Protokół 7 listopada 1991 r., a wszedł on dla Polski w życie 7 lutego 1992 r., tekst *vid. Dz. U. z 1994 r., Nr 23, poz. 80*.

48 Skargi indywidualne i międzypaństwowe – w terminologii angielskiej: *Individual Communications and Inter-State Complaints*.

49 R. Wieruszewski, A. Gliszczyńska, K. Sękowska-Kozłowska, *op. cit.*, s. 11.

50 Rezolucja nr 70 (17), która formalnie dotyczy skarg międzypaństwowych, a nie indywidualnych.

komentarze ogólne, w których prezentuje on swoją interpretację poszczególnych norm Paktu w oparciu o realizowaną praktykę wynikającą zarówno z rozpatrywania sprawozdań państw-stron, jak również skarg indywidualnych⁵¹.

Kompetencje Komitetu w zakresie rozpatrywania skarg indywidualnych i między-państwowych, a zwłaszcza procedura rozpatrywania takich skarg powoduje, że w opinii niektórych autorów zasługuje on na miano organu quasi-sądowego⁵². Postępowanie skargowe może zakończyć się decyzją o uznaniu skargi za niedopuszczalną lub decyzją o umorzeniu postępowania na przykład z uwagi na fakt, że skarga została wycofana. W innych przypadkach Komitet Praw Człowieka, po merytorycznym rozpatrzeniu zaprezentowanych w skardze zarzutów, rozstrzyga, czy doszło do naruszenia postanowień Paktu. Organ ten nie wydaje jednak wyroku, a formuluje opinię⁵³. Pomimo, że z formalnego punktu widzenia państwa nie są zobowiązane do uznania opinii Komitetu, skarga indywidualna do CCPR jest oceniana jako bardzo wartościowy środek ochrony praw człowieka w systemie ONZ⁵⁴.

Drugi organ traktatowy w systemie Międzynarodowych Paktów Praw Człowieka, a więc Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, nie został jednak ustanowiony bezpośrednio w postanowieniach Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych. Między innymi z uwagi na podniesioną wyżej specyfikę zobowiązań przewidzianych w tym Pakcie, państwom nie udało się osiągnąć porozumienia w tej sprawie. W części IV Paktu (art. 16–22) znalazły się jedynie postanowienia przewidujące obowiązek składania przez państwa-strony sprawozdań dotyczących podjętych środków oraz postępu dokonywanego w zakresie przestrzegania praw uznanych w Pakcie, jak również określające kompetencje Generalnego Sekretarza i Rady Gospodarczej i Społecznej, która mogła korzystać z pomocy organizacji wyspecjalizowanych oraz Komisji Praw Człowieka. W treści Paktu nie ma jednak żadnych postanowień kreujących zinstytucjonalizowany i skuteczny system monitorowania jego stosowania w praktyce, gdzie pierwszoplanową rolę odgrywałby odpowiedni organ traktatowy.

Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych ustanowiono na mocy postanowień rezolucji Rady Gospodarczej i Społecznej ONZ z dnia 28 maja 1985 roku⁵⁵. Fakt, że został on powołany na podstawie postanowień innych niż umowa międzynarodowa nie ma większego praktycznego znaczenia i CESCR jest powszechnie zalicza-

51 Pełna informacja o Komitecie i jego pracach *vid.* <http://www.ohchr.org>.

52 *Vid.* R. Wieruszewski, *op. cit.*, s.10.

53 Problematykę tę szczegółowo przedstawia J. Rezmer, *Jak korzystać z procedur skargowych w traktatowym systemie ochrony praw człowieka ONZ?*, Warszawa 2011, s. 16 i n. *Vid.* CCPR Rules of Procedure: CCCR/C/3/Rev.10 z 11 stycznia 2012 r.

54 Takie stanowisko prezentuje np. M. Balcerzak, *Procedury ochrony praw człowieka i kontroli wykonywania zobowiązań przez państwa*, [w:] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010, s. 168.

55 ECOSOC Res. 1985/17.

ny do organów traktatowych w dziedzinie międzynarodowej ochrony praw człowieka w systemie ONZ. Pierwsza sesja Komitetu odbyła się w 1987 i obraduje on każdego roku w Genewie podczas dwóch trzytygodniowych sesji, według postanowień regulaminu z 1990 i 1993 roku⁵⁶. W skład Komitetu wchodzi 18 ekspertów wybieranych przez ECOSOC⁵⁷.

Kompetencje Komitetu sprowadzają się aktualnie do analizy i oceny sprawozdań państw-stron Paktu, składanych zgodnie z postanowieniami art. 16 i 17, jako sprawozdania początkowe (składane w ciągu dwóch lat od ratyfikacji Paktu) oraz okresowe (składane przez państwa-strony co pięć lat)⁵⁸. Komitet opracowuje ponadto tak zwane *General Comments* odnośnie do wybranych zagadnień będących przedmiotem regulacji Paktu⁵⁹. Za bardzo interesującą inicjatywę Komitetu można uznać wprowadzenie dni ogólnej debaty (*General Discussion Days*) z udziałem członków Komitetu, przedstawicieli państw, organizacji pozarządowych, organizacji wyspecjalizowanych i ekspertów. Omawiane są wówczas szczególnie ważne problemy wynikające z działalności Komitetu. Ponadto Komitet organizuje misje do wybranych państw, w celu udzielenia im pomocy w tworzeniu odpowiednich warunków do lepszej realizacji postanowień Paktu⁶⁰.

Istotne rozszerzenie kompetencji Komitetu nastąpiło po wejściu w życie Protokołu Fakultatywnego do Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych. Został on uchwalony przez Ogólne Zgromadzenie 10 grudnia 2008 roku⁶¹. Przewiduje on w art. 1 i następnych możliwość składania przez jednostki bądź w ich imieniu skarg indywidualnych (*Individual Communications*) i rozpatrywania ich przez Komitet. Protokół ten wszedł w życie w dniu 5 maja 2013 roku po uzyskaniu 10 wymaganych ratyfikacji⁶².

Inne organy traktatowe w systemie ONZ

Poza Komitetem Praw Człowieka oraz Komitetem Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, które funkcjonują w systemie Międzynarodowych Paktów Praw

56 CESCR Rules of Procedure: E/C.12/1990/4/Rev.1 z 1 marca 1993 r.

57 Polskim członkiem Komitetu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych jest Z. Kędzia, aktualnie Przewodniczący Komitetu. Wcześniej członkiem Komitetu był A. Rzepliński, aktualny Prezes Trybunału Konstytucyjnego.

58 Ostatnie sprawozdania Polski były przedmiotem dyskusji na sesjach Komitetu w 2002 r. (11–29 listopada) i w 2009 r. (2–20 listopada).

59 *General Comments*: np. "Right of everyone to take part in cultural life" (2009). Pełna informacja o Komitecie i jego pracach *vid.* <http://www.ohchr.org/en/hrbodies/cescr/>.

60 Pisze o tym np. R. Wieruszewski, *op. cit.*, s. 89.

61 Tekst Protokołu *vid.* A/RES/63/117.

62 Polska nie ratyfikowała Protokołu; nie jest też jego sygnatariuszem.

Człowieka, do organów traktatowych międzynarodowej ochrony praw człowieka działających w systemie ONZ należy siedem wymienionych wyżej Komitetów i jeden Podkomitet. Szczegółowe omawianie ich składu, kompetencji i praktycznej działalności nie jest konieczne w kontekście tego artykułu. Z tego względu sformułowanych zostanie jedynie kilka uwag o charakterze bardziej ogólnym, odnoszących się zwłaszcza do wykorzystywanych przez te organy środków kontrolnych. Uwagi te będą przydatne przy szczegółowym prezentowaniu problematyki funkcjonowania systemu kontrolnego Europejskiej Karty Społecznej, w którym najważniejsze miejsce zajmuje również organ traktatowy – Europejski Komitet Praw Społecznych.

W przypadku wszystkich organów traktatowych ONZ, funkcjonujących na podstawie szczegółowych konwencji międzynarodowego prawa praw człowieka, wykorzystywana jest instytucja sprawozdań państw-stron przekazywanych poszczególnym organom traktatowym. Taka procedura kontrolna polega na sporządzaniu przez państwa sprawozdań (początkowych i okresowych) z wykonywania zobowiązań przewidzianych w postanowieniach danego traktatu i przesłania go do odpowiedniego organu kontrolnego. Sprawozdania takie badane są przez organ traktatowy, a w dyskusji nad nimi udział biorą również przedstawiciele zainteresowanych państw. Ocena sprawozdań przez organy traktatowe przybiera najczęściej postać uwag końcowych, w których formułowane są określone zalecenia pod adresem władz państwowych. System sprawozdań występuje w procedurze kontrolnej wszystkich organów traktatowych, ponieważ jego skuteczność opiera się przede wszystkim na dobrej woli państw, a możliwości „dyscyplinowania” państw przez organy traktatowe są w tym wypadku czysto iluzoryczne. Nie oznacza to jednak, że organy traktatowe należy uznawać za wyłącznie biernych adresatów przekazywanych pod ich adresem informacji⁶³.

Zwracając uwagę na słabości systemu sprawozdań Wieruszewski prezentuje następujące dane statystyczne:

- około 70% państw-stron każdego traktatu z zakresu międzynarodowej ochrony praw człowieka zalega ze składaniem sprawozdań,
- około 25 % państw-stron zalega z pierwszymi raportami,
- łącznie mamy ponad 1200 zaległych sprawozdań, w sytuacji gdy organy traktatowe rozpatrzyły około 166 sprawozdań,
- niektóre organy traktatowe mają ponad dwuletnią zwłokę w rozpatrywaniu złożonych przez państwa sprawozdań⁶⁴.

Zdecydowanie inaczej wygląda procedura stosowania skargi indywidualnej, adresowanej do organów traktatowych. Mechanizm ten pozwala uprawnionym podmiotom na składanie skarg na naruszenie przez państwo i jego organy postanowień określonego

63 Sprawozdania przekazywane przez Polskę organom traktatowym w ramach poszczególnych konwencji międzynarodowego prawa praw człowieka *vid.* www.msz.gov.pl.

64 R. Wieruszewski, *ONZ-owski system...*, *op. cit.*, s. 98.

traktatu. Skargi takie są zwykle określane jako zawiadomienia – *Individual Communications*, a podmiotami uprawnionymi do ich składania mogą być jednostki, grupy jednostek czy instytucje. Wskazano już, że możliwość składania takich skarg i ich rozpatrywania przez organy międzynarodowe stanowi realizację prawa petycji, oznaczającego możliwość skutecznego występowania osoby fizycznej w stosunkach międzynarodowych. W doktrynie prawa międzynarodowego jest to argument uzasadniający w określonym zakresie i proporcjach podmiotowość prawnomiędzynarodową osoby fizycznej⁶⁵. Niewątpliwe jest więc znaczenie instytucji skarg indywidualnych w procesie implementacji norm międzynarodowego prawa praw człowieka, zarówno w wymiarze podmiotowym, jak i przedmiotowym. Kompetencje większości organów traktatowych, przyjmujących i rozpatrujących skargi indywidualne są uzależnione od zgody danego państwa-strony, wyrażanej zwykle poprzez ratyfikację odpowiedniego protokołu fakultatywnego. Zasygnalizowano zagadnienie wcześniej, wskazując na kompetencje CCPR do rozpatrywania skarg indywidualnych na podstawie postanowień I Protokołu Fakultatywnego do Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, jak również na podobne kompetencje CESCPR na podstawie Protokołu Fakultatywnego do Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 2008 roku. Podobne protokoły przewidziane są w postanowieniach innych konwencji, np. w art. 17 Konwencji w sprawie eliminacji wszelkich form dyskryminacji kobiet (CEDAW) oraz art. 34 Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych (CRPD). Natomiast kompetencje CERD w tym zakresie oparte są na deklaracjach państw określonych w postanowieniach art. 14 Konwencji w sprawie eliminacji wszelkich form dyskryminacji rasowej, kompetencje CAT z kolei na podobnych deklaracjach określonych w postanowieniach art. 22 Konwencji przeciwko torturom i innemu okrutnemu, niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu lub karaniu, a kompetencje CMW na deklaracjach określonych w postanowieniach art. 77 Konwencji o ochronie praw wszystkich pracowników migrujących i ich rodzin. Należy przy tym pamiętać, że żaden z tych organów traktatowych nie pełni funkcji sądowych, a ich orzeczenia przyjmowane na podstawie skarg, określane zwykle jako opinie i z formalnoprawnego punktu widzenia nie mają mocy wiążącej. Bez wątpienia jednak stanowią orzecznictwo jako *case law*, stąd częste nazywanie tych organów organami quasi-sądowymi⁶⁶.

Niektóre wskazane wyżej traktaty międzynarodowego prawa praw człowieka przewidują również instytucję skarg międzypaństwowych i kompetencje organów traktatowych w tym zakresie. Jest to więc sytuacja, w której państwo-strona danego traktatu może tą drogą oskarżyć inne państwo-stronę o naruszenie określonego zobowiązania traktatowego. Procedura składania takich skarg przewidziana została obligatoryjnie w CERD, a fa-

65 *Vid.* np. R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2002, s. 137.

66 Ocenę funkcjonowania systemu skarg indywidualnych formułuje R. Wieruszewski, *op. cit.*, s. 106–111.

kulturowo – a więc za dodatkową zgodą państw – w CAT i CMW. W praktyce funkcjonowania tych organów traktatowych, podobnie zresztą jak w zasygnalizowanym wyżej przypadku CCPR, mechanizm skargi międzypaństwowej jest martwy. Przesądza o tym zwykle względy natury politycznej, a zwłaszcza obawa potencjalnych skarżących państw przed pogorszeniem wzajemnych politycznych i gospodarczych relacji z potencjalnym „oskarżonym”. Warto pamiętać przy tym o innych, ciekawych konstrukcjach prawnych przewidzianych w niektórych traktatach. Na przykład w postanowieniach art. 22 Konwencji w sprawie eliminacji wszelkich form dyskryminacji rasowej znajdujemy klauzulę sądową, umożliwiającą przekazanie sporu do Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości. W 2008 roku Gruzja wykorzystała właśnie tę klauzulę w sporze z Federacją Rosyjską, składając skargę, w której oskarżyła ją o prowadzenie polityki czystek etnicznych na terytorium Gruzji w latach 1991–2008. W kwietniu 2011 roku MTS stwierdził, że nie ma kompetencji co do merytorycznego rozpatrzenia tej sprawy, ponieważ nie została wyczerpana procedura przewidziana w art. 22 Konwencji, przewidująca wcześniejsze wykorzystanie dyplomatycznych środków pokojowego regulowania sporów. Uznał więc za właściwe ewentualne rozstrzygnięcie sprawy w oparciu o postanowienia konwencji, a więc np. przy wykorzystaniu kompetencji CERD w zakresie skarg międzypaństwowych⁶⁷.

W związku z tym należy wyjaśnić, że obok skarg międzypaństwowych składanych do organów traktatowych w systemie międzynarodowej ochrony praw człowieka występują niejako „klasyczne” skargi międzypaństwowe składane do organów sądowych w ramach procedury pokojowego regulowania sporów międzynarodowych. Najlepszym tego przykładem jest jurysdykcja międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości jako głównego organu stałego sądownictwa międzynarodowego. Jurysdykcja ta w sporach wyłącznie pomiędzy państwami jest co do zasady fakultatywna i opiera się na zgodzie państw-stron sporu. Poza kompromisem (zapisem na sąd) i klauzulą fakultatywną z art. 36 Statutu MTS zgoda taka może być oparta na klauzuli sądowej, która z kolei może być zawarta również w umowach międzynarodowych z zakresu ochrony praw człowieka⁶⁸. Przykład takiej sytuacji stanowi skarga Chorwacji przeciwko Serbii oparta na takiej klauzuli zawartej w art. IX Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa z 1948 roku⁶⁹.

W traktatowych systemach międzynarodowej ochrony praw człowieka w ramach ONZ znajduje się również instytucja niezależnego śledztwa (*inquiries*). Procedura ta realizowana jest w ramach CAT, CEDAW oraz CRPD. Dla przykładu, zgodnie z po-

67 Na temat tego sporu *vid. np.* M. Balcerzak, *Spór gruzińsko-rosyjski przed sądami międzynarodowymi*, [w:] *Bezpieczeństwo międzynarodowe. Szanse i zagrożenia*, red. S. Sykuna, J. Zajadło, Gdańsk 2011, s. 11–26.

68 Np. klauzula sądowa sformułowana w art. IX Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa z 9 grudnia 1948 r., UNTS 78:277, tekst polski *vid.* Dz. U. 1952, Nr 2, poz. 9.

69 Na temat tej sprawy patrz dokumentacja MTS: <http://www.icj-cij.org/>.

stanowieniami art. 20 Konwencji przeciwko torturom i innemu okrutnemu, niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu lub karaniu, procedura ta polega na przeprowadzeniu przez CAT natychmiastowego, poufnego śledztwa, jeżeli Komitet otrzyma wiarygodne informacje o systematycznym stosowaniu tortur na terytorium danego państwa. Mechanizm takiego śledztwa ma charakter tak zwanego *opt-out*, a więc wiąże państwo od momentu ratyfikacji konwencji, chyba że zgodnie z postanowieniami art. 28 państwo wykluczyło stosowanie tej instytucji⁷⁰.

Organy traktatowe w procesie implementacji norm międzynarodowego prawa praw człowieka w systemie Rady Europy

System Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności

Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, w której określony został szeroki katalog praw obywatelskich i politycznych, stworzyła własny, bardzo charakterystyczny i skuteczny system kontrolny. Według pierwotnych postanowień Konwencji funkcje kontrolne wykonywały trzy instytucje: utworzona w 1954 roku Europejska Komisja Praw Człowieka, utworzony w 1959 roku Europejski Trybunał Praw Człowieka i Komitet Ministrów Rady Europy. System ten uległ istotnej zmianie na mocy postanowień Protokołu 11 do Konwencji, dotyczącego przekształcenia ustanowionego przez nią mechanizmu kontrolnego. Został podpisany 11 maja 1994 roku, a wszedł w życie 1 listopada 1998 roku⁷¹. Polska ratyfikowała ten Protokół 20 maja 1997 roku⁷².

Najważniejsze postanowienia Protokołu dotyczą zniesienia Europejskiej Komisji Praw Człowieka oraz dotychczasowego Europejskiego Trybunału Praw Człowieka działającego w trybie sesyjnym. Ewolucja systemu kontrolnego Konwencji oznaczała też zmianę roli Komitetu Rady Ministrów, który nie realizuje już żadnych funkcji judykacyjnych, a jego aktualna rola w systemie Konwencji polega na nadzorowaniu procesu wykonywania wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, jak również na możliwości występowania do Trybunału z wnioskiem o wydanie opinii doradczej⁷³. Oznacza to, że aktualnie organem traktatowym w systemie Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności jest Europejski Trybunał Praw Człowieka. Jego pozycja na tle zaprezentowanych wcześniej organów traktatowych w systemie Organizacji Narodów Zjednoczonych jest zdecydowanie inna – to organ traktatowy o charak-

⁷⁰ Wiele państw złożyło takie zastrzeżenie, w tym również Polska; dane *vid.* <https://treaties.un.org/>.

⁷¹ Tekst Protokołu: ETS No. 155.

⁷² Tekst polski *vid.* Dz. U. 1998, Nr 147, poz. 962.

⁷³ Reformę systemu kontrolnego Konwencji referuje m. in. M. Balcerzak, *op. cit.*, s. 170 i nast.

terze sądowym, który może rozpatrywać dwa rodzaje skarg: skargi indywidualne i skargi międzypaństwowe⁷⁴.

Jurysdykcję Trybunału określają postanowienia art. 32 Konwencji, zgodnie z którym Trybunał jest właściwy do rozpoznania wszystkich spraw dotyczących interpretacji i stosowania Konwencji i jej protokołów przedłożonych mu na podstawie artykułów 33, 34 i 47⁷⁵. Art. 33–34 określają w związku z tym dwa rodzaje skarg: skargi międzypaństwowe i skargi indywidualne. Kontynuacją procesu reformy systemu skargowego Konwencji, zwłaszcza w zakresie procedury rozpatrywania skarg przez Trybunał, są dwa najnowsze Protokoły, a mianowicie Protokół 14 i Protokół 14 bis. Zmieniają one system kontrolny Konwencji w kierunku ułatwienia i uproszczenia procedury rozpatrywania skarg⁷⁶.

Warto przy tej okazji nadmienić, że najważniejsze propozycje odnośnie do kierunków rozwoju Europejskiego Trybunału Praw Człowieka zostały określone w Deklaracji z Izmiru stanowiącej rezultat konferencji zwołanej z inicjatywy Komitetu Ministrów Rady Europy w dniach 26–27 listopada 2011 roku. W deklaracji tej znajdujemy bardzo wyraźne odniesienie do tradycyjnej zasady rządzącej systemem ochrony praw człowieka w Radzie Europy, a więc zasady subsydiarności, jak również do działań na rzecz udoskonalenia systemu kontrolnego Konwencji, których przykładem są oba wskazane wyżej protokoły⁷⁷.

System Europejskiej Karty Społecznej

Europejska Karta Społeczna stworzyła własny system kontrolny, który przeszedł wyraźną ewolucję. Pierwotny jego kształt określają postanowienia części IV Karty z 1961 roku (art. 21–29). Przepisy te tworzą mechanizm nadzoru nad przestrzeganiem postanowień Karty. Przewidują one sprawozdania państw oraz określają status Komitetu Ekspertów jako organu kontrolnego⁷⁸. Swoje wnioski ze sprawowania kontroli nad stosowaniem przepisów Karty Komitet miał przedstawiać specjalnemu Komitetowi Rządowemu. Ten z kolei powinien przedkładać raporty Komitetowi Rady Ministrów Rady Europy wraz z propozycją zaleceń dla państw w jego opinii nieprzestrzegających postanowień Karty.

74 O reformie systemu kontrolnego Konwencji pisze np. M. A. Nowicki, *Reforma systemu kontroli przestrzegania Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, [w:] „Biuletyn Centrum Europejskiego Uniwersytetu Warszawskiego” nr 3–4, 1998.

75 Ten ostatni przepis dotyczy opinii doradczych.

76 Protokół 14 – podpisany 13 maja 2004 r., wszedł w życie 1 czerwca 2010 r., tekst *vid.* ETS 194. Polska ratyfikowała ten Protokół 12 października 2006 r. Protokół 14 bis – podpisany 27 maja 2009 r., wszedł w życie 1 października 2009 r., tekst *vid.* ETS 204. Polska do tej pory go nie ratyfikowała.

77 Szeroko pisze o tych sprawach B. Gronowska, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. W poszukiwaniu efektywnej ochrony praw jednostki*, Toruń 2011.

78 Aktualna nazwa: Europejski Komitet Praw Społecznych.

Tak określony tryb nadzoru nad przestrzeganiem postanowień Karty modyfikuje dalej Protokół Zmieniający z 1991 roku. Zmienia on nazwę organu traktatowego Karty – Komitetu Ekspertów na Komitet Niezależnych Ekspertów – zwiększając liczbę jego członków i przyznając mu wyłączne prawo interpretowania i stosowania przepisów Karty. Ponadto rozszerza kompetencje Komitetu poprzez przyznanie mu prawa bezpośredniego zwracania się do władz państw członkowskich Rady Europy z żądaniem przedstawienia odpowiednich informacji. Protokół upoważnia też Komitet i jego prezydium do odbywania spotkań z przedstawicielami władz państw członkowskich lub grupami regionalnymi tych państw, a ponadto umożliwia udział organizacji reprezentujących partnerów społecznych w pracach Komitetu Rządowego. Zmniejszył też rolę Zgromadzenia Parlamentarnego i innych instytucji Rady Europy w procesie nadzoru nad stosowaniem postanowień Karty⁷⁹.

Najbardziej istotną modyfikację systemu kontrolnego Europejskiej Karty Społecznej wprowadził Protokół Dodatkowy z 1995 roku. Pierwszorzędną i najbardziej rozpoznawalną jego cechą jest to, że wprowadził on do systemu kontrolnego Karty instytucję skarg zbiorowych (*réclamations collectives, collective complaints*). Warto jednak pamiętać, że tym samym Protokół przyznał międzynarodowym i krajowym organizacjom pracodawców i pracowników oraz określonym organizacjom pozarządowym prawo wnoszenia skarg na państwa członkowskie Rady Europy – strony Karty i Protokołu – w sytuacjach niezgodnego z przyjętymi standardami wykonywania przez nie przyjętych zobowiązań. Niektórzy Autorzy podkreślają w związku z tym, że wyposażając Komitet – organ traktatowy Karty w kompetencje do rozpatrywania skarg zbiorowych i przewidując w tej mierze określoną procedurę – Protokół upodobił Komitet do organu o charakterze quasi-sądowym⁸⁰.

Odpowiednie przepisy w zakresie systemu kontrolnego formułuje też Zrewidowana Europejska Karta Społeczna. Są to postanowienia jej części IV (art. C i D). Choć Karta ta stanowi istotne *novum* w warstwie materialno-prawnej, to w zakresie procedury kontrolnej stosują się do niej instytucje i mechanizmy wypracowane wcześniej, a więc zwłaszcza postanowienia Karty z 1961 roku i Protokołu Dodatkowego z 1995 roku.

79 Szerzej o tym Protokole *vid.* np. A. Świątkowski, *op. cit.*, s. 39–40.

80 Tak piszą np. A. Brillat, *op. cit.*, s. 52 i nast. oraz M. Jager, *The Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints*, [w:] „Leyden Journal of International Law” nr 10, 1997, s. 69 i nast., a z autorów polskich A. Świątkowski, *Quasi-jurysdykcyjna funkcja Komitetu Praw Społecznych Rady Europy*, [w:] „Państwo i Prawo” nr 9, 2004, s. 46 i nast.

Europejski Komitet Praw Społecznych

Geneza i podstawy prawne

W systemie kontrolnym obu Europejskich Kart Społecznych i Protokołów najważniejsze miejsce zajmuje organ traktatowy, jakim jest Europejski Komitet Praw Społecznych. Mając na względzie zaprezentowane wcześniej rozważania na temat organów traktatowych międzynarodowej kontroli praw człowieka w systemie ONZ, można powiedzieć, że w pewnym sensie jest on odpowiednikiem Komitetu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych w systemie Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych. Idąc dalej i w pewnym uproszczeniu można też stwierdzić, że – z uwagi na swoje quasi-sądownicze funkcje – jest on odpowiednikiem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w systemie Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Pierwotną podstawą traktatową dla funkcjonowania tego Komitetu był art. 25 Europejskiej Karty Socjalnej, na mocy którego powstał Komitet Ekspertów (*Comité d'experts*) Protokół Zmieniający z 1991 roku zmodyfikował treść art. 25 Karty i zmienił nazwę Komitetu na Komitet Niezależnych Ekspertów (*Comité d'experts indépendants*), jednocześnie powiększając liczbę jego członków⁸¹. Wreszcie w 1998 r. Komitet zmienił swoją nazwę na aktualną: Europejski Komitet Praw Społecznych (*Le Comité européen des Droits sociaux*)⁸². Postanowienia te stanowią więc podstawę traktatową funkcjonowania Komitetu. Poza nimi ten organ traktatowy ma też swoją podstawę regulaminową dotyczącą bieżącego funkcjonowania. Jest nią Regulamin uchwalony przez Komitet 29 marca 2004 roku i zmodyfikowany 12 maja 2005 roku, 20 lutego 2009 roku i 10 maja 2011 roku⁸³.

Skład i struktura organizacyjna

W pierwotnej wersji art. 25 Europejskiej Karty Społecznej liczba członków Komitetu została określona jako nie mniej niż siedmiu. Protokół Zmieniający z 1991 roku ustalił tę liczbę na przynajmniej dziewięciu. Aktualnie, zgodnie z decyzją Komitetu Ministrów Rady Europy podjętą na 751 sesji w dniach 2–7 maja 2001 roku, na podstawie mandatu zawartego w art. 3 Protokołu Zmieniającego, liczba członków Europejskiego Komitetu Spraw Społecznych wynosi piętnastu. Kandydaci rekomendowani przez państwa członkowskie Rady Europy muszą być, jak stanowi art. 3 Protokołu Zmieniającego ustalający nową treść art. 25 Europejskiej Karty Społecznej, ekspertami „o najwyższej uczciwości i uznanej kompetencji w zakresie krajowych i międzynarodowych problemów społecznych”. Członkowie Komitetu – rekomendowani przez państwa – zasiadają w nim

81 Art. 3 Protokołu Zmieniającego z 1991 r.

82 Szczegółowo pisze o tym A. Świątkowski, *op. cit.*, s.38.

83 Regulamin, który został uchwalony 29 marca 2004 r. został następnie dwukrotnie zmodyfikowany: 12 maja 2005 r., 20 lutego 2010 r. i 10 maja 2011 r., <http://hub.coe.int/>.

we własnym imieniu. W czasie sprawowania swojego mandatu nie mogą pełnić żadnej funkcji, której nie dałoby się pogodzić z wymogami niezawisłości, bezstronności oraz dyspozycyjności właściwymi dla ich działalności w Komitecie. Pomimo, że wspomniany wyżej art. 3 przewiduje wybór członków Komitetu przez Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, z uwagi na fakt, iż Protokół Zmieniający jeszcze nie wszedł w życie, członkowie Komitetu wybierani są przez Komitet Ministrów, zgodnie z pierwotnym brzmieniem art. 25 Europejskiej Karty Społecznej. Kadencja członka Komitetu trwa sześć lat z możliwością jednorazowego powtórzenia wyboru. W aktualnym składzie Komitetu jest dr Marcin Wujczyk z Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Zajął on w Komitecie miejsce Profesora Andrzeja Świątkowskiego, który był członkiem Komitetu od 2003 roku do 1 stycznia 2013 roku.

Pracami Komitetu kieruje przewodniczący – aktualnie Luis Jimena Quesada, profesor Wydziału Prawa Uniwersytetu w Walencji. W skład kierownictwa Komitetu wchodzi ponadto: wiceprzewodniczący, którymi są aktualnie: Monika Schlachter (Niemcy) i Petros Stangos (Grecja) oraz Specjalny Sprawozdawca – Colm O’Cinneide (Irlandia). Wszyscy oni tworzą Biuro Komitetu. Komitet pracuje na sesjach w Strasburgu. Na rok 2014 zaplanowanych zostało 7 kilkudniowych sesji (podobnie jak w latach 2012 i 2013)⁸⁴.

Kompetencje

Gdyby chcieć w sposób najbardziej ogólny, a zarazem trafny określić kompetencje Europejskiego Komitetu Praw Społecznych jako organu traktatowego Rady Europy w dziedzinie ochrony praw człowieka, to należałoby powiedzieć, że Komitet nadzoruje przestrzeganie przez państwa członkowskie tej organizacji postanowień traktatowych, stanowiących system Europejskiej Karty Społecznej. W ramach tak ogólnie określonych kompetencji Europejski Komitet Praw Społecznych:

- ustanawia europejskie standardy w zakresie prawa pracy, zabezpieczenia społecznego i polityki społecznej,
- analizuje sprawozdania przygotowane i przekazane przez państwa i orzeka o zgodności lub niezgodności przepisów krajowych ze standardami ustanawianymi na podstawie traktatów stanowiących system Europejskiej Karty Społecznej, a następnie formułuje pozbawione mocy prawnie wiążącej konkluzje (*conclusions*) przekazywane do Komitetu Rządowego, a stamtąd do Komitetu Ministrów Rady Europy⁸⁵,
- rozpoznaje skargi zbiorowe wnoszone przez uprawnione podmioty przeciwko państwom naruszającym zobowiązania przyjęte w systemie Karty, przygotowując końcowy raport w sprawie danej skargi, na podstawie którego Komitet Ministrów Rady Europy uchwala odpowiednią rezolucję lub rekomendację.

⁸⁴ Wszystkie dane dostępne na stronie: <http://hub.coe.int/>.

⁸⁵ Sprawozdania państw i procedurę ich rozpatrywania zaprezentuję w następnym punkcie.

Analizowanie sprawozdań państw oraz rozpatrywanie skarg upodabniają Europejski Komitet Praw Społecznych do innych organów traktatowych w procesie implementacji norm międzynarodowego prawa praw człowieka. Z drugiej jednak strony status Komitetu na tle innych organów traktatowych jest szczególny, jako że w ramach procedury rozpatrywania skarg zbiorowych upodabnia się on do organu sądowego, choć takim nie jest.

System kontrolny Europejskiego Komitetu Praw Społecznych

Sprawozdania państw

Jak już podkreślano, w przypadku wszystkich organów traktatowych ONZ funkcjonujących na podstawie szczegółowych konwencji międzynarodowego prawa praw człowieka wykorzystywana jest instytucja sprawozdań państw-stron tych konwencji, przekazywanych poszczególnym organom traktatowym. Są one też od początku obecne w systemie kontrolnym Europejskiej Karty Społecznej. Do czasu jego zasadniczej modyfikacji na podstawie postanowień Protokołu Dodatkowego z 1995 roku, wprowadzającego instytucję skargi zbiorowej, był on oparty na klasycznej instytucji sprawozdań.

Państwa-strony Karty mają więc obowiązek składania dwojakiego rodzaju sprawozdań związanych z zakresem przyjętych przez nie zobowiązań w ramach Karty. Jak wspomniano, zakres zobowiązań przyjętych przez poszczególne państwa w ramach Karty może być różny („hard core provisions” i „non-hard core provisions”)⁸⁶. Po pierwsze więc, na podstawie art. 21 Karty, państwa składają sprawozdania z realizacji ratyfikowanych jej postanowień. Po drugie natomiast, na podstawie art. 22, składają one sprawozdania z realizacji postanowień, którymi się nie zbindowały w procedurze ratyfikacyjnej. Ponadto naleŹy zauwaŹyć, Źe na podstawie postanowień art. C Zrewidowanej Europejskiej Karty Społecznej ten mechanizm kontrolny ma zastosowanie równieŹ w procesie kontroli wykonywania przez państwa zobowiązań przyjętych przez nie w ramach Karty Zrewidowanej w zakresie, w jakim te zobowiązania przyjęły.

Na podstawie postanowień art. 21 państwa-strony sĄ zobowiązane do składania wymaganych sprawozdań w odstębach dwuletnich na ręce Sekretarza Generalnego Rady Europy, który przekazuje je Komitetowi. Kopie sprawozdań sĄ przesyłane przez państwa równieŹ krajowym organizacjom pracodawców oraz pracobiorców i mogĄ one zgłaszać do nich uwagi. Badanie oraz merytoryczną ocenę sprawozdań przeprowadza Komitet, w którego obradach bierze udział z głosem doradczym obserwator Międzynarodowej Organizacji Pracy. Formułując ocenę prawnĄ sprawozdania, Komitet niekiedy odwołuje

⁸⁶ Inaczej niŹ np. Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, która musi być przyjęta w całości.

się do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka⁸⁷. Pamiętać bowiem trzeba, że niektóre prawa i wolności, jak na przykład wolność zrzeszania się, są gwarantowane zarówno w Karcie, jak i w Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Swoją ocenę prawną sprawozdań Europejski Komitet Praw Społecznych formułuje w formie konkluzji, które są przekazywane do Komitetu Rządowego, jako politycznego organu doradczego Komitetu Ministrów Rady Europy⁸⁸. Ten organ bada treść konkluzji, zwłaszcza w części sygnalizującej naruszenie przez państwo postanowień Karty. W procesie takiego badania uczestniczą z głosem doradczym zaproszeni partnerzy społeczni – przedstawiciele międzynarodowych organizacji związków zawodowych. Efektem prac Komitetu Rządowego jest sprawozdanie dla Komitetu Ministrów Rady Europy, który z kolei uchwala rezolucję, uwzględniającą dokonania i oceny obu tych organów, a zawierającą indywidualne zalecenia pod adresem konkretnego państwa⁸⁹. Zalecenia takie nie mają mocy prawnie wiążącej.

Omawiając procedurę przedkładania i badania sprawozdań należy pamiętać, że pewną rolę w realizacji tego procesu odgrywa również Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy. Otrzymuje ono bowiem także konkluzje Europejskiego Komitetu Praw Społecznych z badanych przez niego sprawozdań państw, które wykorzystuje w czasie debat na temat polityki społecznej. Wypracowywane w czasie takich debat stanowisko jest kierowane do Komitetu Rady Ministrów Rady Europy uchwalającego wspomniane wyżej zalecenia pod adresem państw. Na podstawie postanowień art. 22 Karty Komitet Ministrów może zażądać od władz państw-stron przedstawienia sprawozdania na temat zależności pomiędzy regulacjami krajowymi i praktyką ich stosowania z tymi postanowieniami Karty, które nie zostały przez dane państwo przyjęte. Kopie sprawozdań są przekazywane również podmiotom wchodzącym w skład międzynarodowych organizacji partnerów społecznych, a zwłaszcza organizacjom pozarządowym mającym status doradczy przy Radzie Europy i prawo przedstawiania Sekretarzowi Generalnemu Rady swoich uwag. Procedurę rozpatrywania takich sprawozdań regulują postanowienia art. 24 i następne Karty.

Skargi zbiorowe

Podczas opisywania rozwoju regulacji prawnych międzynarodowego prawa praw człowieka zwrócono uwagę na dwutorowość tego procesu wynikającą zwłaszcza z historycz-

87 Pisz o tym szerzej T. Jasudowicz, *Prawa rodziny – prawa w rodzinie w systemie Europejskiej Karty Społecznej. Orzecznictwo Komitetu Niezależnych Ekspertów*, Toruń 1999, s. 8 i n.

88 W skład Komitetu Rządowego wchodzi przedstawiciele państw-stron Karty. Każde z nich ma w Komitecie jednego przedstawiciela, reprezentującego resort właściwy do spraw pracy i polityki społecznej. Państwa, które podpisały Kartę, ale jej nie ratyfikowały mogą wysłać obserwatorów na posiedzenia Komitetu.

89 Podstawę rezolucji znajdujemy w postanowieniach art. 28 § 1 Karty w brzmieniu przyjętym w art. 5 § 1 Protokołu zmieniającego z 1991 r. O tej procedurze *vid. np.* S. Topa, *Polska a konwencje Rady Europy*, [w:] *Rocznik Polskiej Polityki Zagranicznej 1997*, red. B. Wizimirska, s. 253 i n.

nej przewagi praw politycznych nad prawami gospodarczymi i społecznymi. Powołano dwie tendencje rozwojowe tych praw: *double-track* i *double-speed* widoczne nie tylko w ewolucji uniwersalnego systemu ochrony praw człowieka, ale również systemu europejskiego, a zwłaszcza systemu Rady Europy. Ta dwutorowość w rozwoju regulacji prawnych odnośnie do praw człowieka I i II generacji przeniosła się w systemie Rady Europy także na rozwój instrumentów i mechanizmów kontrolnych. W procesie implementacji postanowień Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności przewidziano bardzo dobrze rozbudowany i skuteczny system skargowy z Europejskim Trybunałem Praw Człowieka jako organem o charakterze sądowym. Natomiast w procesie implementacji postanowień Europejskiej Karty Społecznej przewidziano pierwotnie tylko klasyczny system sprawozdań. Powstały oczywiste dysproporcje pomiędzy możliwością korygowania naruszeń przez państwa postanowień obu tych traktatów – z jednej strony przy użyciu metod skargowych przed organem sądowym, a z drugiej przy użyciu metod sprawozdawczych przed klasycznym organem traktatowym. Stąd też, aby w odpowiednim stopniu wyrównać poziom ochrony praw politycznych oraz praw gospodarczych i społecznych w systemie Rady Europy, wprowadzono do tego systemu instytucje i procedurę skargi zbiorowej. Stało się to za sprawą podpisanego w 1995 roku Protokołu Dodatkowego, który wszedł w życie w roku 1998. Przyznał on międzynarodowym i krajowym organizacjom pracodawców i pracowników oraz określonym organizacjom pozarządowym prawo wnoszenia skarg na państwa członkowskie Rady Europy – strony Karty i Protokołu – w sytuacjach niezgodnego z przyjętymi standardami wykonywania przez nie przyjętych zobowiązań.

Uwagi końcowe

Dorobek prawny Rady Europy w dziedzinie ochrony praw człowieka i podstawowych wolności jest bardzo bogaty, a stworzony przez tę organizację, na bazie traktatów wypracowanych pod jej egidą system kontrolny może być traktowany jako wzorcowy dla innych organizacji międzynarodowych. Zauważalną cechą systemu kontrolnego Rady Europy w zakresie praw człowieka stanowi jego niejednorodność. W swojej działalności Rada koncentrowała się pierwotnie na prawach politycznych i ich międzynarodowej ochronie. Problematyka ta została uregulowana w Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Odpowiednikiem tej konwencji w dziedzinie ochrony praw ekonomicznych, społecznych i kulturalnych jest Europejska Karta Społeczna, a w zasadzie dwie Karty, które razem z Protokołami Dodatkowymi i Protokołem Zmieniającym tworzą cały system Europejskiej Karty Społecznej.

Europejska Karta Społeczna stworzyła własny system kontrolny w zakresie implementacji jej postanowień, a najważniejsza jego instytucja to Europejski Komitet Praw

Społecznych. Gdyby chcieć w sposób najbardziej ogólny określić jego charakter prawny, należałoby powiedzieć, że Komitet ten jest jednym z organów traktatowych, jakie funkcjonują zarówno w uniwersalnym systemie międzynarodowej ochrony praw człowieka, jak również w systemach regionalnych. Podobnie jak inne organy traktatowe, Komitet realizuje klasyczne funkcje kontrolne, czyli rozpatruje sprawozdania państw-stron określonych traktatów międzynarodowego prawa praw człowieka. Jego pozycja w systemie tych organów jest jednak szczególna. Dysponuje on bowiem unikalnym instrumentem kontrolnym – skargami zbiorowymi, które znalazły się w systemie kontrolnym Europejskiej Karty Społecznej w wyniku znaczącej ewolucji tego systemu. Dokumentem dla niej przełomowym był Protokół Dodatkowy z 1995 roku. Istota i charakter skarg zbiorowych, które nie mieszczą się w ramach klasycznego podziału skarg składanych do organów traktatowych na skargi indywidualne i skargi międzypaństwowe, a zwłaszcza procedura ich rozpatrywania powodują, że Komitet pełni funkcję quasi-sądowego organu traktatowego.

SUMMARY

The European Committee of Social Rights in the system of International Human Rights Treaty Bodies

The aim of this article is to present the European Committee of Social Rights as a supervisory body in the system of international protection of human rights. To this end, the author elaborates upon the system of treaty bodies in the field of international protection of human rights, both at the universal level within the framework of the United Nations, as well as on the regional plain in respect of the treaty bodies within the Council of Europe's system. The author pays particular attention to the treaty *acquis* of the Council of Europe on the protection of social rights and, as such, discusses the European Social Charter system. The author emphasizes the particular role of a specific organ, namely the European Committee of Social Rights, within this field. One of its most notable features is the mechanism of collective complaints (fr. *réclamations collectives*), which was introduced to the Charter's supervisory system on the basis of the 1995 Additional Protocol. In the author's opinion, on the basis of the competence of the European Committee of Social Rights to hear collective complaints, it is arguable that this body performs the function of a quasi-judicial organ in the monitoring process, which distinguishes it from other treaty bodies in the field of international protection of human rights.

Keywords: international protection of human rights, human rights treaty bodies, European Social Charter system, European Committee of Social Rights, collective complaints.

MATEUSZ KARCIARZ

Stosowanie przez ustawodawcę reżimu odpowiedzialności administracyjnej w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego

Jednym z zagadnień prawnych wzbudzających szereg wątpliwości i kontrowersji jest stosowanie przez ustawodawcę reżimu odpowiedzialności administracyjnej w miejsce odpowiedzialności karnej. Zdaniem ustawodawcy¹ takie działania mają przyczynić się głównie do usprawnienia funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości w Polsce, przy czym podnosi się również szereg innych powodów uzasadniających takie działania. Analiza charakteru odpowiedzialności administracyjnej stawia trafność przytoczonej argumentacji pod znakiem zapytania.

Zadaniem ustawodawcy jest sankcjonowanie zachowań niezgodnych z obowiązującymi normami prawnymi poprzez ustanawianie tak zwanych norm sankcjonujących. Wprowadzając do systemu prawnego sankcje prawne za przekraczanie norm sankcjonowanych, prawodawca stosuje zazwyczaj jeden z następujących reżimów odpowiedzialności prawnej: odpowiedzialność karną, odpowiedzialność cywilną, odpowiedzialność administracyjną, odpowiedzialność konstytucyjną albo odpowiedzialność dyscyplinarną. O wyborze rodzaju odpowiedzialności prawnej decyduje głównie kategoria dobra, które ustawodawca chce chronić – w przypadku ochrony dobra jednostki stosowana jest w głównej mierze odpowiedzialność karna i cywilna, w przypadku ochrony dobra publicznego – odpowiedzialność administracyjna. Pomocne w zrozumieniu pojęcia i charakteru odpowiedzialności administracyjnej jest orzecznictwo TK, zwłaszcza z okresu po wejściu w życie Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.

1 *Vid.* np.: Projekt założeń projektu ustawy o szczególnej odpowiedzialności za niektóre naruszenia przepisów ruchu drogowego oraz o zmianie niektórych ustaw – dostępny na stronach internetowych Rządowego Centrum Legislacji pod adresem: <http://legislacja.rcl.gov.pl/lista/1/projekt/83618>.

Pojęcie odpowiedzialności prawnej

Podejmując rozważania nad istotą charakteru odpowiedzialności prawnej nie sposób nie odnieść się do potocznego rozumienia pojęcia „odpowiedzialności”. Stosownie do słownikowych definicji „odpowiedzialnością” jest „konieczność, obowiązek moralny odpowiadania za swoje czyny”², innymi słowy jest to obowiązek ponoszenia konsekwencji za własne działania (zaniechania).

W życiu codziennym pojawia się wiele rodzajów odpowiedzialności, poczynając od odpowiedzialności moralnej czy etycznej, kończąc na odpowiedzialności politycznej, parlamentarnej. Jednakże istotnym pojęciem, które stanowi przedmiot zainteresowania w niniejszym opracowaniu jest pojęcie „odpowiedzialności prawnej”.

Analizując dorobek doktryny prawniczej, można dojść do stwierdzenia, iż przez pojęcie odpowiedzialności prawnej należy rozumieć ponoszenie przez określony podmiot przewidzianych przez prawo konsekwencji za zdarzenia lub stany rzeczy podlegające ujemnej kwalifikacji prawnej, które można przypisać prawnie temu podmiotowi³.

Każdej odpowiedzialności prawnej można przyporządkować szereg różnego rodzaju funkcji. Są to funkcje: represyjna, prewencyjna oraz kompensacyjna. Jednakże, w zależności od dziedziny prawa (karne, cywilne, administracyjne), różne z tych funkcji mają charakter dominujący. Zarówno w prawie administracyjnym, jak i w prawie karnym najważniejsze (i najbardziej uwydatnione) są funkcje: represyjna oraz prewencyjna. Niemniej, o ile w prawie karnym główny nacisk kładziony jest na represję (odpłatę w postaci pewnej dolegliwości ze strony Państwa za wyrządzone zło/naruszoną normę prawną), to w prawie administracyjnym odpowiedzialność prawna ma już w większym stopniu charakter prewencyjny (nie oznacza to jednak, że nie ma na celu odpłaty za wyrządzone „zło”, a więc represji)⁴. Kompensacyjna funkcja odpowiedzialności występuje głównie w prawie cywilnym, z uwagi na charakter stosunków występujących w tej dziedzinie prawa (zwłaszcza z uwagi na równość stron).

Odpowiedzialność prawna a sankcja prawna

Pojęcia odpowiedzialności prawnej w żadnym wypadku nie należy utożsamiać z pojęciem sankcji prawnej. Pojęcie „sankcji prawnej” wykształciło się w teorii prawa. Przyjmuje się, że sankcją za przekroczenie jakiejś normy jest dolegliwość (zło) przewidziana

² *Słownik Języka Polskiego*, t. V, red. W. Doroszewski, Warszawa 1963, *vid.* „odpowiedzialność”.

³ W. Lang, *Struktura odpowiedzialności prawnej*, [w:] „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu. Nauki Humanistyczno-Społeczne. Prawo”, z. 8 (31)/1968, s. 12.

⁴ *Vid.* również: A. Michór, *O charakterze odpowiedzialności administracyjnej*, [w:] „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji”, nr LX, Wrocław 2004.

za jej niezrealizowanie⁵. Ustawodawca w tworzonych normach wyznacza ich adresatowi (adresatom) nie tylko prawa mu (im) przysługujące, ale również obowiązki. Aby dany podmiot chciał przestrzegać (realizować) normy nakładające na niego obowiązki, należy stworzyć tak zwaną „sytuację przymusową”⁶. Zygmunt Ziemiński wskazuje, że owa „sytuacja przymusowa” powstaje dla kogoś, „kiedy w danym układzie rzeczy stoi on przed wyborem jakichś przyszłych stanów rzeczy, które wszystkie uważa za niekorzystne”, a więc, gdy stoi przed wyborem mniejszego zła⁷. Sankcja stanowi nieodłączną część odpowiedzialności, jest wyłącznie jej częścią.

Odpowiedzialność administracyjna

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, odpowiedzialność administracyjna stanowi odrębny rodzaj odpowiedzialności prawnej (obok takich odpowiedzialności jak: karna, cywilna, konstytucyjna czy dyscyplinarna) o właściwych sobie cechach, konieczny dla zapewnienia prawidłowego funkcjonowania administracji publicznej⁸. Współcześnie spora część stosunków społecznych regulowana jest prawem administracyjnym, w związku z czym odpowiedzialność administracyjna jest instytucją powszechnie stosowaną w zakresie tych stosunków. Odpowiedzialność ta ma na celu zapewnienie gwarancji przestrzegania norm prawa administracyjnego przez groźbę zastosowania negatywnych konsekwencji wobec podmiotów, których działania naruszają prawo administracyjne⁹.

Odpowiedzialność administracyjna w teorii charakteryzuje się tym, że ma charakter odpowiedzialności represyjno-porządkowej, opartej na zasadzie winy obiektywnej. W praktyce (zwłaszcza sądów administracyjnych) niejednokrotnie występują odstępstwa od teoretycznego rozumienia odpowiedzialności administracyjnej. Do odpowiedzialności tej można pociągnąć nie tylko osoby fizyczne, ale również osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej.

5 S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2005, s. 123.

6 Z. Ziemiński, *Teoria prawa*, Warszawa-Poznań 1978, s. 37.

7 *Ibidem*.

8 *Vid. np.:* A. Michór, *Odpowiedzialność administracyjna – odrębny rodzaj odpowiedzialności prawnej, czy sankcja karna w prawie administracyjnym*, [w:] „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego. Tom XVIII”, Wrocław 2005, s. 363–364.

9 Z. Gromek, *Odpowiedzialność administracyjna – czy nowy rodzaj odpowiedzialności karnej?* [w:] *Wybrane aspekty funkcjonowania samorządu terytorialnego z perspektywy działalności organów nadzoru*, red. K. Tekliak Warszawa 2013, s. 145.

Odpowiedzialność administracyjna a odpowiedzialność karna

Rozważania na temat zależności pomiędzy odpowiedzialnością administracyjną a odpowiedzialnością karną należy rozpocząć od wskazania, iż stosowanie odpowiedzialności karnej (w miejsce odpowiedzialności administracyjnej) ma być traktowane jako *ultima ratio*, a nie *prima ratio*. Regulowanie stosunków społecznych powinno mieć charakter prewencyjny, a w ostateczności dopiero represyjny. Dopiero zatem w sytuacji, kiedy prewencja nie jest wystarczająca, ustawodawca powinien sięgać po surowszą odpowiedzialność karną.

Zestawiając charakter odpowiedzialności administracyjnej z odpowiedzialnością karną, nie sposób nie zauważyć, że główną ich różnicą jest podejście do kwestii winy. Odpowiedzialność karna ma charakter subiektywny i jest oparta w głównej mierze na winie (co do zasady) sprawcy, którą należy mu udowodnić, a ciężar dowodu spoczywa na oskarżycielu publicznym. Warunkiem *sine qua non* pociągnięcia osoby popełniającej czyn zabroniony pod groźbą kary do odpowiedzialności karnej jest obowiązek przypisania tej osobie winy. Aby sprawca mógł być pociągnięty do odpowiedzialności karnej, czyn popełniony przez sprawcę musi spełniać trzy warunki:

- być zabroniony przez ustawę,
- być zawiniony,
- jego społeczna szkodliwość nie może być znikoma.

Odpowiedzialność administracyjna w ujęciu teoretycznym ma charakter obiektywny. Polega on na tym, że odpowiedzialność administracyjna oderwana jest nie tylko od winy, ale również od osoby sprawcy (czyli odwrotnie niż jest to w przypadku odpowiedzialności karnej, gdzie istotnym jest konieczność przypisania winy sprawcy czynu zabronionego). Bez znaczenia jest tutaj, kto naruszył daną normę prawną i czy jego działanie było zawinione, czy też nie. Nie bierze się również pod uwagę społecznej szkodliwości czynu. Obiektywnie rzecz ujmując, norma prawna została naruszona i adresat normy sankcjonującej dane zachowanie (działanie lub zaniechanie) ponosi za to odpowiedzialność administracyjną¹⁰.

10 Dla przykładu: zgodnie z art. 84 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 627 ze zm.) organ nakładający karę za nielegalne wycięcie drzewa wymierza ją posiadaczowi nieruchomości, na terenie której znajdował się drzewo, bez względu na to, czy faktycznie to właśnie posiadacz nieruchomości tego dokonał i czy jego czyn był zawiniony – organ stwierdza obiektywny fakt wycięcia drzewa bez stosownego zezwolenia i na tej podstawie wymierza sankcję administracyjną – jednakże część orzecznictwa sądowoadministracyjnego odchodzi od bezwzględnego i obiektywnego karania za popełnienie tego czynu zabronionego, patrz np. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 5 czerwca 2013 r., sygn. akt IV SA/Po 261/13 (patrz również omówienie wyroku: J. Bujny, *Wycinka bez kary. Kryterium „wiedzy” jako przesłanka odpowiedzialności właściciela za nielegalne usunięcie drzewa*, artykuł dostępny w Portalu PrawoDlaSamorządu.PL pod adresem: <http://>

Granica między odpowiedzialnością administracyjną a odpowiedzialnością karną jest jednak płynna. Zadanie określenia tej granicy pozostawiono ustawodawcy. To do niego należy kompetencja (uprawnienie) do wyboru reżimu prawnego wprowadzanej sankcji represyjnej¹¹. Dlatego też przyjmuje się, że w granicach określonych przez przepisy Konstytucji RP ustawodawcy przysługuje swoboda dotycząca wyboru reżimu odpowiedzialności (administracyjnej lub karnej) i określenia sankcji związanych z niedopełnieniem obowiązku¹².

Jeżeli sankcja prawna ma być nakierowana na wyrządzenie osobistej dolegliwości sprawcy czynu zabronionego, to ustawodawca korzysta z sankcji karnych w ramach odpowiedzialności karnej. Z kolei jeżeli sankcja ma mieć głównie na celu prewencję z jednoczesnym wyrządzeniem uszczerbku majątkowego (bez względu na osobę sprawcy, ocenę moralną popełnionego czynu i jego społeczną szkodliwość), stosuje się odpowiedzialność administracyjną.

Na koniec rozważań na temat różnic pomiędzy odpowiedzialnością administracyjną a odpowiedzialnością karną należy wskazać na jeszcze jedną, bardzo istotną i braną pod uwagę przy wyborze reżimu wprowadzanych represji. Mowa o kwestii przedawnienia odpowiedzialności za popełniony czyn zabroniony. W prawie karnym (gdzie głównie stosowana jest odpowiedzialność karna) takie przedawnienie występuje, w przeciwieństwie do odpowiedzialności administracyjnej, uregulowanej w głównej mierze przez przepisy prawa administracyjnego, w którym delikty administracyjne nie przedawniają się w ogóle.

Odpowiedzialność administracyjna w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego

TK w licznych orzeczeniach wypowiadał się nie tylko na temat odpowiedzialności administracyjnej, ale również sankcji administracyjnych (w tym administracyjnych kar pieniężnych), czy też kwestii wyboru przez ustawodawcę reżimu odpowiedzialności prawnej (zwłaszcza z pomiędzy odpowiedzialności administracyjnej i karnej).

TK niejednokrotnie podkreślał w swoim orzecznictwie, że nie kontroluje on celowości i trafności rozwiązań przyjętych przez ustawodawcę (a więc wyboru reżimu odpowiedzialności prawnej). Zadaniem TK jest jedynie ocena, czy przyjęte przez ustawo-

prawodlasamorządu.pl/2014.02.13-wycinka-bez-kary.-kryterium-„wiedzy”-jako-przeslanka-o-dpowiedzialnosci-wlasciciela.html.

11 *Vid.* wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 stycznia 2007 r., sygn. P 19/06;

12 *Vid.* wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 stycznia 1999 r., sygn. akt P 2/98;

dawcę rozwiązania nie naruszają norm i wartości konstytucyjnych¹³ i interweniuje tylko w przypadkach ich naruszenia¹⁴.

Na marginesie niniejszych rozważań należy wskazać, że również Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu w swoim orzecznictwie wskazywał, iż państwo korzysta z szerokiego marginesu oceny zarówno jeśli chodzi o wybór środków wykonawczych, jak też upewnienie się, czy konsekwencje wykonania są usprawiedliwione w interesie ogólnym dla osiągnięcia celu odnośnego prawa¹⁵.

Ustawodawcy, w granicach określonych przez Konstytucję RP, przysługuje swoboda określenia sankcji związanych z niedopełnieniem obowiązku¹⁶. Z kolei art. 83 Konstytucji RP stanowi, że „Każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej”. Dlatego też w orzecznictwie TK podkreśla się, że tam, gdzie przepisy nakładają na obowiązki osób fizycznych lub prawnych, powinien znaleźć się również przepis określający konsekwencję niespełnienia tego obowiązku¹⁷. Swoboda w określaniu sankcji dotyczy również ustanawiania przez prawodawcę przepisów o charakterze ustrojowo-organizacyjnym, a więc zwłaszcza przepisów normujących, w jakim postępowaniu (administracyjnym, czy karnym) będą wymierzane dane sankcje¹⁸. Problem stosowania właściwej procedury służącej ochronie określonych praw i interesów obywateli niewątpliwie może być rozpatrywany z punktu widzenia zasady państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej określonej w art. 2 Konstytucji RP¹⁹. W piśmiennictwie wskazuje się również²⁰, że to nie przedmiot obowiązku determinuje

13 *Vid.* wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 kwietnia 1998 r., sygn. akt K 10/97, wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 stycznia 1999 r., sygn. akt P 2/98, wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 września 2000 r., sygn. K 1/00, wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 marca 2002 r., sygn. akt SK 2/01, wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 stycznia 2007 r., sygn. akt P 19/06, wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 marca 2007 r., sygn. akt K 8/08, jak również: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 października 2013 r., sygn. akt P 26/11;

14 *Vid.* orzeczenie trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 kwietnia 1995 r., sygn. akt K 11/94;

15 *Vid.* orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 18 lutego 1991 r. w sprawie *Fredin Case*.

16 *Vid.* wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 stycznia 1999 r., sygn. akt P 2/98, wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 kwietnia 2000 r., sygn. akt K 23/99, jak również: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 listopada 2004 r., sygn. akt SK 31/04.

17 *Vid.* wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 kwietnia 2000 r., sygn. akt K 23/99, wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 stycznia 1999 r., sygn. akt P 2/, *vid.* wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 kwietnia 2000 r., sygn. akt K 23/99.

18 *Vid.* wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 lipca 2002 r., sygn. akt P 12/01.

19 *Vid.* orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 grudnia 1992 r., sygn. akt K 3/92, jak również: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 kwietnia 2000 r., sygn. akt K 23/99.

20 *Cf. np.:* P. Przybysz, *Egzekucja administracyjna*, Warszawa 1999, s. 35.

jego charakter (na przykład jako administracyjnoprawny), lecz metoda jego regulacji przyjęta przez ustawodawcę²¹.

Bardzo istotna przy wyborze przez ustawodawcę reżimu odpowiedzialności prawnej za przekroczenie określonej normy prawnej jest zasada proporcjonalności, na co niejednokrotnie w swoim orzecznictwie wskazywał TK²². Jego zdaniem z zasady tej wypływają trzy powiązane między sobą obowiązki po stronie ustawodawcy²³:

- przyjmowanie danej regulacji tylko wówczas, gdy jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest związana,
- nakaz kształtowania danej regulacji w sposób zapewniający osiągnięcie zamierzanych skutków (celów),
- zachowanie proporcji między efektami wprowadzonej regulacji a ciężarami, względnie niedogodnościami wynikającymi z niej dla obywateli²⁴.

W piśmiennictwie wskazuje się, że „spośród możliwych (i zarazem legalnych) środków oddziaływania należałoby wybierać środki skuteczne dla osiągnięcia celów założonych, a zarazem możliwie najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być zastosowane, lub dolegliwe w stopniu nie większym niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego celu”²⁵.

Mimo iż ustawodawca ma swobodę w wyborze reżimu odpowiedzialności prawnej, to swoboda ta nie jest nieograniczona, na co bardzo wyraźnie wskazuje w swoim orzecznictwie TK²⁶. Normy zawarte w Konstytucji RP wymagają od ustawodawcy poszanowania między innymi takich zasad prawa konstytucyjnego jak zasada państwa prawnego²⁷, czy też praw i wolności jednostki²⁸. Inne zasady, które powinien brać ustawodawca to zasada równości²⁹ oraz zasada proporcjonalności. Sankcje prawne stosowane w ramach właściwej odpowiedzialności muszą być nie tylko adekwatne, ale również racjonalne i współmiernie dolegliwe³⁰.

21 *Vid.* wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 kwietnia 2000 r., sygn. akt K 23/99;

22 *Vid.* np.: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 listopada 2004 r., sygn. akt SK 31/04, jak również: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 lutego 2008 r., sygn. akt K 30/07.

23 *Vid.* wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 kwietnia 1999 r., sygn. akt P 7/98, jak również: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 czerwca 2004 r., sygn. akt SK 21/03.

24 *Vid.* wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 października 2009 r., sygn. akt Kp 4/09, wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 lipca 2012 r., sygn. P 8/10, jak również: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 października 2013 r., sygn. akt P 26/11.

25 *Polskie dyskusje o państwie prawa*, red. S. Wronkowska, Warszawa 1995, s. 74.

26 *Vid.* wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 stycznia 2007 r., sygn. P 19/06.

27 *Vid.* art. 2 Konstytucji RP z 1997 r.

28 *Vid.* Rozdział II Konstytucji RP z 1997 r.

29 *Vid.* art. 32 Konstytucji RP, jak również: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 czerwca 2004 r., sygn. akt P 20/02.

30 Patrz: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 listopada 2004 r., sygn. akt SK 31/04.

Podsumowując zasadę proporcjonalności, należy wskazać – za TK³¹ – trzy istotne pytania, na które powinien odpowiedzieć sobie ustawodawca przy wyborze reżimu odpowiedzialności prawnej:

- Czy regulacja ta jest właściwa dla osiągnięcia zamierzonych celów?
- Czy jest ona niezbędna dla ochrony i realizacji interesu publicznego, z którym jest związana?
- Czy jej efekty pozostają w odpowiedniej proporcji do zakresu ciężarów nakładanych na obywatela?

TK wielokrotnie wskazywał, że stosowanie sankcji administracyjnych w ramach odpowiedzialności administracyjnej z istoty swojej prowadzących do władczej ingerencji w prawa i wolności jednostki wymaga konfrontacji z zasadą proporcjonalności wyrażoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP³².

Analiza orzecznictwa TK prowadzi do wniosku, że odpowiedzialność administracyjna typu represyjno-porządkowego będąca przejawem interwencjonizmu państwowego stosowana jest w sferach uznanych przez ustawodawcę za szczególnie istotne³³. Wynika z niego również, że sformułowanie przez ustawodawcę przepisów o charakterze represyjnym musi w sposób zupełny odpowiadać zasadzie określoności. Polega ona na tym, że znamiona czynów zagrożonych karą muszą zostać w sposób kompletny, precyzyjny i jednoznaczny definiowane tylko i wyłącznie na poziomie ustawy (zakaz dokonywania tego poprzez akty wykonawcze)³⁴.

W swoim orzecznictwie TK podkreśla, że art. 42 ust. 1 Konstytucji RP³⁵ wyraża szereg fundamentalnych zasad karania w prawie polskim. Wskazuje się, że czyn zabroniony, jak również rodzaj i wysokość kar oraz zasady ich wymierzania muszą zostać określone bezpośrednio w ustawie. Przepis ten jednak nie wyklucza doprecyzowania niektórych elementów przez akty podstawowe (rozporządzenia, akty prawa miejscowego), gdyż rola takich aktów polega w tym przypadku na dookreśleniu pewnych elementów wskazujących na okoliczności czynu, który został zabroniony przez prawodawcę w drodze

31 *Vid.* wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 kwietnia 1999 r., sygn. P 7/98, wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 stycznia 2002 r., sygn. akt K 19/01.

32 *Vid.* wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 stycznia 1999 r., sygn. akt P 2/98, jak również: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 kwietnia 1999 r., sygn. akt P 7/98 oraz wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 czerwca 2004 r., sygn. akt SK 21/03.

33 *Vid.* wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 stycznia 2006 r., sygn. akt SK 52/04.

34 *Vid.* m.in.: orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 kwietnia 1995 r., sygn. K 11/94 oraz wcześniejsze: postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 września 1991 r., sygn. S 6/91, orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 1 marca 1994 r., sygn. U 7/93, jak również postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 czerwca 1994 r., sygn. S 1/94.

35 Art. 42 ust. 1 Konstytucji RP: „Odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Zasada ta nie stoi na przeszkodzie ukaraniu za czyn, który w czasie jego popełnienia stanowił przestępstwo w myśl prawa międzynarodowego.”

ustawy. Ponadto TK wskazuje, iż podstawowe znamiona czynu zabronionego muszą zostać określone w ustawie w sposób odpowiadający pewnym minimalnym wymogom precyzji. Sam zakaz ustanowiony przez prawodawcę musi być wyraźnie wskazany dla adresata danej normy w samej ustawie (zasada określoności regulacji z zakresu prawa represyjnego). Równie istotny wydaje się fakt, Konstytucja RP ustanawia zakaz karania za czyn, który nie był zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w chwili jego popełnienia (zasada *lex poenalis retro non agit*)³⁶.

Co ciekawe, w jednym ze swoich orzeczeń, jeszcze sprzed wejścia w życie Konstytucji RP z 1997 r., TK stwierdził, że dla wymierzenia kary administracyjnej³⁷ musi wystąpić subiektywny element zawinienia. Podmiot, który popełnił delikt administracyjny (nie dopełnił pewnego obowiązku wynikającego z przepisów prawa administracyjnego) musi mieć możliwość obrony i wykazywania, że niedopełnienie obowiązku jest następstwem okoliczności, za jakie nie ponosi odpowiedzialności³⁸. Jednakże pogląd taki w orzecznictwie TK jest odosobniony.

Przeważający pogląd wskazuje, że odpowiedzialność administracyjna ma charakter obiektywny³⁹, oderwany od winy, przypominający anglosaską koncepcję *strict liability*⁴⁰. Jednakże w części orzecznictwa wskazuje się, że obiektywny charakter odpowiedzialności administracyjnej nie jest absolutny i doznaje różnych ograniczeń, gdyż osoba naruszająca dane przepisy może zwolnić się od odpowiedzialności, jeżeli wykaze, że uczyniła wszystko, czego można było od niej rozsądnie wymagać, aby do naruszenia przepisów nie dopuścić⁴¹.

Obiektywny charakter odpowiedzialności administracyjnej, zwalniający jednakże w niektórych przypadkach z odpowiedzialności za naruszone przepisy prawa, zauważony został w ostatnim czasie również przez sądownictwo administracyjne, zwłaszcza przez NSA. W orzecznictwie sądowoadministracyjnym wskazuje się, że w niektórych przypadkach nie należy ściśle patrzeć na przepisy prawa, które nakazują obiektywnie karać za pewne zachowania⁴², lecz badać również, czy podmiot dopuszczający się na-

36 *Vid.* wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 lipca 2003 r., sygn. akt P 10/02.

37 W orzecznictwie (nie tylko Trybunału), jak również w piśmiennictwie, bardzo często używane jest pojęcie „kary administracyjnej” w rozumieniu „sankcji administracyjnej”.

38 *Vid.* orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 1 marca 1994 r., sygn. akt U 7/93;

39 *Vid.* wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 stycznia 2007 r., sygn. akt P 19/06.

40 *Vid.* wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 lipca 2002 r., sygn. akt P 12/01.

41 *Vid.* wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 lipca 2002 r., sygn. akt P 12/01.

42 Np. niezawinione przez przedsiębiorcę nieposiadanie odpowiedniego pozwolenia zintegrowanego wymaganego przepisami ustawy – Prawo ochrony środowiska, czy też wskazane już wcześniej wycięcie drzewa bez odpowiedniego zezwolenia wydanego przez właściwy organ na podstawie przepisów ustawy o ochronie przyrody.

ruszenia tych przepisów ponosi za to winę oraz, czy zrobił wszystko, co można było od niego w sposób racjonalny wymagać, aby to tego naruszenia nie doszło⁴³.

Najwięcej problemów wynikających z kwalifikowania danej sankcji prawnej do reżimu odpowiedzialności administracyjnej lub karnej występuje w przypadku kar pieniężnych. W jednym ze swoich wyroków TK stwierdził, że nie można każdej kary pieniężnej utożsamiać z grzywną (a więc instytucją prawa karnego w ramach odpowiedzialności karnej), gdyż również prawo administracyjne przewiduje kary pieniężne niemające charakteru grzywny⁴⁴.

Analizując charakter kar pieniężnych, TK wskazuje, że instytucja tych kar powiązana z problematyką sankcji i przymusu administracyjnego stanowi zagadnienie interdyscyplinarne. Jednakże to podstawa prawna do nakładania kar pieniężnych określa ich charakter prawny. To do ustawodawcy należy w związku z tym ostatnie słowo w kwestii reżimu prawnego tych kar (administracyjnego lub karnego)⁴⁵.

Samo stosowanie przez ustawodawcę administracyjnych kar pieniężnych jest dopuszczalne i nie budzi wątpliwości w orzecznictwie TK⁴⁶, a ich główną funkcją jest działanie prewencyjne⁴⁷. Są także środkami mającymi na celu mobilizowanie podmiotów do terminowego i prawidłowego wykonywania obowiązków na rzecz Państwa⁴⁸.

Podsumowując orzecznictwo TK na temat odpowiedzialności prawnej (zwłaszcza odpowiedzialności administracyjnej), należy podkreślić – na co niejednokrotnie wskazywał TK⁴⁹ – iż stosowanie wobec tej samej osoby za ten sam czyn dwóch różnych sankcji – jednej, w ramach odpowiedzialności administracyjnej, i drugiej, w ramach odpowiedzialności karnej – narusza zasadę państwa prawnego wyrażoną w art. 2 Konstytucji RP.

Problematyka karania dwukrotnie za to samo naruszenie prawa została również poruszona w wielokrotnie powoływanej przez TK⁵⁰ Rekomendacji nr R (91) 1 Komitetu

43 *Vid.* wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12 grudnia 2013 r., sygn. akt II OSK 2428/12, jak również wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12 grudnia 2013 r., sygn. akt II OSK 2429/12, wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 grudnia 2013 r., sygn. akt II OSK 3052/12 oraz wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 5 czerwca 2013 r., sygn. akt IV SA/Po 261/13.

44 *Vid.* wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 kwietnia 1998 r., sygn. K 17/97, jak również: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 października 2013 r., sygn. P 26/11.

45 *Vid.* wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 stycznia 2007 r., sygn. P 19/06, jak również M. Szydło, *Charakter i struktura prawna administracyjnych kar pieniężnych*, [w:] „Studia Prawnicze”, z. 4/2003, s. 123.

46 *Vid.* wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 stycznia 2007 r., sygn. P 19/06, jak również: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 31 marca 2008 r., sygn. SK 75/06 (Dz. U. Nr 57, poz. 349).

47 *Vid.* wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 stycznia 2006 r., sygn. SK 52/04.

48 *Vid.* orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 1 marca 1994 r., sygn. U 7/93.

49 *Vid.* wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 kwietnia 1998 r., sygn. K 17/97, jak również: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 czerwca 2004 r., sygn. SK 21/03.

50 *Vid.* m.in.: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 października 2002 r., sygn. K 36/00, wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 czerwca 2004 r., sygn. SK 21/03, wyrok Trybunału

Ministrów dla Państw Członkowskich w sprawie sankcji administracyjnych przyjętej 13 lutego 1991 roku⁵¹, gdzie zawarto zasadę zakazu wielokrotnego karania za ten sam czyn zabroniony (*ne bis in idem*).

Podsumowanie

Współcześnie nie tylko w Polsce, ale także w pozostałych krajach europejskich, zwłaszcza w krajach członkowskich UE, występuje tendencja do zamiany reżimu odpowiedzialności karnej na odpowiedzialność administracyjną. Fakt ten został zauważony między innymi we wstępie do wspomnianej już wcześniej Rekomendacji nr R (91) 1 Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich w sprawie sankcji administracyjnych przyjętej 13 lutego 1991 roku. Zmiana reżimu uzasadniana jest głównie szybkością stosowania sankcji administracyjnych⁵², uproszczonym trybem ich nakładania, odciążeniem sędziów wpływającym na sprawniejsze i terminowe prowadzenie spraw o inne przestępstwa⁵³ oraz brakiem skuteczności procedur karnych w ściganiu niektórych rodzajów czynów zabronionych z uwagi na trudności w wykryciu sprawców tych czynów. Coraz częstsze stosowanie odpowiedzialności administracyjnej zamiast odpowiedzialności karnej argumentowane jest ponadto uwolnieniem się spod rygorów właściwych dla prawa karnego⁵⁴ czy też wpływem prawa wspólnotowego (unijnego), które w wielu przypadkach proponuje (a nawet niekiedy narzuca⁵⁵) stosowanie sankcji administracyjnych.

Ustawodawca, wybierając rodzaj reżimu stosowanej odpowiedzialności prawnej za popełnienie określonego deliktu, powinien uwzględniać funkcje realizowane za pomocą sankcji administracyjnych. Jest to głównie prewencja, dopiero w drugiej kolejności represja, która stanowi (a raczej powinna stanowić) domenę odpowiedzialności karnej, oraz stopień społecznej szkodliwości popełnianego przez sprawcę czynu.

Pomocne przy dokonywaniu wyboru reżimu odpowiedzialności za popełnienie konkretnego deliktu może być orzecznictwo nie tylko TK, ale również Europejskiego Try-

Konstytucyjnego z dnia 4 września 2007 r., sygn. P 43/06, wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 października 2009 r., sygn. Kp 4/09, wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 listopada 2010 r., sygn. P 29/09.

51 Oficjalna nazwa: *Recommendation No. R (91) 1 of The Committee of Ministers to Member States of Administrative Sanctions* – polskie tłumaczenie: T. Jasudowicz, *Administracja wobec praw człowieka*, Toruń 1996, s. 129–132.

52 Co, patrząc na rozbudowaną procedurę wymierzania sankcji administracyjnych i ewentualną kontrolę wymierzenia tych sankcji przez sądy administracyjne, wydaje się wątpliwe.

53 Odciążenie sędziów sądów powszechnych skutkuje narzuceniem ogromnej ilości nowych spraw sędziom sądów administracyjnych, więc również ten argument wydaje się chybiony.

54 Głównie brak konieczności udowodnienia sprawcy winy w popełnieniu zarzucanego mu czynu zabronionego pod groźbą kary.

55 M. in. w drodze dyrektyw bądź rozporządzeń.

bunału Praw Człowieka w Strasburgu, które, mimo że nie klasyfikuje poszczególnych form odpowiedzialności do określonych dziedzin prawa, dokonuje oceny, czy konkretna dolegliwość przewidziana w prawie krajowym jest w istocie sankcją karną.

Stosowanie przez ustawodawcę reżimu odpowiedzialności administracyjnej w miejsce odpowiedzialności karnej powinno być bardzo rozważne, zwłaszcza z uwagi na odmienne cele, jakie przyświecają obu rodzajom. Podnoszone argumenty świadczące o słuszności takich działań nie wydają się zbyt trafne w świetle przytoczonej w niniejszym opracowaniu argumentacji.

SUMMARY

The application by the legislator of the regime of administrative responsibility in light of the jurisdiction of the Constitutional Tribunal of the Republic of Poland

Recently, there has been a noticeable tendency to replace the regime of criminal responsibility with administrative responsibility. Administrative responsibility is objective in nature and has a repressive and ordinal character, detached from guilt. The Constitutional Tribunal, in its jurisdiction, states many times that the regime of liability applied by the legislator depends only on its choice. The Tribunal does not control the desirability or appropriateness of the adopted solutions. The task of the Constitutional Tribunal is only to provide an assessment, if the solutions adopted by the legislator do not violate constitutional norms and values, such as, among others, the principle of proportionality, or the *ne bis in idem* principle.

Keywords: Constitutional Tribunal of the Republic, administrative sanction, administrative responsibility, *ne bis in idem* principle

JAKUB TERLEGA

Gmina (Skarb Państwa) w kręgu podmiotów uprawnionych do zwrotu wywłaszczonej nieruchomości

Zagadnienia wstępne

Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 roku o gospodarce nieruchomościami¹ w treści art. 136–142 reguluje kwestie dotyczące zwrotu wywłaszczonych nieruchomości². Przepisy te stanowią szczególnego rodzaju rozwinięcie zasady wyrażonej w art. 21 ust. 2 Konstytucji RP, zgodnie z którą wywłaszczenie jest dopuszczalne jedynie na cele publiczne i za słusznym odszkodowaniem. Wskazane przesłanki, znajdując łączne zastosowanie, warunkują dopuszczalność wywłaszczenia w polskim prawie. Słuszny wydaje się pogląd, że wywłaszczanie nieruchomości może być postrzegane jedynie jako cel *ultima ratio*³. Oznacza to, że przymusowa ingerencja w prawo własności powinna stanowić rozwiązanie ostateczne, z którego właściwe ograny mogą korzystać wyłącznie wówczas, gdy określonego celu publicznego nie można osiągnąć w inny sposób, (a w szczególności przy wykorzystaniu bardziej łagodnych środków prawnych).

Niniejszy artykuł ma na celu opisanie jednego z problemów prawnych pojawiających się w związku ze stosowaniem przepisów dotyczących zwrotu wywłaszczonych nieruchomości – sytuację, kiedy jednym z podmiotów uprawnionych do zwrotu wywłaszczonej nieruchomości, na podstawie art. 935 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. k. c.⁴ staje się gmina lub Skarb Państwa jako spadkobierca ustawowy dotychczasowego właściciela. Powyższy przypadek do tej pory nie doczekał się kompleksowej analizy w doktrynie oraz orzecznictwie.

1 Dalej: u. g. n.

2 Dz.U z 2010 r., Nr 102, poz. 651 ze zm.

3 Cf. T. Woś, *Wywłaszczanie nieruchomości i ich zwrot w orzecznictwie sądów administracyjnych*, [w:] „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego”, nr 5–6, 2010, s. 454.

4 Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.

Na wstępie należy wyjaśnić, iż ilekroć wywłaszczenie nieruchomości następuje na rzecz gminy lub Skarbu Państwa, a podmioty te stają się w dalszej kolejności jednymi ze spadkobierców dotychczasowego właściciela nieruchomości, zarówno Skarb Państwa, jak i gmina nie będą zainteresowane wnioskowaniem o zwrot nieruchomości. W praktyce oznaczałoby to bowiem wyzbycie się praw do całości rzeczy w miejsce prawa do udziału we współwłasności (jeżeli wskazane podmioty są wyłącznie jednymi ze spadkobierców nieruchomości). Prowadzi to do sytuacji, w której Skarb Państwa (lub gmina) skutecznie blokują możliwość żądania zwrotu nieruchomości przez pozostałych współspadkobierców.

Do analizy niniejszego przypadku konieczne jest jednoczesne odwoływanie się do norm prawa cywilnego – w zakresie dziedziczenia i współwłasności – jak i prawa administracyjnego – w kwestii zwrotu wywłaszczonej nieruchomości, uregulowanej w ustawie o gospodarce nieruchomościami. Nie bez znaczenia pozostają też zasady konstytucyjne kształtujące podstawy ochrony prawa własności. W nadaniu takiego kształtu konstrukcji prawnej wywłaszczania nieruchomości i ich zwrotu judykatura SN, Naczelnego Sądu Administracyjnego oraz wojewódzkich sądów administracyjnych odegrała pierwszorzędną rolę⁵. Zwraca na to uwagę Tadeusz Woś, stwierdzając, iż w niestabilnym systemie regulacji oraz niekiedy przy jej niedostatkach, orzecznictwo sądowe pełniło szczególną funkcję w interpretacjach przepisów. Dla efektywnej analizy tematu niezbędne będzie zatem wielokrotne sięganie do orzecznictwa.

Podmioty uprawnione do żądania zwrotu wywłaszczonej nieruchomości

Należy zaznaczyć, iż na podstawie ustawy o gospodarce nieruchomościami poprzedni właściciel lub jego spadkobierca może domagać się zwrotu wywłaszczonej nieruchomości, która stała się zbędna, na cel określony w decyzji o wywłaszczeniu (art. 136 ust. 2 u. g. n.). Podstawowym warunkiem dopuszczalności wystąpienia z roszczeniem o zwrot wywłaszczonej nieruchomości jest posiadanie przymiotu strony w postępowaniu administracyjnym o jej zwrot. Poza warunkami określonymi w art. 28 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. k. p. a.⁶ podmiot uprawniony musi również spełniać przesłanki wynikające z art. 136 u. g. n. Przepis ten stanowi wyraźnie, że uprawnionym do wystąpienia z roszczeniem o zwrot wywłaszczonej nieruchomości jest jedynie były właściciel nieruchomości lub jego spadkobierca.

⁵ Cf. T. Woś, *op. cit.* s. 454.

⁶ Dz.U. 1960 Nr 30 poz. 168.

W literaturze tematu przyjmuje się, iż prawo do żądania zwrotu wywłaszczonej nieruchomości na mocy art. 922 k. c. wchodzi w skład spadku po zmarłym⁷.

Przyjmując, że spadkobiercy są podmiotami uprawnionymi do żądania zwrotu nieruchomości, ustawodawca nie wskazał jednoznacznie, iż chodzi wyłącznie o bezpośrednich następców prawnych dotychczasowego właściciela nieruchomości, zatem roszczenie o zwrot przechodzi również na „kolejne pokolenia” spadkobierców wywłaszczonego⁸.

Ustawa nie daje również podstaw do rozgraniczania kręgu spadkobierców, zatem należy przyjąć, iż roszczenie o zwrot nieruchomości przysługuje także spadkobiercom testamentowym⁹. Przysługuje więc tym osobom, którym w dniu wywłaszczenia przysługiwały prawa do nieruchomości.

Na gruncie obecnych przepisów ustawa nie dopuszcza innego niż spadkobranie przenoszenia własności nieruchomości w drodze sukcesji generalnej. Od czasu wejścia w życie nowelizacji ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz innych ustaw nie ma możliwości dochodzenia zwrotu wywłaszczonej nieruchomości przez następców prawnych wywłaszczonych osób prawnych¹⁰. Według wielu autorów takie rozwiązanie budzi wątpliwości co do zgodności z wymogami konstytucyjnej zasady równości¹¹.

Osoba prawna nabędzie roszczenie o zwrot wywłaszczonej nieruchomości jedynie, jeżeli istnieje w chwili otwarcia spadku i została powołana do dziedziczenia w drodze testamentu¹².

Ewa Bończak-Kucharczyk stoi na stanowisku, iż osoby mające prawo do zachowku nie są legitymowane do wystąpienia z roszczeniem o zwrot wywłaszczonej nieruchomości¹³. Biorąc pod uwagę literalną wykładnię art. 136 u. g. n. należy się z tym stanowiskiem zgodzić – uprawnieni do zachowku nie są bowiem spadkobiercami.

Roszczenie o zwrot przysługuje także nabywcy spadku, który zgodnie z art. 1053 k. c. wstępuje w prawa i obowiązki spadkobiercy¹⁴. Jednakże nie jest wykluczone ograniczenie praw związanych z umową o nabycie spadku. W takiej sytuacji uprawnienie to zostanie wyraźnie w umowie wyłączone. Nabywcę spadku należy więc w obrocie prawnym

7 Cf. E. Niezbecka, *Komentarz do art. 922 Kodeksu cywilnego*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. A. Kidyba, t. IV, *Spadki*, Warszawa 2012,.

8 Cf. E. Bończak-Kucharczyk, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 791.

9 Cf. *Ibidem*.

10 Dz. U. Nr 6, poz. 70.

11 Tak też: J. Parchomiuk, *Charakter prawny roszczenia o zwrot wywłaszczonej nieruchomości*, [w:] „Samorząd Terytorialny”, nr 1–2, 2008, s. 114; Ł. Strzępek, *op. cit.*, s. 101.

12 Cf. M. Bernaczyk *Roszczenie o zwrot wywłaszczonej nieruchomości*, [w:] „Acta Universitatis Wratislaviensis, Przegląd Prawa i Administracji”, nr LXVII, 2005, s. 48.

13 Cf. E. Bończak-Kucharczyk, *op. cit.* s. 793.

14 Cf. M. Wolanin prosić uzupełnić tytuł rozdziału, artykułu, [w:] *Ustawa o gospodarce nieruchomościami komentarz*. red. J. Jaworski, A. Prusaczyk, A. Tułodziecki, M. Wolanin, Warszawa 2013, s. 1105.

traktować jak spadkobiercę, a więc mającego legitymację do złożenia wniosku o zwrot nieruchomości.

Współwłasność w postępowaniu o zwrot wywłaszczonej nieruchomości

Żaden z przepisów u. g. n. nie stanowi, iż z wnioskiem o zwrot wywłaszczonej nieruchomości winni wystąpić wszyscy właściciele lub ich spadkobiercy. W szczególności nie wynika to z literalnej treści art. 136 oraz 137 u. g. n. W literaturze dominuje pogląd, iż w przypadku, gdy przedmiotem wywłaszczenia było prawo współwłasności, wniosek o zwrot musi pochodzić od wszystkich osób uprawnionych (wszystkich współwłaścicieli)¹⁵.

Z powyższym stanowiskiem korespondują poglądy wyrażane w orzecznictwie sądów administracyjnych, z których wynika, iż, aby skutecznie dochodzić swoich praw, wniosek o zwrot wywłaszczonych nieruchomości muszą złożyć wszyscy spadkobiercy i współwłaściciele¹⁶.

Przykładowo w orzeczeniu NSA w Warszawie z dnia 5 stycznia 2001 roku¹⁷ czytamy:

jeżeli nieruchomość wywłaszczana należała poprzednio do kilku współwłaścicieli względnie gdy po poprzednim właścicielu pozostało kilku spadkobierców to zgodnie z art. 136 ust. 3 ustawy z 1997 r. o gospodarce nieruchomościami wniosek o zwrot wywłaszczonej nieruchomości musi pochodzić od nich wszystkich. Ponadto w wyroku WSA w Krakowie z dnia 27 lutego 2008 r.¹⁸ skład orzekający stwierdził, iż: z wnioskiem o zwrot nieruchomości muszą wystąpić wszyscy współwłaściciele lub ich spadkobiercy. Brak wniosku pochodzącego od wszystkich współwłaścicieli wyłącza możliwość wydania pozytywnej decyzji o zwrocie wywłaszczonej nieruchomości. Jest to jednak brak usuwalny i organ administracji jest zobligowany wezwać składającego wniosek o jego uzupełnienie. Uzupełnienie wniosku może polegać na podpisaniu wniosku przez wszystkich byłych współwłaścicieli lub spadkobierców albo też upoważnieniu jednego z nich do występowania w imieniu pozostałych. Dopiero nieuzupełnienie tego braku upoważnienia do wydania decyzji odmownej.

15 M. Wolanin *op. cit.*, s. 1105.

16 Cf. wyroki: NSA z dnia 5 stycznia 2001 r., sygn. akt: IV SA 2217/98; wyrok WSA w Warszawie z dnia 28 września 2005 r., sygn. akt: I SA/Wa 1371/04; wyrok NSA z dnia 5 stycznia 2001 r., sygn. akt: IV SA 2217/98; wyrok WSA w Krakowie z dnia 29 lutego 2008 r., sygn. akt: II SA/Kr 1232/07; z dnia 27 lutego 2008 r., sygn. akt: II SA/Kr 1227/07.

17 Wyrok NSA w Warszawie z dnia 5 stycznia 2001, sygn. akt: IV SA 2217/98.

18 Wyrok SA w Krakowie 27 lutego 2008 r., sygn. akt: II SA/Kr 1227/07.

Stanowisko sądów jest więc jednoznaczne i pozwala postawić tezę, że dochodzenie przez byłych współwłaścicieli zwrotu wywłaszczonych nieruchomości nie może odbyć się bez zgody wszystkich z nich. Jak zauważył Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie Orzeczenie zwrotu nieruchomości (art. 69 ust. 1 ustawy z 29.04.1985 r.) na rzecz tylko jednego współwłaściciela bez udziału w postępowaniu i zgody na to pozostałych współwłaścicieli, powoduje, że decyzja taka narusza rażąco prawo (art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a.)¹⁹.

Należy w tym miejscu zaznaczyć, iż żaden z analizowanych przez sądy stanów faktycznych nie dotyczył przypadku, w którym jednym ze współwłaścicieli stała się gmina (lub Skarb Państwa) jako spadkobierca ustawowy wywłaszczonego właściciela (użytkownika wieczystego). Wymaga więc wykazania, czy opisana sytuacja nie powoduje konieczności odmiennej wykładni analizowanych przepisów u. g. n.

Roszczenie z art. 199 k.c. w zw. z art. 209 k. c.

W orzecznictwie sądowym został wyrażony pogląd, z którego wynika, iż współwłaściciele mogą ubiegać się o zwrot wywłaszczonej nieruchomości pomimo braku zgody jednego z nich²⁰. Aby powyższe było możliwe, konieczne jest przedłożenie orzeczenia sądu wydanego na podstawie art. 199 k. c.

W tym miejscu należy wyjaśnić, iż zgłoszenie roszczenia o zwrot wywłaszczonej nieruchomości jest czynnością, która przekracza zakres zwykłego zarządu²¹. Co wynika z powyższego do zakończenia postępowania w sprawie zwrotu konieczna jest zgoda wszystkich współwłaścicieli. W razie braku takiej zgody na podstawie art. 199 k. c. współwłaściciele, których udziały wynoszą co najmniej połowę, mogą żądać rozstrzygnięcia przez sąd. Orzeka on, mając na względzie cel zamierzonej czynności oraz interesy wszystkich współwłaścicieli. Przepis art. 199 k. c. stanowi zatem gwarancję, iż w sytuacji konfliktu między współwłaścicielami rozstrzygnięcie nastąpi z uwzględnieniem interesów wszystkich współwłaścicieli²².

Sytuacja, w której zaniechanie jednego ze współwłaścicieli niweczyłoby roszczenie przysługujące wszystkim współwłaścicielom niepodzielnie, podważyłoby fundamentalną zasadę współwłasności, jaką jest prawo każdego z współuprawnionych do współ-

19 Wyrok WSA w Krakowie z 7 października 2010 r., sygn. akt: II SA/Kr 906/10.

20 Cf.: wyrok NSA z 5 marca 1998 r., sygn. akt: IV SA 1106/96.

21 Wyrok NSA z 6 stycznia 2001 r., sygn. akt: IV SA 2217/99.

22 A. Mincewicz, *Współwłasność w postępowaniu o zwrot wywłaszczonej nieruchomości*, [w:] „Casus” nr 1, 2009, s. 45.

uczestniczenia w decydowaniu o rzeczy wspólnej²³. Agnieszka Mincewicz zauważa, iż dochodziłoby wtedy do ukształtowania się prawa sprzeciwu każdego ze współwłaścicieli, reprezentującego nawet najmniejszy udział.

Należy w tym miejscu przypomnieć, iż w doktrynie poruszana jest tylko sytuacja współwłaścicieli, która różni się znacznie od przypadku spadkobierców. W razie, gdyby gmina (Skarb Państwa) – jako spadkobierca ustawowy – stała się podmiotem uprawnionym do żądania zwrotu wywłaszczonej nieruchomości, zastosowanie miałoby właśnie prawo *veta*, o którym wspomina w swojej publikacji Agnieszka Mincewicz²⁴.

W wyroku z 5 marca 1998 roku²⁵ NSA wskazał, iż: „w razie gdyby wywłaszczono nieruchomość od wszystkich współwłaścicieli nieruchomości, brak wniosku jednego z nich może zastąpić tylko orzeczenie sądu powszechnego wydane na podstawie art. 199 k.c.”

Brakująca zgoda współwłaścicieli, którzy nie chcą przyłączyć się do wniosku, może zostać zastąpiona orzeczeniem sądu zezwalającym na dokonanie zamierzonej czynności. W sytuacji konfliktu między współwłaścicielami organ administracji obowiązany jest zapewnić współwłaścicielom, których udziały wynoszą co najmniej połowę, możliwość realizacji uprawnienia z art. 199 k. c. Tylko w przypadku, kiedy współwłaściciele, których udziały wynoszą połowę, przedłożą orzeczenie sądu zastępujące zgodę tych pasywnych, przesłanki merytorycznego zakończenia postępowania w sprawie będą spełnione²⁶. Co wynika z powyższego, w analizowanym przypadku, kiedy Skarb Państwa – reprezentowany przez odpowiedni organ – nie przyłącza się do wniosku o zwrot wywłaszczonej nieruchomości, pojawia się konflikt pomiędzy władzą publiczną i interesem publicznym z jednej strony, a interesem prywatnym i prawem do zwrotu własności nieruchomości niesłusznie wywłaszczonej z drugiej. W interesie osób prywatnych leży zwrot rzeczy. W interesie Skarbu Państwa (jako współspadkobiercy) leży pozostawienie nieruchomości we władaniu aktualnego właściciela, gdyż wywłaszczenie nastąpiło na rzecz Skarbu Państwa.

Konfuzja

Nie pozostawia wątpliwości, iż roszczenie o zwrot wywłaszczonej nieruchomości ma postać roszczenia windykacyjnego w rozumieniu przepisów prawa cywilnego, które może być realizowane jedynie w postępowaniu przed właściwym organem administracji²⁷.

²³ Cf. *Ibidem*.

²⁴ Cf. *Ibidem*.

²⁵ Wyrok NSA z 5 marca 1998 r., sygn. akt. IV SA 1106/96.

²⁶ Cf. A. Mincewicz, *op. cit.*, s. 45.

²⁷ Wyrok SN z 24 maja 2001 r., sygn. akt: IV CZ 141/00.

Przedmiotem roszczenia jest przywrócenie prawa własności dotychczasowemu właścicielowi lub jego spadkobiercom.

Należy ponownie podkreślić, iż spadkobiercy nabywają roszczenie o zwrot wywłaszczonej nieruchomości z chwilą śmierci byłego właściciela (jeżeli spadku nie odrzuca), a roszczenie wchodzi do spadku. Innymi słowy, na mocy art. 922 k. c., w skład spadku wchodzi prawo do żądania zwrotu wywłaszczonej nieruchomości²⁸.

W piśmiennictwie zwraca się jedynie uwagę na sytuację, w której roszczenie o zwrot wywłaszczonej nieruchomości nabywa gmina lub Skarb Państwa jako jedyny spadkobierca nieruchomości²⁹. Ma to miejsce, gdy dochodzi do dziedziczenia na mocy art. 935 k. c. Jak słusznie stwierdza Bernaczyk, w powyższym przypadku uprawnienie do żądania zwrotu nieruchomości wygasa, gdyż ten sam podmiot staje się uprawnionym (do żądania zwrotu) i zobowiązanym (do zwrotu)³⁰ – *confusio*.

Przed rozważaniami na temat konfuzji należy zauważyć, że literatura dotycząca tej instytucji w prawie polskim jest dość uboga³¹. Brakuje całościowej monografii na ten temat, a podręczniki akademickie wspominają o tej instytucji głównie przy okazji omawiania problematyki wygaśnięcia ograniczonych praw rzeczowych.

Więź zobowiązaniowa wymaga istnienia dwóch przeciwstawnych stron. Jeżeli w wyniku zaistnienia określonych zdarzeń prawnych dochodzi do „złania się” w jednym podmiocie prawa i sprzężonego z nim obowiązku, dane prawo podmiotowe wygasa. Najogólniej rzecz ujmując, z konfuzją mamy do czynienia, kiedy dochodzi do połączenia długu i wierzytelności w rękach jednej osoby, powodując wygaśnięcie zobowiązania bez zaspokojenia wierzyciela³².

Podobnie w przypadku „złania się” w jednym podmiocie uprawnienia do zwrotu wywłaszczonej nieruchomości z prawem własności tej nieruchomości wydaje się, iż owe uprawnienie do zwrotu przestaje mieć sens, skoro Skarb Państwa (gmina) stał się już wcześniej właścicielem w drodze wywłaszczenia.

Zasadnym jest określenie, czy Skarbowi Państwa, jako uprawnionemu i zobowiązanemu, przysługuje prawo żądania zwrotu wywłaszczonej nieruchomości oraz skuteczny sprzeciw poprzez brak przyłączenia do wniosku. W przepisach brakuje jednak normy prawnej, która wyraźnie regulowałaby sposób powstania oraz skutki konfuzji w tym przypadku. Ustawodawca nie przewidział sytuacji, gdy Skarb Państwa staje się jednym ze spadkobierców, przez co skupia w swoim ręku dług oraz wierzytelność. Powoduje

28 Cf. *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. IV, *Spadki*, red. A. Kidyba, Warszawa 2012, Komentarz do art. 922 Kodeksu cywilnego.

29 Cf. M. Bednarczyk, *Roszczenie o zwrot wywłaszczonej nieruchomości*, [w:] „Acta Universitatis Wroclaviensis, Przegląd Prawa i Administracji”, nr 2787, 2005, s. 40.

30 Tak też: M. Bednarczyk, *op. cit.*, s. 40.

31 Cf. T. Henclewski, *Instytucja konfuzji w polskim prawie cywilnym*, [w:] „Przegląd Prawa Handlowego” nr 4, 2011, s. 53.

32 Cf. *Ibidem*.

to dalsze skutki w postaci skutecznego blokowania dochodzenia zwrotu mienia przez uprawnione do tego strony.

Doktryna jednomyślnie wyraża pogląd, iż w klasycznym przypadku skupienia długu i wierzytelności w rękach jednego podmiotu dane zobowiązanie wygasa. Należałoby zatem stwierdzić, iż na gruncie prawa cywilnego norma regulująca tę sytuację nie jest konieczna, gdyż z samego charakteru i natury zobowiązania wynika, iż konieczne jest istnienie dwóch stron stosunku zobowiązaniowego, a w przypadku połączenia w rękę jednej osoby długu i wierzytelności uprawnienie to wygasa (dochodzi do konfuzji)³³. Analogicznie wygasa także uprawnienie Skarbu Państwa do żądania zwrotu wywłaszczonej nieruchomości (w analizowanej sytuacji uprawnienie do przyłączenia się do wniosku o zwrot wywłaszczonej nieruchomości). Wydaje się, że przyłączenie się do wniosku reszty współwłaścicieli przez Skarb Państwa (gminę) nie może mieć miejsca z uwagi na wygaśnięcie uprawnienia przysługującego Skarbowi Państwa (gminie).

Problematyka zwrotu udziału we współwłasności

Pojęcie części nieruchomości, którym posługuje się przepis art. 136 ust. 3 u. g. n., oznacza fizycznie wydzieloną część, a nie część ułamkową³⁴. Zgodnie ze stanowiskiem judykatury niemożliwe jest zwrócenie jedynie ułamkowego udziału w nieruchomości, co wystąpiłoby w przypadku wydania rozstrzygnięcia w stosunku do niektórych uprawnionych³⁵.

Ustawa nie przesądza również o kwestii żądania zwrotu udziału we współwłasności. Obecnie judykatura przyjmuje, iż z roszczeniem takim mogą wystąpić tylko wszyscy współwłaściciele lub ich spadkobiercy³⁶. Tym samym nie dopuszcza się zwrotu ułamkowych części nieruchomości. Jak stwierdził WSA w Białymstoku w wyroku z 22 stycznia 2009 roku

powyższe stanowisko nie wynika co prawda *expressis verbis* z przepisu art. 136 ust. 3 u.g.n., a zostało wyinterpretowane w drodze wykładni, to jednak z uwagi na cel i skutki decyzji o zwrocie (przywrócenie poprzednich stosunków prawnorzeczowych) jest zgodnie akceptowane zarówno przez doktrynę, jak i orzecznictwo.³⁷

Tym samym nie można wydać obecnie rozstrzygnięcia o zwrocie nieruchomości na przykład w stosunku do jednego albo kilku współwłaścicieli lub ich spadkobierców.

³³ *Cf. Ibidem.*

³⁴ *Cf.* wyrok NSA z 23 marca 2004 r., sygn. akt: OSK 31/04.

³⁵ *Cf.* wyrok WSA w Białymstoku z 22 stycznia 2009 r., sygn. akt: I SA/Bk 736/08.

³⁶ *Cf.* wyrok WSA w Krakowie z 11 marca 2008 r., sygn. akt: II SA/Kr 1267/0.

³⁷ Wyrok WSA w Białymstoku z 22 stycznia 2009 r., sygn. akt: II SA/Bk 736/08.

Należy mieć jednak na uwadze, że nie zawsze judykatura była w tym poglądzie jednomyślna. W orzecznictwie SA pod rządami ustawy z 29 kwietnia 1985 roku o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości³⁸ można odnotować orzeczenia dopuszczające zwrot udziału we współwłasności. Tytułem przykładu należy przywołać chociażby Wyrok NSA w Lublinie z 25 stycznia 1995 roku, w którym Sąd stwierdził, iż:

były współwłaściciel wywłaszczonej nieruchomości /lub jego następca prawny/ może domagać się w trybie art. 69 ust. 1 ustawy z dnia 29 kwietnia 1985 r. o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości zwrotu przypadającego mu udziału we współwłasności tej nieruchomości niezależnie od tego, czy z wnioskiem takim występują również pozostali byli współwłaściciele.³⁹

Na etapie postępowania administracyjnego zwrot udziału we współwłasności, to jest z pominięciem części przypadającej Skarbowi Państwa, z uwagi na szczególny charakter sprawy związany z posiadaniem przymiotu strony w postępowaniu przez Skarb Państwa, powinien być brany pod uwagę. Okoliczność, iż Skarb Państwa, będąc jednym ze współspadkobierców jest jednocześnie podmiotem, na którego rzecz nastąpiło wywłaszczenie (nabycie nieruchomości), jest tego rodzaju wyjątkową okolicznością, że zasadnym wydaje się przełamanie literalnej wykładni na rzecz celu ustawy mającego na względzie ochronę własności prywatnej i praw słusznie nabytych.

Prokonstytucyjna wykładnia art. 136 u. g. n.

Art. 21 § 1 oraz art. 64 Konstytucji RP

Konstytucja RP jest aktem normatywnym o najwyższej mocy, regulującym najbardziej podstawowe zagadnienia ustroju politycznego, społecznego i gospodarczego państwa. Wiąże ona wszystkie organy władzy publicznej i obywateli. Zasady prawa sformułowane w konstytucji dają wskazówki dla ustawodawcy w procesie tworzenia prawa, a także wyznaczają ogólne ramy interpretowania i stosowania przepisów w przypadku konfliktu między normą konstytucyjną a ustawową⁴⁰. Innymi słowy, sąd lub organ administracji musi dokonać takiej interpretacji przepisu ustawy, by była ona zgodna z ustawą zasadniczą.

Przedmiot regulacji zawartych w art. 21 oraz 64 Konstytucji RP dotyczą kluczowej w sferze ustroju gospodarczego kwestii, jaką jest ochrona prawa własności. Artykuł 21 dotyczy prawnej ochrony własności oraz uznania prawa jej dziedziczenia. Własność

38 Dz. U. z 1985 r., Nr 22, poz. 99.

39 Wyrok NSA w Lublinie z 25 stycznia 1995, sygn. akt: SA/Lu 738/94.

40 Cf. S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys Teorii prawa*, Poznań 2001, s. 188.

w tym artykule została potraktowana bardzo szeroko, a więc bez rozróżniania, kto jest jej podmiotem. Wszelka zatem własność podlega ochronie państwa. Przede wszystkim ta, która ma zaspokajać osobiste potrzeby właściciela i jego rodziny. Przepisy art. 21 określają kierunki rozwoju prawa cywilnego. Jak już wcześniej wykazano, roszczenie o zwrot wywłaszczonej nieruchomości ma charakter cywilnoprawny.

Zagwarantowanie prawa własności nie oznacza, że jest ona nienaruszalna. Może zaistnieć sytuacja, w której niezbędna jest zmiana właściciela. Konstytucja przewiduje wypadki tego rodzaju i dlatego nie wyklucza wywłaszczenia mienia⁴¹.

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego „zagwarantowanie ochrony własności jest konstytucyjną powinnością państwa i stanowi wartość wyznaczającą kierunek interpretacji zarówno art. 64 Konstytucji, jak i unormowań zawartych w ustawodawstwie zwykłym”⁴². Należy zaznaczyć, iż podmiot zagrożony w realizacji swoich uprawnień może żądać od państwa nie tylko nieingerowania w sferę jego uprawnień, lecz także zachowań służących ich ochronie. Zachowania takie, zabezpieczając interesy podmiotowe, realizują interes publiczny, jakim jest przestrzeganie prawa. Prawa podmiotowe – w tym prawo własności – mają bowiem wymiar obiektywny zasad leżących u podstaw całego systemu prawa.

Należy podkreślić, że zasada zwrotu wywłaszczonej nieruchomości podnoszona jest przez TK do zasady rangi konstytucyjnej, która znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 21 ust. 2 Konstytucji RP⁴³. Wyłączenie lub istotne ograniczenie roszczenia o zwrot prowadziłoby do obejścia prawa, a w szczególności sytuacji, gdy instytucja wywłaszczenia mogłaby zmierzać do przymusowego odebrania praw majątkowych do nieruchomości, które w dalszej kolejności w ogóle nie byłyby wykorzystywane na cele publiczne. Przepisy o zwrocie wywłaszczonych nieruchomości stanowią szczególnego rodzaju zabezpieczenie interesów osób pozbawianych praw majątkowych, to jest przewidują gwarancję odzyskania uprawnień do nieruchomości w przypadku, gdy realizacja celu publicznego okazałaby się nieskuteczna⁴⁴. Wykładnia przepisów dotyczących zwrotu nieruchomości powinna być dokonywana w taki sposób, aby w jak najszerszym zakresie chronić prawo do zwrotu.

Poprzez błędną interpretację przepisów o zwrocie wywłaszczonych nieruchomości podmiot znajdujący się w opisywanej sytuacji może zostać pozbawiony możliwości ochrony swoich praw. Wobec nieużycia nieruchomości do celu wywłaszczenia zgodnie z przepisami ustawy o gospodarce nieruchomościami, nabywa bowiem uprawnienie do wystąpienia o zwrot wywłaszczonej nieruchomości. Jednak poprzez brak złożenia odpowiedniego wniosku przez Skarb Państwa, w świetle literalnej wykładni przepisów o zwrocie wywłaszczonych nieruchomości, organ może pozostawić wniosek bez rozpo-

41 Art. 21 ust. 2 Konstytucji RP.

42 Wyrok TK z dnia 7 lutego 2001 r., sygn. akt: K. 27/00.

43 Wyrok TK z 24 października 2001 r., sygn. akt: SK 22/01, OTK ZU nr 7/2001.

44 Cf. L. Strzępek, *op. cit.* s. 93.

znania. Powoduje to daleko idące konsekwencje w postaci skutecznego uniemożliwienia dochodzenia prawa własności, które gwarantuje przedmiotowa ustawa.

Wobec powyższego, współwłaścicielom ubiegającym się o zwrot wywłaszczonej nieruchomości w przypadku, gdy Skarb Państwa (gmina) – jako spadkobierca – sprzeciwia się dochodzeniu swojego uprawnienia, nie zapewniania się dostatecznej ochrony prawa własności. TK w orzeczeniu z 2 czerwca 1999 roku stwierdził, iż:

Na ustawodawcy zwykłym spoczywa tym samym nie tylko obowiązek pozytywny ustanowienia przepisów i procedur udzielających ochrony prawnej prawom majątkowym, ale także obowiązek negatywny powstrzymania się od przyjmowania regulacji, które owe prawa mogłyby pozbawić ochrony prawnej lub też ochronę tę ograniczyć.⁴⁵

Ustawodawca nie przewidział przypadku, kiedy ochrona prawna osób fizycznych może zostać ograniczana poprzez udział w charakterze strony podmiotu prawa publicznego. Prokonstytucyjna wykładnia powyższych przepisów powinna prowadzić do konkluzji, że obowiązek złożenia wniosku o zwrot nieruchomości przez wszystkich współspadkobierców nie zachodzi, jeżeli jednym ze spadkobierców jest podmiot, na rzecz którego nastąpiło wywłaszczenie.

Art. 2 Konstytucji RP

W treści art. 2 Konstytucji została uregulowana zasada demokratycznego państwa prawnego. Stanowi ona – według TK – zbiorcze wyrażenie całego szeregu reguł i zasad, które nie zostały wprowadzić *expressis verbis* nazwane przez Konstytucję, ale które wynikają z samej istoty państwa prawnego, czyli państwa, które działa na podstawie i w granicach prawa⁴⁶.

Według koncepcji Jerzego Wróblewskiego zasada prawa to wiążąca prawnie norma należąca do danego systemu prawnego, posiadająca walor zasadniczości, która spełnia określone kryteria między innymi kryterium hierarchicznej nadrzędności, szczególnej roli spełnianej przez daną normę w ramach konstrukcji pewnej instytucji prawnej, a także kryterium doniosłości społecznej danej normy⁴⁷. Nie ulega wątpliwości, że zasada demokratycznego państwa prawnego jest zasadą prawa. Szczególna rola zasad prawa w systemie prawnym polega między innymi na tym, że ukierunkowują one proces inter-

45 Wyrok TK z 2 czerwca 1999 r., sygn. akt: K 34/98.

46 Cf. L. Garlicki, *Polskie Prawo Konstytucyjne. Zarys Wykładu*, Warszawa 2011, s. 59.

47 Cf. S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974, s. 54.

pretacji przepisów prawnych, a także wskazują kierunki stosowania prawa, w szczególności sposoby czynienia użytku z tak zwanych luzów decyzyjnych⁴⁸.

W toku wykładni prowadzonej przez TK z klauzuli państwa prawa została wyprowadzona zasada ochrony praw nabytych⁴⁹. Zasada ta stanowi podstawę bezpieczeństwa prawnego obywateli, będąc oparciem dla wiarygodności prawa w stosunkach między jednostką a organami władzy publicznej. Zakazuje ona odbierania obywatelom bez stosownego odszkodowania praw słusznie przez nich nabytych. Dotyczy też tak zwanych ekspektatyw nabycia praw, gdy spełnione są wszystkie przesłanki ustawowe nabycia praw pod rządami danej ustawy. Ponadto, TK w swoim orzeczeniu z 4 października 1989 roku stwierdził, iż: „odbieranie obywatelom przyznanych uprawnień jest także wysoce niekorzystne dla stanu świadomości prawnej obywateli. Tracą oni w takich wypadkach szacunek dla samej idei prawa skoro w ustawach nie znajdują niezawodnego źródła swoich praw”⁵⁰.

Błędna wykładnia przepisu prowadzi w tej sytuacji do naruszenia jednej z podstawowych zasad polskiego systemu prawnego. Jak wskazano powyżej zasada prawa ukierunkowuje interpretacje oraz wskazuje kierunki stosowania prawa. Jeżeli ustawa nie rozstrzyga pewnych kwestii, pozostawiając tak zwany luz decyzyjny, organ powinien dokonać wykładni oraz wydać decyzję, mając na uwadze przywołaną zasadę prawa. Przepisy związane ze zwrotem niesłusznie utraconego prawa własności powinny być zatem interpretowane na korzyść osoby dotkniętej ingerencją lub jej następców prawnych.

Należy stwierdzić zatem, iż w niniejszym przypadku błędna wykładnia prowadzi do sytuacji, w której ekspektatywa nabycia prawa własności będzie chroniona w stopniu niewystarczającym, prowadzącym do odebrania praw słusznie nabytych. Wykładnia art. 136 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami w zgodzie z art. 2 Konstytucji RP powinna prowadzić do konkluzji, iż obowiązek złożenia wniosku o zwrot nieruchomości przez wszystkich współspadkobierców nie zachodzi, jeżeli jednym ze spadkobierców jest podmiot, na rzecz którego nastąpiło wywłaszczenie. Powyższa wykładnia nie jest sprzeczna z literalnym brzmieniem art. 136 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami, gdyż nie wskazuje on, że wniosek o zwrot mają złożyć wszyscy spadkobiercy. Ponadto interpretacja ta nie jest sprzeczna z wykładnią celowościową art. 136 ust. 1.

Należy bowiem odróżnić klasyczną sytuację, w której jeden ze współspadkobierców nie wyraża zgody na zwrot nieruchomości, ponieważ nie chce dokonywać zwrotu odszkodowania oraz ponosić kosztów utrzymania nieruchomości, od sytuacji, w której zgody na zwrot nie wyraża Skarb Państwa (organ jednostki samorządu terytorialnego).

48 Cf. *idem*, *Zarys Teorii prawa*, Poznań 2001, s. 188.

49 Cf. L. Garlicki, *op. cit.*, s. 59.

50 Wyrok TK z 4 października 1989 r., sygn. akt: K. 3/88.

Dotychczasowe rozstrzygnięcia organów w podobnych stanach faktycznych

Jak już wspomniano wcześniej, dotychczasowe orzecznictwo nie jest bogate w przypadki, w których jednym z współwłaścicieli uprawnionych do zwrotu wywłaszczonej nieruchomości stała się gmina (Skarb Państwa) jako spadkobierca ustawowy wywłaszczonego właściciela (użytkownika wieczystego). Popularne bazy orzeczeń sądowych jak dotąd nie odnotowały takiego stanu faktycznego⁵¹.

W znalezionym i analizowanym przeze mnie przypadku, którym zajmowały się organy administracji (między innymi Wojewoda Wielkopolski), podkreślano w pierwszej kolejności przesłanki dopuszczalności zwrotu wywłaszczonej nieruchomości. Według organów są nimi: zbędność nieruchomości na cel, na który została wywłaszczona, brak przesłanek negatywnych z art. 229 u. g. n. oraz złożenie wniosku przez wszystkie osoby, które przed wywłaszczeniem były właścicielami nieruchomości (współwłaścicielami) lub przez wszystkich ich spadkobierców. Stanowisko to jest zaczerpnięte z orzecznictwa sądowno-administracyjnego⁵².

Według organów, ustalenie, czy wniosek został złożony przez wszystkie legitymowane osoby, ma fundamentalne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy zwrotu nieruchomości i musi być wyjaśnione, zanim dojdzie do badania dalszych przesłanek zwrotu. Dopiero kompletny wniosek uprawnia organ do zbadania przesłanek zwrotu nieruchomości i orzeczenie o ewentualnym zwrocie na rzecz wszystkich legitymowanych podmiotów łącznie.

Organy stwierdzają zatem, że jeżeli decyzja zostanie wydana z naruszeniem tego obowiązku, narusza w ten sposób prawo⁵³. Przy takim uwikłaniu sprawy – według stanowiska administracji – organy nie mogą przejść do badania dalszych przesłanek zwrotu, gdyż nie doszło do złożenia wniosku przez wszystkie uprawnione do tego podmioty.

W analizowanym przypadku z uzasadnienia decyzji organu wynikało, iż jedynym słusznym rozstrzygnięciem jest merytoryczne orzeczenie o odmowie zwrotu nieruchomości bez konieczności badania dalszych przesłanek, w szczególności weryfikacji, czy nieruchomość stała się zbędna na cel wywłaszczenia.

Organy wskazują, że jakkolwiek przepisy ustawy o gospodarce nieruchomościami nie wskazują *expressis verbis*, że wniosek o zwrot musi zostać złożony przez wszystkich współwłaścicieli, to tak należy właśnie interpretować przepis art. 136 ust. 3 u. g. n. Pomimo, że przepis art. 136 ust. 3 u. g. n. posługuje się liczbą pojedynczą, to w sytuacji, kiedy wywłaszczona nieruchomość stanowiła przedmiot współwłasności, z wnioskiem

51 Baza orzeczeń programu LEX oraz LEGALIS, stan na 18 kwietnia 2014 r.

52 Cf. np. Wyrok WSA w Poznaniu z 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt: IV SA/Po 1056/12.

53 Decyzja Wojewody Wielkopolskiego z 23 września 2013 roku, znak SN-III.7515.1.79.2013.7.

o zwrot powinni wystąpić wszyscy byli współwłaściciele, a jeżeli takowi nie żyją – ich spadkobiercy.

Na taką wykładnię w dużej mierze ma wpływ orzecznictwo sądowo-administracyjne. Powyższe implikuje przyjmowanie jej bez koniecznej analizy stanowiska sądów administracyjnych w odmiennych stanach faktycznych (w których nie występuje Skarb Państwa albo gmina jako spadkobierca ustawy).

W ocenie organów nieprzyłączenie się do wniosku brakującej strony (nawet jeżeli jest to Skarb Państwa) to jedyne prawidłowe rozstrzygnięcie. Bez znaczenia pozostaje, jakiemu podmiotowi w konkretnej sytuacji przysługuje legitymacja czynna do przyłączenia się do wniosku⁵⁴. W konsekwencji okoliczność, iż jest to aktualnie podmiot publiczny, nie zmienia merytorycznego, negatywnego rozstrzygnięcia.

Stanowisko organów wydaje się zbyt formalistyczne i pozbawione argumentów natury konstytucyjnej. Być może w przyszłości sądy administracyjne, analizując podobny stan faktyczny, rozstrzygną wątpliwości, których dostarcza opisany przypadek. Konieczne będzie dokonanie wyboru pomiędzy ochroną interesu publicznego (art. 1 Konstytucji RP) a interesem prywatnym i prawem własności (art. 21 oraz 64 Konstytucji RP).

Konkluzje

Obowiązek wyrażenia zgody na zwrot nieruchomości przez wszystkich współwłaścicieli nie jest jednoznaczny z obowiązkiem wyrażenia tego typu zgody przez wszystkich współspadkobierców nieruchomości w sytuacji, gdy jednym ze spadkobierców jest Skarb Państwa (lub gmina). Przyjęcie za słuszną odmiennej wykładni powyższego przepisu oznaczałoby, że pozostali współspadkobiercy zostają pozbawieni wystarczającej ochrony prawnej, wynikającej z art. 136 ust. 1 u. g. n. Ponadto, co równie istotne, w judykaturze nie dopuszcza się możliwości zwrotu udziału we współwłasności⁵⁵.

W sytuacji konfliktu między współwłaścicielami organ administracji obowiązany jest zapewnić współwłaścicielom, których udziały wynoszą co najmniej połowę, możliwość realizacji uprawnienia z art. 199 k. c. Tylko w przypadku, kiedy współwłaściciele, których udziały wynoszą połowę, przedłożą orzeczenie sądu zastępujące zgodę tych pasywnych, przesłanki merytorycznego zakończenia postępowania w sprawie zostaną spełnione.

Co równie istotne, jak do tej pory w doktrynie nikt nie wyraził poglądu o wygaśnięciu uprawnienia Skarbu Państwa do żądania zwrotu wywłaszczonej nieruchomości. Wydaje się, że w omawianym przypadku przyłączenie się do wniosku reszty współwłaścicieli przez Skarb Państwa (gminę) nie może mieć miejsca z uwagi na wygaśnięcie uprawnienia przysługującego Skarbowi Państwa (gminie) – następuje konfuzja.

⁵⁴ Cf. *Ibidem*.

⁵⁵ Cf. wyrok WSA w Białymstoku z 22 stycznia 2009 r., sygn. akt: I SA/Bk 736/08.

Skarb Państwa (gmina) – jako jeden ze spadkobierców – najczęściej nie ma interesu w popieraniu wniosku o zwrot nieruchomości, w szczególności, jeżeli wywłaszczenie (zbycie nieruchomości) zostało dokonane na rzecz Skarbu Państwa.

Prawidłowa wykładnia art. 136 ust. 1 u. g. n. wymaga przyjęcia, że ilekroć jednym ze spadkobierców jest Skarb Państwa, wyrażenie przez niego zgody na złożenie wniosku o zwrot nieruchomości nie jest wymagane. W przypadku braku takiej zgody na właściwym organie ciąży obowiązek zwrotu nieruchomości na rzecz wszystkich współspadkobierców.

SUMMARY

Municipality (State Treasury) in the class of persons entitled to restitution of expropriated real estate

The paper aims to describe a legal problem in the application of rules governing the restitution of expropriated real estate - namely a situation in which one of the entities entitled to restitution of expropriated property, turns out to be a municipality or the State Treasury, as a statutory heir of the previous owner. Usually, the State Treasury, as one of the heirs, does not have an interest in supporting the request for the restitution of expropriated property.

The author is of the opinion that the proper interpretation of rules governing the restitution of expropriated real estate requires the assumption that whenever one of the statutory heirs turns out to be the State Treasury, consent to request a restitution of expropriated real estate by the State Treasury is not required. In the absence of such an agreement, the competent authority is obliged to grant the restitution of the expropriated real estate to all heirs.

Keywords: restitution of expropriated real estate, real estate management, the State Treasury, as a statutory heir, functional interpretation, joint ownership, inheritance

MARCIN REJMUS

Zadania Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki a polityka energetyczna państwa

Temat artykułu można rozumieć dwojako. Po pierwsze, jako wykazanie zależności pomiędzy zadaniami Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki a polityką energetyczną państwa w różnych jej aspektach, Po drugie natomiast, jako omówienie zadań stawianych przed polskim organem regulacyjnym w dokumencie programowym, jakim jest Polityka energetyczna Polski do 2030 roku.

W pierwszej kolejności należy w skrócie przedstawić istotę dwóch kluczowych zagadnień poruszanych w artykule, czyli polityki energetycznej państwa – wraz z pozycją prawno-ustrojową Prezesa URE – oraz modelu przyjętego w gospodarce energetycznej państwa. Jest to niezbędne dla zrozumienia opisywanych instrumentów prawa energetycznego.

Wstęp do rozważań stanowić będzie omówienie istoty polityki energetycznej państwa. Może być ona postrzegana na kilka sposobów. W pierwszej kolejności należy wyróżnić politykę energetyczną jako politykę administracyjną. Zasadnym wydaje się pogląd Michała Waligórskiego, który twierdzi, iż w zakres tak rozumianej polityki wchodzi: znajomość celów stawianych w konkretnych warunkach przed organami administracyjnymi, właściwy dobór instrumentów i sposobów ich osiągania oraz ocena rezultatów oraz wszelkich uwag, jakie sprzyjały lub utrudniały działanie administracji. W celu realizacji takiej polityki administracyjnej organy administracji publicznej korzystają wyłącznie z przypisanych im metod i środków, mających charakter zarówno władczy, jak i niewładczy¹. To istotne spostrzeżenie, gdyż obejmuje działanie organów administracji publicznej, to jest Prezesa URE, metody i środki, które są do takiego działania mu przypisane prawnie, a także – co niezwykle ważne – obejmuje świadomość samego organu w zakresie celów stawianych mu w konkretnej sytuacji polityczno-prawnej i jednocześnie ocenę działań i wszelkich okoliczności, jakie miały lub mogły mieć wpływ na jego wyniki.

1 Cf. M. Waligórski, *Polityka energetyczna państwa, jako sui generis polityka prawa*, [w:] *Polityka administracyjna. IV międzynarodowa konferencja naukowa*, red. J. Łukasiewicz, Stryków 2008r., ss. 817–818.

Drugim, niemniej istotnym sposobem postrzegania polityki energetycznej jest rozumienie jej jako polityki gospodarczej. Filip Elżanowski uważa, że polityka energetyczna jest „programem gospodarczym, którego realizację stanowią przepisy prawa energetycznego”² zatem polityka energetyczna mieści się w zakresie przedmiotowym zarówno polityki administracyjnej, jak i polityki gospodarczej. Można powiedzieć, że polityka energetyczna funkcjonuje na styku wymienionych polityk.

Definicja Elżanowskiego jest niezwykle trafna, gdyż pozwala na wyprowadzenie kluczowego dla dalszych rozważań wniosku. Po pierwsze, polityka energetyczna jest programem, czyli ma charakter ogólny i ramowy – dopiero przepisy jego konkretyzację. Polityka energetyczna wydaje się zatem determinantą, a przepisy prawa energetycznego, na podstawie i zgodnie z którymi działają organy administracji publicznej, w tym Prezes URE, wypadkową polityki energetycznej państwa oraz innych czynników. Z przepisów prawa energetycznego wynikają właśnie zadania Prezesa URE i zakres jego działalności.

Stosując kryterium zakresu polityki energetycznej, można ją ujmować wężej i szerszej. W ujęciu węższym jest to dokument opracowywany przez ministra właściwego do spraw gospodarki i stanowiący program działania – wskazuje organom państwa kierunki i mechanizmy niezbędne do osiągnięcia konkretnych celów w sektorze energetycznym. W znaczeniu szerszym jest to ogół działań podejmowanych przez organy państwowe, które zmierzają do realizacji założonych celów w obszarze energetyki³. Powyższe rozróżnienie potwierdza wcześniej wspomniany charakter planistyczny polityki energetycznej. Co więcej, pozwala ono oddzielić formalną politykę energetyczną od materialnej.

Podział polityki energetycznej na formalną i materialną ma duże znaczenie w odniesieniu do tematu artykułu, gdyż zakres zadań Prezesa URE oraz jego działalność można postrzegać przez pryzmat założeń dokumentu programowego, jakim jest Polityka energetyczna Polski do 2030 roku, opracowywanego przez Ministra Gospodarki oraz w odniesieniu do całokształtu działań organów państwowych. Relacje te zostaną opisane szczegółowo później.

Po wstępnym przedstawieniu polityki energetycznej, przed przejściem do dokładnej analizy relacji pomiędzy zadaniami Prezesa URE a polityką energetyczną, niezbędne jest omówienie modelu gospodarki energetycznej państwa i statusu prawnoustrojowego Prezesa URE.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż w Polsce, po transformacji ustrojowej został wprowadzony mechanizm regulacyjny. Uzasadnione wydaje się stanowisko Huberta Izdebskiego i Michała Kuleszy, iż pojawienie się organów ponoszących odpowiedzialność regulacyjną w różnych segmentach gospodarki narodowej – także energetyce – jest związane z faktem rozszerzenia zakresu przedmiotowego pojęcia bezpieczeństwa zbiorowego o zagadnienia dotyczące gospodarki, w szczególności ochrony rynku przed pa-

2 Cf. F. Elżanowski, *Polityka energetyczna. Prawne instrumenty realizacji*, Warszawa 2008, s. 72.

3 Cf. M. Domagała, *Polityka energetyczna*, [w:] *Polityka administracyjna...*, s. 205.

tologiami, w tym nadużywaniem pozycji dominującej⁴. Jest to trafny pogląd, wskazujący bardzo ważną przyczynę wdrożenia systemu regulacyjnego – mianowicie bezpieczeństwo zbiorowe w energetyce. Znamiennym jest fakt, iż zgodnie z art. 13 ustawy – Prawo energetyczne⁵ zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego kraju jest również celem polityki energetycznej państwa. Zachodzi zatem zbieżność celów.

Wielu przedstawicieli doktryny wskazuje, iż głównym celem wprowadzenia mechanizmu regulacyjnego była potrzeba zrównoważenia interesów różnych grup podmiotów sektora energetycznego, między innymi producentów i konsumentów. Anna Walaszek-Pyziół wskazuje, że jedną z kluczowych przyczyn tego zjawiska był niedostatek funkcjonowania mechanizmów konkurencji w niektórych segmentach sektora energetycznego, w szczególności w tak zwanej „działalności sieciowej”⁶.

Należy wyraźnie podkreślić, iż w Polsce regulacja administracyjna przybiera postać regulacji prokonkurencyjnej (zwana także – regulacją dla rynku czy regulacją na rzecz konkurencji). Oznacza to, iż główny jej cel sprowadza się do „wywołania” konkurencji w konkretnym segmencie gospodarki na rynkach, które wcześniej miały charakter niekonkurencyjny i na których istniały państwowe monopole prawne, zastąpione przez monopole naturalne⁷.

Żeby dokładnie zrozumieć zadania Prezesa URE, należy zadać sobie pytanie, czym jest regulacja, jaki jest jej cel i kto jest za nią odpowiedzialny. Definicja regulacji została zawarta w art. 3 pkt 15 PrEn i oznacza stosowanie określonych ustawą środków prawnych, włącznie z koncesjonowaniem, służących do zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego, prawidłowej gospodarki paliwami i energią oraz ochrony interesów odbiorców. Również definicja regulacji zawiera w sobie zatem element bezpieczeństwa energetycznego. W zakresie zadań Prezesa URE istotne jest w przywołanej definicji określenie „środki prawne”. W doktrynie wskazuje się, iż w zakres tego sformułowania wchodzi zarówno środki władcze, niewładcze, jak i wszelkie inne działania Prezesa URE, które, zgodnie z PrEn, może on podejmować⁸. Zakres przedmiotowy tego pojęcia wydaje się zatem bardzo szeroki.

Rozważając pojęcie regulacji, należy zastanowić się także nad pojęciem organu regulacyjnego. Co wydaje się istotne, nie ma definicji legalnej takiego organu. W celu ustalenia znaczenia pojęcia na gruncie prawa energetycznego wypada odwołać się do przepisów art. 21 PrEn, które określają status prawnoustrojowy Prezesa URE. Według PrEn jest on centralnym organem administracji rządowej realizującym zadania z zakresu spraw

4 Cf. H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1999, ss. 88–89.

5 Dalej: PrEn. Ustawa z dnia 10 sierpnia 1997 r. – Prawo energetyczne (Dz. U. z 2012r., poz.1059 oraz z 2013 r., poz.984 i poz.1238).

6 Cf. A. Walaszek-Pyziół, *Energia i prawo*, Warszawa 2002, ss. 68–69

7 Cf. K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2009, ss. 176–177.

8 Cf. A. Walaszek-Pyziół, *op. cit.*, s. 28.

regulacji gospodarki paliwami i energią oraz promowania konkurencji. Takie określenie Prezesa URE i zakresu jego działania potwierdza wcześniej wyrażony pogląd o przyjętym w polskiej energetyce modelu regulacji prokonkurencyjnej.

Bardzo istotną zmianą w zakresie wykonywania przez Prezesa URE zadań ustawowych przyniosła nowelizacja PrEn z 26 lipca 2013 roku, która przyczyniła się do zwiększenia niezależności organu regulacyjnego, gdyż wprowadziła pięcioletnią kadencję organu i ograniczyła możliwość jego odwołania przed upływem kadencji tylko i wyłącznie z ważkich przyczyn wymienionych enumeratywnie w art. 21 ust. 2m PrEn. W poprzednim stanie prawnym Prezes URE mógł być odwołany w każdej chwili. Omawianą zmianę doktryna postulowała już od dłuższego czasu, jednak dopiero niedawno udało się ją wprowadzić, a przyczyniły się do tego dyrektywy unijne nakazujące wzmacnianie niezależności krajowych regulatorów. Zmianę tę należy ocenić bardzo pozytywnie, gdyż Prezes URE może w dość długim okresie wykonywać swoje zadania ustawowe bez ingerencji innych organów państwowych.

Zadania Prezesa URE w zakresie gospodarki paliwami i energią w odniesieniu do polityki energetycznej państwa można rozumieć, jak wcześniej zostało wykazane, w aspekcie formalnym (opisane w polityce energetycznej jako dokumencie planistycznym) i materialnym (działania podejmowane przez organy państwowe). Jest to tylko część działań wszystkich organów wymienionych w Polityce energetycznej Polski do 2030 roku. Działania takie obok Prezesa URE wykonują między innymi: Prezes UOKiK, Minister do spraw Skarbu Państwa, Minister do spraw ochrony środowiska, a także komercyjne firmy energetyczne. Udział zadań Prezesa URE w ramach polityki energetycznej oddaje następująca ilustracja:

Jak już wspomniano, polityka energetyczna jako dokument programowy determinuje przepisy prawa energetycznego, a więc także zakres ustawowych zadań Prezesa URE. Decyduje zatem o zakresie interwencjonizmu państwa, jego celach i środkach.

Zgodnie z art. 13 PrEn celem polityki energetycznej jest zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego kraju, wzrost konkurencyjności gospodarki i jej efektywności energetycznej, a także ochrona środowiska – widać więc, że polityka ta ma doprowadzić do unowocześnienia polskiej energetyki. Opracowuje ją Minister Gospodarki, który jest jednocześnie naczelnym organem administracji rządowej w tych sprawach.

Analizując zadania organu regulacyjnego w odniesieniu do polityki energetycznej państwa, należy zauważyć, że zgodnie z przepisami art. 23 ust. 1 PrEn Prezes URE reguluje działalność przedsiębiorstw energetycznych zgodnie z ustawą i polityką energetyczną państwa, zmierzając do zrównoważenia interesów przedsiębiorstw energetycznych i odbiorców paliw energii. Jest to niezwykle ważna dyrektywa, sytuująca organ regulacyjny pomiędzy podmiotami rynku energetycznego o często sprzecznych interesach. Sztandarowym przykładem równoważenia interesów producentów i konsumentów jest mechanizm urzędowej kontroli cen energii i paliw. Zgodnie z przepisami art. 45 ust.

1 PrEn przedsiębiorstwa energetyczne ustalają taryfy dla paliw gazowych lub energii stosownie do zakresu wykonywanej działalności gospodarczej. Art. 47 ust.1 PrEn powoduje z kolei, że podlegają one zatwierdzeniu przez Prezesa URE w drodze decyzji. Obowiązek ten dotyczy tylko przedsiębiorstw energetycznych, które nie działają na rynku uznanym za konkurencyjny. Przedsiębiorstwa obowiązane są kalkulować taryfy w sposób zapewniający nie tylko pokrycie kosztów uzasadnionych wraz z uzasadnionym zwrotem z kapitału zaangażowanego w działalność, ale także ochronę interesów odbiorców przed nieuzasadnionym wzrostem cen i stawek opłat. Prezes URE, kontrolując zasadność kalkulacji taryf, musi więc z jednej strony chronić odbiorców indywidualnych przed wzrostem cen, a z drugiej, zapewnić przedsiębiorstwom odpowiedni zysk, co zagwarantuje przedsiębiorstwom energetycznym rentowność⁹.

Polityka energetyczna Polski do 2030 roku wskazuje podstawowe, ogólne kierunki rozwoju:

- poprawa efektywności energetycznej,
- wzrost bezpieczeństwa dostaw energii i paliw,
- dywersyfikacja struktury wytwarzania energii elektrycznej poprzez wprowadzenie energetyki jądrowej,
- rozwój wykorzystania odnawialnych źródeł,
- rozwój konkurencyjnych rynków paliw i energii,
- ograniczenie oddziaływania energetyki na środowisko.

Nie w zakresie wszystkich z wyżej wymienionych dziedzin Prezes URE jest obowiązany podejmować działania. Przede wszystkim nie ciąży na nim powinności dotyczące energetyki jądrowej, gdyż ta wyłączona jest z przepisów PrEn oraz ochrony środowiska. Dla dokładnego scharakteryzowania zadań Prezesa URE w odniesieniu do Polityki energetycznej Polski do 2030 roku pomocny jest Program Działań Wykonawczych na lata 2009–2012.

Poprawa efektywności energetycznej jest priorytetem dla państwa, gdyż poczynienie postępów w tej kwestii doprowadzi do pełniejszej realizacji pozostałych celów polityki energetycznej – ograniczenia wzrostu konsumpcji paliw i energii, co przełoży się na zmniejszenie importu paliw i energii, a to z kolei przyczyni się do zwiększenia bezpieczeństwa energetycznego. Poprawa efektywności wpłynie również na redukcję emisji.

Jak wskazuje Program Działań Wykonawczych, zadaniem Prezesa URE w ramach poprawy efektywności jest stymulowanie rozwoju kogeneracji poprzez mechanizmy wsparcia. Organ regulacyjny powinien – w granicach prowadzonej polityki taryfowej – dążyć do przygotowania i wprowadzania nowych regulacji cen ciepła sieciowego poprzez wdrożenie metody porównawczej (*benchmarking*), co powoduje likwidację niekorzystnego dla rozwoju konkurencji zjawiska subsydiowania skrośnego produkcji ciepła w skoja-

⁹ Wyrok SN z dnia 28 czerwca 2002 r., I CKN 1234/00, OSG 2004, nr 7, poz. 93.

rzeniu z przychodami pochodzącymi z produkcji energii elektrycznej i certyfikatów. Prezes URE powinien ponadto dokonywać ciągłej oceny wprowadzonego systemu wsparcia energii z kogeneracji za pomocą przysługujących mu narzędzi.

Działaniem, które mogłoby się przyczynić do racjonalizacji zużycia energii elektrycznej w związku z wprowadzeniem systemu zarządzania popytem, byłoby na przykład wprowadzenie „strefowości” w taryfach dystrybucyjnych. Poprzez różnicowanie składnika zmiennego stawki sieciowej w strefach czasowych rozliczeń, odbiorcy z pewnością nabyliby większą świadomość oszczędnego zużywania energii. Prezes URE powinien także prowadzić prelekcje, szkolenia i inne działania edukacyjne promujące racjonalne wykorzystanie energii.

Inne możliwe działania to wydanie lub odmowa wydania świadectw efektywności energetycznej (art. 20 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 roku o efektywności energetycznej) oraz umarzanie powyższych świadectw w trybie art. 27 wspomnianej ustawy. Prezes URE – na podstawie jej art. 35. – jest również uprawniony do nakładania kar pieniężnych na wymienione w niej podmioty. Interesujący jest fakt, iż wpływy z tytułu tych kar stanowią przychód Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, który przeznaczany jest później na wspieranie budowy nowych jednostek OZE i sieci elektroenergetycznych. Faktyczna działalność Prezesa URE ma więc wpływ na rozwój polityki energetycznej w zakresie rozwoju wykorzystania źródeł odnawialnych.

Nie mniej istotnym kierunkiem Polityki energetycznej do 2030 roku jest wzrost bezpieczeństwa dostaw paliw i energii. Jego istotą jest zapewnienie stabilnego dostarczania paliw i energii na poziomie, który gwarantuje zaspokojenie potrzeb krajowych oraz zakłada akceptowane przez gospodarkę i społeczeństwo ceny przy założeniu optymalnego wykorzystania krajowych zasobów surowców energetycznych oraz poprzez dywersyfikację źródeł i kierunków dostaw ropy naftowej, paliw ciekłych i gazowych.

W odniesieniu do sektora gazowego Prezes URE w Programie Działań Wykonawczych został zobowiązany do przyjęcia właściwej polityki taryfowej, zachęcającej do inwestowania w infrastrukturę przesyłową – opracowania metodologii, która pozwoli przenosić koszty użytkowania nowych elementów infrastruktury mających szczególne znaczenie dla bezpieczeństwa energetycznego państwa na wszystkich użytkowników systemu gazowego (na przykład poprzez przeniesienie części kosztów w opłatach przesyłowych). Innym działaniem w ramach władztwa taryfowego zachęcającym odpowiednie podmioty do inwestycji w infrastrukturę ma być opracowanie właściwego systemu regulacji przedsiębiorstw infrastrukturalnych obejmującego zasady kalkulacji amortyzacji oraz wynagrodzenia kapitału w oparciu o rynkową wartość majątku zaangażowanego w działalność.

Nie mniej ważnym zadaniem Prezesa URE w ramach dążenia do wzrostu bezpieczeństwa dostaw gazu jest stosowanie zachęt inwestycyjnych do budowy pojemności magazynowych. Cel ten ma być osiągnięty przez przyjęcie odpowiedniej polityki taryfo-

wej i regulacyjnej korzystnej dla budowy nowych pojemności – w szczególności sprzyjać ma temu zastosowanie podwyższonych stawek wynagradzania kapitału zaangażowanego w nowe inwestycje. Działaniem wspierającym omawiany cel jest monitorowanie przez Prezesa URE tempa realizacji inwestycji oraz sporządzanie raportów okresowych dotyczących postępów w rozwoju infrastruktury liniowej.

Odnosnie do sektora elektroenergetycznego Program Działań Wykonawczych nakłada na Prezesa URE wykorzystanie narzędzi regulacyjnych w celu monitorowania realizacji planów rozwoju sieci. Został on wyposażony w takie narzędzia dzięki nowelizacji PrEn z dnia 23 lipca 2013 roku w związku z nałożeniem na przedsiębiorstwa energetyczne zajmujące się przesyłaniem lub dystrybucją energii obowiązku sporządzania (dla obszaru swojego działania) planów rozwoju sieci (art. 16 ust. 1 PrEn) – zgodnie z przepisami art. 16 ust. 13 i 14 PrEn przedsiębiorstwa te mają obowiązek uzgodnienia projektu wzmiankowanego planu z Prezesem URE. Co więcej, zgodnie z art. 16 ust. 18, przedkładają Prezesowi URE sprawozdanie z jego realizacji. Nowelizacja ta ma doniosłe znaczenie, gdyż plany, których dotyczy, obejmują między innymi przedsięwzięcia z zakresu modernizacji, rozbudowy albo budowy sieci oraz planowanych nowych źródeł paliw gazowych lub energii, w tym ze źródeł odnawialnych (art. 16 ust. 7 pkt 2). Ta zmiana legislacyjna powinna ułatwić przedsiębiorcom podejmowanie decyzji inwestycyjnych, gdyż będą oni posiadać wiedzę o planowanych ruchach operatorów sieciowych, preferowanych lokalizacjach nowych mocy wytwórczych oraz kosztów ich przyłączenia.

Program Działań Wykonawczych nakłada również na Prezesa URE obowiązek udziału w opracowaniu ściśle określonej metodologii (algorytmu) obliczania stopy zwrotu z kapitału zainwestowanego w infrastrukturę. Pozwoliłoby to na przyciągnięcie inwestorów komercyjnych. Prezes URE powinien także wziąć udział – wspólnie z Ministrem właściwym do spraw gospodarki – w opracowaniu mechanizmu, który poprzez wprowadzenie bodźców dla operatorów sieci elektroenergetycznych do obniżania wskaźników awaryjności sieci i utrzymywaniu ich na wskazanym poziomie, co przyczyni się do wzrostu bezpieczeństwa dostaw poprzez poprawienie niezawodności sieci.

Kolejnym celem Polityki energetycznej Polski do 2030 roku jest wzrost wykorzystania odnawialnych źródeł – przede wszystkim wzrost udziału OZE w finalnym zużyciu energii co najmniej do poziomu 15 % w 2020 roku oraz dalszy wzrost tego wskaźnika w latach następnych.

Program Działań Wykonawczych nie zawiera szczegółowych zadań dla Prezesa URE w tej materii, jednakże można wyróżnić szereg zadań ustawowych. Na przykład, zgodnie z przepisem art. 9e ust. 1a PrEn, Prezes URE wydaje świadectwa pochodzenia energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnym źródle energii w razie spełnienia określonych warunków lub odmawia ich wydania na podstawie przepisu art. 9e ust. 5a PrEn. Właściwy jest również w sprawie ich umarzania (art. 23 ust. 2 pkt 21 PrEn). Do jego uprawnień

należy także nakładanie kar pieniężnych w ustawowo określonych przypadkach wymienionych w przepisach art. 56 ust. 1 PrEn.

Jednym z najważniejszych celów Polityki Energetycznej Polski do 2030 roku jest rozwój rynków konkurencyjnych paliw i energii. Mają one bardzo duży wpływ na zmniejszenie się kosztów ich wytwarzania, co z kolei prowadzi do ograniczenia wzrostu cen. Co prawda w ostatnim czasie weszło w życie wiele zasad rynkowych, w szczególności w odniesieniu do elektroenergetyki, jednakże rynki te nadal nie funkcjonują zbyt płynnie. Wprowadzenie w sektorze gazowym i elektroenergetycznym *unbundlingu* prawnego i funkcjonalnego (wymaganego przez dyr. 2003/55/WE¹⁰ i dyr. 2003/54/WE¹¹) w stosunku do przedsiębiorstw zintegrowanych pionowo, często nadużywających subsydiowania skrośnego w swojej działalności, to zdecydowanie za mało. Dobrym ruchem w sektorze elektroenergetycznym, który pozwolił na rozwój konkurencji, było zniesienie bariery kontraktowej w postaci kontraktów długoterminowych (KDT), czyli ich rozwiązanie. W doktrynie uznawano je za jedną z głównych przeszkód w rozwoju konkurencyjnego rynku energii, gdyż powodowały brak płynności rynków. Rozumiano go jako brak energii elektrycznej, którą można by na nich „obracać”¹². Zdecydowano się również na „uwolnienie” części rynku elektroenergetycznego w trybie przepisów art. 49 PrEn. Na podstawie uprawnienia wynikającego z tego zapisu Prezes URE postanowił w roku 2007 o zwolnieniu przedsiębiorstw energetycznych zajmujących się obrotem energii elektrycznej z obowiązku przedkładania taryf do zatwierdzenia, ale tylko w odniesieniu do odbiorców przemysłowych¹³. Obecnie rynek w części został uznany za konkurencyjny, a w części jest nadal regulowany w stosunku do odbiorców indywidualnych. W doktrynie wskazuje się, że jest to pewnego rodzaju deformacja rynku, sprowadzająca się do wspierania interesów wyłącznie jednej grupy odbiorców. Podkreśla się również, że aktualny stan jest niebezpieczny i może mieć negatywny wpływ na przejrzystość i płynność rynku, dlatego też konieczne jest dążenie ostatecznego rozstrzygnięcia prowadzącego albo pełnej liberalizacji, albo do powrotu do taryfowania we wszystkich segmentach rynku¹⁴.

Działaniem mającym pozytywny wpływ na rozwój konkurencyjnych rynków paliw i energii było również wprowadzenie tak zwanego „obliga” giełdowego, o którym mowa w przepisach art. 49a i 49b PrEn.

10 Dyrektywa 2003/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylająca dyrektywę 98/30/WE (Dz. Urz. UE L 176 z 15.07.2003 r., s. 57).

11 Dyrektywa 2003/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 96/92/WE (Dz. Urz. UE L 176 z 15.07.2003 r., s. 37).

12 Cf. *Prawo energetyczne. Komentarz*, red. M. Swora, Z. Muras Z., Warszawa 2010, s. 1277.

13 Komunikat Prezesa URE z dnia 31 października 2007 r. w sprawie zwolnienia przedsiębiorstw energetycznych zajmujących się obrotem energią elektryczną z obowiązku przedkładania taryf Prezesowi URE do zatwierdzenia.

14 Cf. A. Szafranski, *Proszę podać tytuł*, [w:] *Współczesne problemy prawa energetycznego*, red. M. Wierzbowski, R. Stankiewicz, Warszawa 2010, s. 152.

W Programie Działań Wykonawczych znajduje się szereg zadań przypisanych Prezesowi URE w związku z budowaniem konkurencyjnych rynków energii i paliw. W ramach ułatwiania procesu zmiany sprzedawcy Prezes URE jest zobowiązany do określania katalogu niedozwolonych klauzul w umowach zawieranych z odbiorcami w gospodarstwach domowych. Taki katalog został opublikowany przez Prezesa URE w dniu 4 stycznia 2011 roku, jednakże jego wartość merytoryczna wydaje się niewystarczająca. Zadaniem Prezesa URE w związku ze zmianą sprzedawcy miało być też opracowanie dobrych praktyk w zakresie sprzedaży i sporządzania umów. Z tego obowiązku organ regulacyjny również się wywiązał we wrześniu 2010 roku, publikując *Dobre Praktyki Sprzedawców energii elektrycznej i Operatorów Systemów Dystrybucyjnych*. Oczywiście dokument ten nie jest prawnie wiążący i nie stanowi Kodeksu Dobrych Praktyk w rozumieniu ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 roku o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. W kwestii zagadnień dotyczących zmiany sprzedawcy, dokument ten stwierdza, że zmiana sprzedawcy jest bezpłatna, a przedsiębiorstwo energetyczne nie utrudnia zmiany sprzedawcy i informuje o takiej możliwości poprzez zamieszczenie na własnej stronie internetowej opisu odpowiedniej procedury.

Jednym z głównych celów Programu Działań Wykonawczych w odniesieniu do rynku energii elektrycznej jest rozwój mechanizmów konkurencji jako głównego środka do racjonalizacji cen energii oraz ograniczenie regulacji tam, gdzie funkcjonuje i rozwija się rynek konkurencyjny. Cele te mają związek z uprawnieniem Prezesa URE wynikającym z przepisów art. 49 PrEn. Jak zostało wykazane wcześniej, rynek elektroenergetyczny w zakresie cen jest po części uwolniony, a po części regulowany. Wielu przedstawicieli doktryny wyraża zdanie, że rozwój konkurencji pozostaje najsilniejszy właśnie tam, gdzie zrezygnowano z administracyjnej kontroli cen, co prowadzi to do uwolnienia rynku energii¹⁵. W celu popularyzacji idei całkowitego uwolnienia cen energii Prezes URE ogłosił dokument programowy – „Mapa Drogowa”¹⁶ – gdzie zostały wskazane postulaty, które muszą zostać spełnione, aby Prezes URE mógł podjąć decyzję o „uwolnieniu” rynku w trybie art. 49 PrEn. Mowa jest tam przede wszystkim o trzech warunkach. Pierwszy z nich to dokładne uregulowanie pozycji tak zwanego odbiorcy wrażliwego, czyli odbiorcy w osłabionej sytuacji ekonomicznej, który w przypadku uwolnienia cen mógłby zostać odcięty od dostarczania energii elektrycznej (regulacja taka została wprowadzona nowelizacją z dnia 23 lipca 2013 roku w art. 5c PrEn). Drugi zakłada ogólne wzmocnienie pozycji odbiorcy na rynku energii elektrycznej. Można uznać, że ten warunek również został spełniony poprzez regulację art. 5 ust. 4b PrEn, gdzie zapewniono odbiorcy uzyskanie informacji o jego prawach, a także o możliwości uzyskania pomocy w przypadku wystąpienia awarii urządzeń. Do wzmocnienia pozycji odbiorcy przyczyni-

15 *Prawo energetyczne. Komentarz*, red. M. Swora, Z. Muras, Warszawa 2010, s. 1264.

16 *Mapa Drogowa uwolnienia cen dla wszystkich odbiorców energii elektrycznej. W drodze ku prawom odbiorców i efektywnej konkurencji w sektorze energetycznym*, [w:] Biuletyn URE 2008, nr 2.

ły się także regulacje z art. 5 ust. 6 PrEn (obowiązek przejrzystego i zrozumiałego informowania odbiorców przez sprzedawcę o podwyżce cen lub stawek opłat) oraz art. 5 ust. 6e, na mocy którego nałożono na sprzedawcę obowiązek dostarczania odbiorcy w gospodarstwie domowym kopii zbioru praw konsumenta. Ostatni postulat to wzmocnienie pozycji Prezesa URE przez wprowadzenie jego kadencyjności i również został spełniony dzięki art. 21 ust. 21 PrEn. Teoretycznie zatem zostały stworzone warunki właściwie do podjęcia decyzji o całkowitym „uwolnieniu” rynku energii elektrycznej.

W odniesieniu do rynku gazowego głównym zadaniem Prezesa URE w zakresie rozwoju konkurencyjnego rynku jest opracowanie i wdrożenie Mapy Drogowej uwolnienia cen gazu ziemnego. Taka Mapa została opublikowana przez Prezesa URE w styczniu 2013 roku, iednakże, rynek gazu ziemnego w Polsce należy do jednego sprzedawcy – jest nim PGNiG. Zanim Prezes URE będzie mógł podjąć decyzję o „uwolnieniu” rynku w stosunku do odbiorców komercyjnych, uznając go jednocześnie za konkurencyjny, musi być zatem podjętych wiele działań, które wymagają dużej dokładności i cierpliwości. Prezes URE w Mapie wskazuje niemało czynników utrudniających rozwój konkurencji w tym sektorze. Zaliczyć do nich należy między innymi: słabo rozwinięty rynek hurtowy gazu ziemnego, bardzo utrudnione korzystanie z prawa do zmiany sprzedawcy, ograniczone możliwości pozyskania mocy przesyłowych i magazynowych, brak informacji rynkowej dotyczącej poziomu cen.

Prezes URE jednocześnie wskazuje na warunki, które muszą zostać spełnione, aby rynek mógł być uznany za konkurencyjny. W pierwszej kolejności pojawić się powinno tak zwane obligo giełdowe, czyli obowiązek publicznej sprzedaży gazu ziemnego na giełdach towarowych. Wymóg ten został uregulowany przez ustawodawcę w nowelizacji PrEn z dnia 26 lipca 2013 roku w przepisach art. 49b PrEn. Z kolei 22 listopada 2013 roku Prezes URE zatwierdził w drodze decyzji Instrukcję Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej (IRiESP) dla OGP GAZ-SYSTEM S. A., która to wprowadziła „punkt wirtualny” umożliwiający handel gazem przez klientów wewnątrz sieci przesyłowej. IRiESP reguluje również współpracę OSP GAZ-SYSTEM z giełdą gazu (Towarowa Giełda Energii). Innym działaniem postulowanym przez Prezesa URE ma być uproszczenie procedury zmiany sprzedawcy oraz zagwarantowanie niezależności regulatora rynku gazu ziemnego, czemu uczyniono już zadość przez wprowadzenie kadencyjności Prezesa URE (art. 21 ust. 21 PrEn).

Oczywiście uwolnienie rynku będzie następować najpierw w odniesieniu do odbiorców przemysłowych, a dopiero później w stosunku do odbiorców indywidualnych, gdyż ci drudzy charakteryzują się słabszą na nim pozycją, niedostatecznym dostępem do informacji i niskim poziomem świadomości swoich praw.

Jak zostało wykazane, relację pomiędzy zadaniami Prezesa URE a polityką energetyczną państwa można rozumieć jako część działań przez niego podejmowanych w całości kształcie działalności wszystkich organów państwowych (aspekt materialny), ale też jako

przypisane mu zadania w dokumencie programowym, jakim jest Polityka energetyczna Polski do 2030 roku (aspekt formalny). O ile pierwszy aspekt ma charakter teoretyczny, o tyle drugi charakteryzuje się już dużą doniosłością, gdyż dotyczy konkretnych działań Prezesa URE. Mają one być realizacją celów przyjętych w dokumencie programowym i, co bardziej istotne, wywołują konkretne skutki prawne związane z wykonaniem dyrektyw unijnych. Należy przy tym pamiętać, że skomplikowanie sektora energetycznego, zarówno w sensie technicznym, jak i ekonomicznym oraz prawnym, a także konieczność równoważenia interesów licznych grup społecznych powoduje, iż proces legislacyjny przedłuża się. Tym bardziej wszelka działalność Prezesa URE, a już w szczególności tak doniosła jak „uwalnianie” rynku gazowego i elektroenergetycznego, musi wykazywać się racjonalnością.

SUMMARY

The President of the Energy Regulatory Authority in relation to energy policy in Poland

The subject matter of the essay is the tasks of the President of the Energy Regulatory Authority in relation to energy policy in Poland. The essay is divided into two parts. The first part presents basic information about the national regulatory authority, regulation and kinds of energy policy. The second focuses on the tasks of the President of the Energy Regulatory Authority in various areas, such as: energy effectiveness, energy security, renewable forms of energy and competition in the energy market. The article examines the tasks carried out by the President in the past and those which must come into force in the future to modernize the Polish energy market. Finally, the author thrashes out the legal relations between the functions of the President of the Energy Regulatory Authority and the aims mentioned in Polish energy policy. The author pays special attention to the problems of liberalisation in the energy market in Poland.

Keywords: Energy policy, energy law, Energy Regulatory Authority,

MICHAŁ ILSKI

Pojęcie przedsiębiorstwa i zorganizowanej części przedsiębiorstwa na gruncie prawa podatkowego

Wstęp

Z pojęciem przedsiębiorstwa oraz zorganizowanej części przedsiębiorstwa w prawie podatkowym mamy do czynienia na gruncie ustaw o podatkach dochodowych. Ustawa o podatku od towarów i usług natomiast definiuje na swoje potrzeby pojęcie zorganizowanej części przedsiębiorstwa, nie definiując jednak pojęcia samego przedsiębiorstwa (pomimo że się nim posługuje). Oba z wymienionych pojęć występują w wielu przepisach ustaw o podatkach dochodowych, a ich znaczenie wpływa na kształt szczegółowych regulacji prawnych. Należy również nadmienić, że pojęcie przedsiębiorstwa oraz jego zorganizowanej części pojawia się także w ustawie o podatku od czynności cywilnoprawnych.

Pojęcie przedsiębiorstwa i zorganizowanej części przedsiębiorstwa na gruncie ustaw o podatkach dochodowych

Definicje ustawowe

Na gruncie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych definicja legalna przedsiębiorstwa obowiązuje od dnia 1 stycznia 2003 roku¹. Obie definicje są identyczne. Zgodnie z nimi przedsiębiorstwo oznacza przedsiębiorstwo w rozumieniu przepisów k. c. (dalej powoływany również jako – k.c.), ustawodawca definiując to pojęcie zastosował technikę odesłania. Zgodnie

¹ Definicje dodane mocą ustawy z dnia 27 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 141, poz. 1182); oraz ustawy z dnia 27 lipca 2002 roku o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz. U. Nr 141, poz. 1179).

z art. 551 k. c. przedsiębiorstwo stanowi zorganizowany zespół składników niematerialnych i materialnych przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej. Obejmuje ono w szczególności:

- oznaczenie indywidualizujące przedsiębiorstwo lub jego wyodrębnione części (nazwa przedsiębiorstwa),
- własność nieruchomości lub ruchomości, w tym urządzeń, materiałów, towarów i wyrobów oraz inne prawa rzeczowe do nieruchomości lub ruchomości,
- prawa wynikające z umów najmu i dzierżawy nieruchomości lub ruchomości oraz prawa do korzystania z nieruchomości lub ruchomości wynikające z innych stosunków prawnych,
- wierzytelności, prawa z papierów wartościowych i środki pieniężne,
- koncesje, licencje i zezwolenia,
- patenty i inne prawa własności przemysłowej,
- majątkowe prawa autorskie i majątkowe prawa pokrewne,
- tajemnice przedsiębiorstwa,
- księgi i dokumenty związane z prowadzeniem działalności gospodarczej.

Przez zorganizowaną część przedsiębiorstwa rozumienie się natomiast organizacyjnie i finansowo wyodrębniony w istniejącym przedsiębiorstwie zespół składników materialnych i niematerialnych, w tym zobowiązań, przeznaczonych do realizacji określonych zadań gospodarczych, który zarazem mógłby stanowić niezależne przedsiębiorstwo samodzielnie realizujące te zadania. Definicja ta na gruncie obu ustaw regulujących podatki dochodowe obowiązuje od dnia 1 stycznia 2003 roku.

Ustawodawca podatkowy na gruncie ustaw poświęconych podatkom dochodowym niejednokrotnie sięga do pojęcia przedsiębiorstwa i jego zorganizowanej części. Szczególnego, praktycznego znaczenia w obrocie gospodarczym (zwłaszcza w transakcjach związanych z przekształceniami podmiotów prowadzących działalność gospodarczą) nabiera problem uznania danej masy majątkowej za przedsiębiorstwo lub za jego zorganizowaną część. Skutki takiego uznania są daleko idące. Przykładowo wolne od podatku dochodowego są przychody z tytułu objęcia akcji lub udziałów w zamian za wkład niepieniężny w postaci przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części – do wysokości wartości nominalnej objętych udziałów lub akcji. Jest to niezwykle korzystne rozwiązanie umożliwiające odroczenie płatności podatku do chwili zbycia akcji lub udziałów. W tym przypadku ustawodawca w sposób szczególny uregulował kwestię kosztów uzyskania przychodu.

W razie odpłatnego nabycia przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części powstaje zagadnienie związane z ustaleniem wartości firmy, jej amortyzacją, a także amortyzacją przejętych składników majątkowych. Z kolei w przypadku jego nabycia w drodze wkładu niepieniężnego powstaje do rozwiązania problem amortyzacji zawartych w nim składników majątkowych. Zatem, jak wynika z powyższego, pojęcie przedsiębiorstwa

oraz jego zorganizowanej części może wywoływać szereg wątpliwości, zarówno teoretycznych, jak i praktycznych.

Przedsiębiorstwo i jego zorganizowana część w orzecznictwie sądowym

W orzecznictwie sądowoadministracyjnym trafnie podnosi się, że posłużenie się przez ustawodawcę przy definiowaniu przedsiębiorstwa odesłaniem do k. c. skutkuje tym, iż wszelkie rozważania na jego temat nie mogą abstrahować ani od jego kodeksowego ujęcia, ani też od dorobku doktryny i judykatury w tym zakresie². Prawo cywilne posługuje się pojęciem przedsiębiorstwa w jego ujęciu przedmiotowym, traktując je jako wyodrębniony kompleks majątkowy. Obecny art. 551 k. c. nawiązuje zresztą do treści art. 40 przedwojennego Kodeksu Handlowego. Sam charakter prawa do przedsiębiorstwa budzi wiele wątpliwości, które nie mają jednak większego znaczenia na tle regulacji podatkowych. O wiele bardziej znaczący jest problem możliwości uznania określonej masy majątkowej za przedsiębiorstwo. Okolicznością przesądzającą w tym zakresie wydaje się być możliwość prowadzenia działalności gospodarczej w oparciu o określony substrat majątkowy. Nie można *a priori* określić jakie składniki muszą zostać objęte treścią czynności prawnej, by móc uznać, że mamy już do czynienia z przedsiębiorstwem. Ocena taka dopuszczalna jest dopiero w realiach danej sprawy³. Zgodnie z art. 552 k. c. czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wszystko, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa, chyba że co innego wynika z jej treści albo z przepisów szczególnych. Stroną czynności prawnej mającej za swój przedmiot przedsiębiorstwo przysługuje zatem swoboda w wyłączeniu z zakresu tej czynności określonych jego składników. Swoboda ta nie może jednak prowadzić do tego, aby zakres wyłączeń przekreślał istotę przedsiębiorstwa. Dlatego też, aby mówić o przedsiębiorstwie, określony zespół składników majątkowych musi obejmować te składniki, za pomocą których możliwe jest prowadzenie działalności gospodarczej⁴. Rozstrzygając zatem, czy w konkretnym stanie faktycznym doszło do przeniesienia własności przedsiębiorstwa, należy ustalić, czy na nabywcę przeszły prawa do takiej sumy zorganizowanych składników materialnych i niematerialnych, w oparciu o którą to sumę możliwe jest prowadzenie działalności gospodarczej. Aby mówić o przedsiębiorstwie w znaczeniu przedmiotowym, konieczne jest występowanie elementu organizacji oraz funkcjonalnego powiązania różnorodnych jego składników w taki sposób, by móc je traktować jako całość⁵. Przedsiębiorstwo nie jest jedynie prostą sumą składników – składniki te muszą zostać zorganizowane w taki to sposób, aby przy ich pomocy możliwe było prowadzenie działalności gospodarczej⁶. Do

2 *Vid.* Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 19 października 2011 r. sygn. I SA/Gd 737/11.

3 *Vid.* Wyrok NSA we Wrocławiu z dnia 18 września 2002 r. sygn. I SA/Wr 2713/00.

4 *Vid.* też: Wyrok SN z dnia 17 października 2000 r. sygn. I KKN 850/98.

5 *Cf.* Wyrok SN z dnia 3 grudnia 2009 r. sygn. II CSK 215/09.

6 *Cf.* Wyrok NSA w Krakowie z dnia 24 listopada 1999 r. sygn. I SA/Kr 1189/99.

nabycia przedsiębiorstwa może dojść w wyniku kilku czynności prawnych⁷. Kryterium przesądzającego o tym, czy dana transakcja ma już za swój przedmiot przedsiębiorstwo, nie może stanowić wartości składnika przedsiębiorstwa w porównaniu z wartością całego przedsiębiorstwa⁸.

W celu rzetelnego wyjaśnienia (choćby w ramach postępowania podatkowego), czy czynność prawna w istocie miała za swój przedmiot przedsiębiorstwo, nie można po-przestawać jedynie na analizie umowy. Brak określenia w umowie spółki przedmiotu aportu jako przedsiębiorstwa nie jest wystarczający dla przyjęcia, że w istocie przedmiotu aportu nie stanowiło przedsiębiorstwo⁹. Podobne stanowisko prezentowane jest na gruncie spraw cywilnych, zgodnie bowiem z jednym z orzeczeń SN dla oceny, czy doszło do nabycia przedsiębiorstwa, nie jest miarodajne dosłowne brzmienie umowy, w tym również nazwanie przez strony jej przedmiotu¹⁰. Określenie przedmiotu umowy mającej za przedmiot przedsiębiorstwo może polegać bądź to na ogólnym posłużeniu się zwrotem przedsiębiorstwo, bądź też na wyliczeniu wnoszonych składników w sposób bezpośredni, lub przez odwołanie się do innych dokumentów¹¹.

Na gruncie ustaw regulujących podatki dochodowe dla uznania, że dana masa majątkowa stanowi przedsiębiorstwo, nie jest konieczne, aby wraz z jej nabyciem doszło do przejścia zobowiązań i ciężarów. Od dnia 25 stycznia 2003 roku¹² poza zakresem przedsiębiorstwa znajdują się zobowiązania i ciężary związane z jego prowadzeniem, więc tym samym w jego skład nie mogą wchodzić długi¹³. W ten sposób ustawodawca nawiązał do wąskiego rozumienia majątku, zgodnie z którym majątek przedsiębiorstwa obejmuje jedynie jego aktywa. Dokonana tą nowelizacją zmiana brzmienia przepisu jest istotna, gdyż na pierwszym miejscu pojawiają się składniki niematerialne. W kodeksowej definicji przedsiębiorstwa w zespole składników przeważa pierwiastek niematerialny¹⁴. Taka kolejność służy podkreśleniu roli, jaką odgrywają obecnie składniki niematerialne w działalności gospodarczej¹⁵. Elementy niematerialne przedsiębiorstwa stanowią w szczególności: jego renoma, prestiż, klienta, pozycja na rynku.

7 Cf. Wyrok SN z dnia 6 lipca 2005 r. sygn. III CK 705/04.

8 Vid. Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 6 czerwca 2008 r. sygn. I SA/Wr 355/08.

9 Cf. Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 19 października 2011 r. sygn. I SA/Gd 737/11.

10 Wyrok SN z dnia 17 października 2000 r. sygn. I CKN 850/98.

11 Wyrok SN z dnia 8 kwietnia 2003 r. sygn. IV CKN 51/01.

12 Zmiana kodeksowej definicji przedsiębiorstwa nastąpiła mocą ustawy z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 49, poz. 408).

13 Postanowienie SN z dnia 20 października 2011 r. sygn. IV CSK 53/11.

14 Vid. M. Safjan, W. J. Katner *et. al.*, *System Prawa Prywatnego tom 1*, Warszawa 2012, s. 1350.

15 Cf. E. Skowrońska-Bocian, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1 – 449[10]*, t. I, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2011, s. 279.

Zorganizowana część przedsiębiorstwa – kryteria wyodrębnienia

Analizując pojęcie zorganizowanej części przedsiębiorstwa, należy zauważyć, że pojęcie to bazuje na kodeksowym pojęciu przedsiębiorstwa. W doktrynie zauważa się, że ustawodawca, definiując zorganizowaną część przedsiębiorstwa, stworzył niezależną definicję na potrzeby tej ustawy oraz że prowadzi to do pewnych nieścisłości¹⁶. Zostaną one omówione poniżej. Posługiwanie się na gruncie prawa podatkowego pojęciem zorganizowanej części przedsiębiorstwa wydaje się wątpliwe – skoro dany podmiot może posiadać prawa do kilku przedsiębiorstw, to niecelowe wydaje się zaciemnianie tego pojęcia. W piśmiennictwie trafnie zauważa się, że tworzenie odrębnego pojęcia „zorganizowanej części przedsiębiorstwa” jest niepotrzebne, bowiem prawo cywilne dopuszcza istnienie wielu przedsiębiorstw w ramach jednego przedsiębiorcy¹⁷, jednakże nie sposób ignorować je w obecnym stanie prawnym. W orzecznictwie sądowoadministracyjnym podnosi się, że aby daną masę majątkową można było uznać za zorganizowaną część przedsiębiorstwa, konieczne jest wyodrębnienie jej na płaszczyźnie funkcjonalnej, organizacyjnej i finansowej¹⁸. Kluczowe jest, aby wszystkie te odrębności wystąpiły łącznie, a brak odrębności na jakimkolwiek z tych pól wyklucza możliwość uznania danej masy majątku za zorganizowaną część przedsiębiorstwa¹⁹.

Wyodrębnienie organizacyjne odnosi się do wewnętrznej struktury danego przedsiębiorstwa. W odniesieniu do tego kryterium prawo nie ustanawia żadnych precyzyjnych wymogów. Przykładowo o wyodrębnieniu organizacyjnym możemy mówić w przypadku, gdy dana masa majątkowa była przeznaczona na potrzeby określonego działu, zakładu bądź filii przedsiębiorstwa, realizującego określone, wyodrębnione czynności w ramach prowadzonej przez przedsiębiorcę działalności gospodarczej. Argumentem przemawiającym na rzecz uznania, że w danej sprawie mamy do czynienia z wyodrębnieniem organizacyjnym, może być odpowiedni zapis w statucie lub umowie regulującej działalność określonego podmiotu.

Wyodrębnienia finansowego nie należy utożsamiać z samodzielnością finansową, ponieważ trudno uznać, aby warunek ten mógł być spełniony przez jednostkę wchodzącą w skład istniejącego przedsiębiorstwa. Wyodrębnienie finansowe oznacza takie prowadzenie ksiąg podatkowych (a w szczególności ksiąg rachunkowych), gdzie zdarzenia gospodarcze są rejestrowane w odniesieniu do danej masy majątkowej, z którą są związane. Przepisy o rachunkowości pozwalają na tworzenie oddziałów samobilansujących się w każdej jednostce gospodarczej²⁰. W takiej sytuacji jednostka, w skład której

16 *Podatek dochodowy od osób fizycznych. Komentarz*, red. J. Marciniuk, Warszawa 2014, s. 36.

17 W. Dmoch, T. Szymura, *Podatek dochodowy od osób fizycznych. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 25.

18 Wyrok NSA z dnia 12 maja 2011 r. sygn. II FSK 2222/09.

19 Cf. Wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 9 kwietnia 2013 r. sygn. I SA/Rz 120/13.

20 A. Wencel *et. al.*, *Ustawa o rachunkowości. Komentarz*, red. E. Walińska, Warszawa 2013, s. 574.

wchodzą takie oddziały, zobowiązana jest do sporządzenia na koniec roku obrotowego łącznego sprawozdania finansowego. Problematyczne będzie jednak spełnienie wymogu wyodrębnienia finansowego w sytuacji, gdy podatnik nie prowadzi ksiąg rachunkowych, a jedynie podatkową księgę przychodów i rozchodów. W takiej sytuacji nie ma prawnej możliwości prowadzenia osobnych ksiąg przychodów i rozchodów dla każdego z oddziałów. W orzecznictwie pojawia się niekorzystne dla podatników twierdzenie, że o wyodrębnieniu finansowym nie może przesądzać fakt prowadzenia dla wydziału odrębnych kont w celu ewidencjonowania operacji związanych z jego działalnością²¹. Przy takim rozumieniu tego kryterium jest ono najostrzejszym spośród wszystkich. Stanowisko wyrażone w powołanym orzeczeniu jest jednak zbyt rygorystyczne. Za wystarczające należałoby uznać, że z wyodrębnieniem finansowym mamy do czynienia w sytuacji, gdy podmiot prowadzi ewidencję zdarzeń gospodarczych umożliwiającą przypisanie dla danej części przedsiębiorstwa określonych przychodów i kosztów w oparciu o jakiekolwiek rozwiązania techniczne, niekoniecznie w oparciu o sporządzanie dla wyodrębnionej części przedsiębiorstwa osobnego bilansu. Również w doktrynie podnosi się, że dla zaistnienia wyodrębnienia finansowego wystarczy wskazanie istnienia jakichkolwiek przejawów odrębności finansowej od pozostałej części przedsiębiorstwa²². Pozbawienie podatnika prawa do uznania części jego przedsiębiorstwa za jego zorganizowaną część jedynie na skutek braku stosowania wyodrębnionej rachunkowości stanowi przejaw zbyt restrykcyjnej wykładni prawa.

O wyodrębnieniu funkcjonalnym można mówić w sytuacji, kiedy określona masa składników majątkowych jest w danym przedsiębiorstwie wykorzystywana do realizacji określonych celów gospodarczych danego przedsiębiorstwa. Składniki zorganizowanej części przedsiębiorstwa – z gospodarczego punktu widzenia – muszą stanowić pełną całość.

Co szczególnie istotne, wyodrębnienie na wszystkich trzech wskazanych płaszczyznach musi zaistnieć przed dokonaniem czynności prawnej, która ma za przedmiot określone składniki majątkowe. Wyodrębnienie musi zgodnie z definicją ustawową zaistnieć już na etapie istniejącego przedsiębiorstwa. Nie jest w tej mierze wystarczająca potencjalna możliwość wyodrębnienia danej masy majątkowej na trzech wyżej wymienionych płaszczyznach. Dopiero wyodrębnienie danej masy majątkowej uprawnia do zastanawiania się nad tym, czy tak wyodrębniona masa może stanowić niezależne przedsiębiorstwo samodzielnie realizujące zadania gospodarcze.

21 Wyrok NSA z dnia 5 lipca 2007 r. sygn. II FSK 874/06.

22 A. Mariański, D. Strzelec, M. Wilk, *Podatek dochodowy od osób prawnych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 56.

Zobowiązania związane ze zorganizowaną częścią przedsiębiorstwa – wadliwość definicji zorganizowanej części przedsiębiorstwa

Warto w tym miejscu zaznaczyć, że na ustawową definicję zorganizowanej części przedsiębiorstwa składają się elementy materialne i niematerialne, w tym zobowiązania. Natomiast – jak już wcześniej wspomniano – w definicji przedsiębiorstwa z k. c. nie mieszczą się obecnie zobowiązania ani obciążenia związane z jego prowadzeniem. Krytycznie należy ocenić posłużenie się przez ustawodawcę w definicji zorganizowanej części przedsiębiorstwa zwrotem „w tym zobowiązania”, gdyż sugeruje ono, że zobowiązania należą niejako do oczywistych elementów niematerialnych, które składają się na przedsiębiorstwo. Jednakże na gruncie prawa cywilnego, definiując przedsiębiorstwo, ustawodawca również posłużył się pojęciem składników niematerialnych. Pomimo to cywilistyczna definicja przedsiębiorstwa, której stosowanie na gruncie ustaw o podatkach dochodowych jest konieczne ze względu na wyraźne do niej odesłanie, nie zawiera w sobie zobowiązań. Dodatkowych wątpliwości nasuwa fakt, że dla przyjęcia, iż mamy do czynienia ze zorganizowaną częścią przedsiębiorstwa, musimy wyodrębnić określony zespół składników materialnych i niematerialnych, do których zaliczają się zobowiązania w istniejącym już przedsiębiorstwie. W skład przedsiębiorstwa – na mocy definicji prawa cywilnego, do jakiej odsyłają przepisy ustaw o podatkach dochodowych – nie mogą jednak wchodzić zobowiązania. Tak sformułowana definicja zorganizowanej części przedsiębiorstwa daleka jest od standardów poprawnej legislacji. Jedynym – jak się wydaje – wyjściem z tej sytuacji jest przyjęcie, że pojęcie składników niematerialnych, o których mowa w definicji zorganizowanej części przedsiębiorstwa, jest szersze od pojęcia składników niematerialnych, o których mowa w art. 551 k. c. Definicja zorganizowanej części przedsiębiorstwa ujmuje zatem majątek w znaczeniu szerokim, a więc jako sumę zarówno aktywów, jak i zobowiązań.

W doktrynie można spotkać się z poglądem, że skoro zobowiązania stanowią część składników majątkowych tworzących zorganizowaną część przedsiębiorstwa, to są one składnikami majątku samego przedsiębiorstwa, obejmującego swoim zakresem wyodrębnione z niego organizacyjnie i finansowo elementy²³. Pogląd taki jest nie do zaakceptowania, gdyż ignoruje on w całości cywilistyczną definicję przedsiębiorstwa, do której to wprost odsyłają ustawy regulujące podatki dochodowe. Wykładnia literalna i historyczna biorąca pod uwagę dokonaną nowelizację art. 551 k. c. jednoznacznie wskazuje, że w obecnym stanie prawnym w skład przedsiębiorstwa nie wchodzi zobowiązania. Próba wyprowadzania z definicji zorganizowanej części przedsiębiorstwa definicji przedsiębiorstwa na potrzeby ustawy regulującej podatek dochodowy jest nieuprawniona w obliczu faktu jego zdefiniowania przez ustawodawcę.

23 P. Małecki, M. Mazurkiewicz, *CIT. Podatki i rachunkowość. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 88.

Za nieuprawniony należy zatem uznać pogląd, zgodnie z którym przedsiębiorstwo należy kojarzyć nie tylko z aktywami, ale również ciążącymi na tym majątku zobowiązaniami. Za błąd należy również uznać utożsamianie składników majątkowych zdefiniowanych w ustawach dochodowych jako aktywa w rozumieniu ustawy o rachunkowości, skorygowanych ewentualnie o wartość długów związanych funkcjonalnie z prowadzoną działalnością gospodarczą zbywcy, o ile długi nie zostały uwzględnione w cenie nabycia przedsiębiorstwa, z pojęciem składników materialnych i niematerialnych w rozumieniu prawa cywilnego, do którego to odwołuje się ustawa o podatkach dochodowych. Przedsiębiorstwo w znaczeniu podatkowym i cywilistycznym jest czymś więcej niż tylko sumą aktywów. Przykładowo wymienione w art. 551 k. c. księgi i dokumenty związane z prowadzeniem działalności gospodarczej a także tajemnice przedsiębiorstwa nie spełniają definicji aktywów, pomimo że na mocy wyraźnego brzmienia przepisu wchodzi one w jego skład.

Kolejnym z problemów, jaki może powstać na tle stosowania definicja zorganizowanej części przedsiębiorstwa, będzie zagadnienie, czy konieczne jest przeniesienie wszystkich zobowiązań związanych z danymi składnikami majątkowymi na ich nabywcę, aby przyjąć, że na gruncie prawa podatkowego transakcja miała za przedmiot zorganizowaną część przedsiębiorstwa. W orzecznictwie sądowoadministracyjnym zaprezentowano stanowisko zgodnie z którym, definicja zorganizowanej części przedsiębiorstwa nie wymaga, aby w jego skład musiały wchodzić wszystkie zobowiązania związane z daną częścią przedsiębiorstwa²⁴. Co szczególnie interesujące, w wyroku tym sąd doszedł do wniosku, że, poprzestając na wykładni gramatycznej, należałoby uznać, iż brak zobowiązań powoduje, że nie można mówić o zorganizowanej części przedsiębiorstwa. Odwołując się jednak do reguł wykładni celowościowej, uznano, że fakt braku zobowiązań nie może pozbawiać danego zespołu składników majątkowych statusu zorganizowanej części przedsiębiorstwa z tego względu, że zobowiązań takich może nie być na skutek ich wcześniejszej spłaty. O ile pogląd ten zasługuje na pełną aprobatę z praktycznego punktu widzenia, to jednak w ujęciu teoretycznym sąd odstąpił od literalnej wykładni definicji, dając prymat wykładni funkcjonalnej, a postępowanie takie jest niedopuszczalne w świetle derywacyjnej koncepcji wykładni prawa.

Dodatkowych wątpliwości w przypadku przeniesienia zobowiązań nastręcza fakt, iż zgodnie z art. 519 k. c. osoba trzecia może wstąpić w miejsce dłużnika, jednak do przejęcia długu konieczna jest umowa pomiędzy wierzycielem a osobą trzecią zawarta za zgodą dłużnika albo umowa pomiędzy dłużnikiem a osobą trzecią za zgodą wierzyciela. W przypadku zbycia zorganizowanej części przedsiębiorstwa stosowanie tych regulacji byłoby bardzo uciążliwe. Co więcej, brak zgody wierzyciela spowodowałby, że nie można byłoby mówić o transakcji mającej za przedmiot zorganizowaną część przedsiębiorstwa. Wyjściem z tego może być zawarcie pomiędzy nabywcą a zbywcą zorganizowanej części

24 Cf. Wyrok WSA w Warszawie z dnia 28 kwietnia 2011 r. sygn. III SA/Wa 1767/10.

przedsiębiorstwa umowy o zwolnienie z długu, dla której to zawarcia podstawę stanowi art. 392 k. c. W jej wyniku nie dochodzi do przejęcia wierzytelności, a jedynie do powstania nowego zobowiązania, którego treścią jest obowiązek osoby trzeciej zwolnienia dłużnika od obowiązku świadczenia na rzecz jej wierzyciela. Rozwiązanie takie – ze względu na prostotę i brak wymogu zgody dotychczasowego wierzyciela – zdaje się prostsze do stosowania. Jednakże jeśli patrzy się na to zagadnienie z punktu widzenia wykładni literalnej, nasuwa się wniosek, że poprzez zawarcie umowy o zwolnienie z długu nie następuje przejście zobowiązania na rzecz nabywcy. Wydaje się, że w tym miejscu należy również dać posłuch wykładni celowościowej, dopuszczającej, że taka umowa będzie wystarczającą podstawą dla uznania, że w skład danej masy majątkowej wchodzi także zobowiązania. Zakładając bowiem lojalność nabywcy, poniesie on ekonomiczny ciężar spłaty tych zobowiązań. W takim przypadku jego sytuacja będzie bardzo zbliżona do sytuacji nabywcy, który przejął na siebie obowiązek uregulowania długów w drodze cesji.

Prawa do nieruchomości a zorganizowana część przedsiębiorstwa

W orzecznictwie przyjmuje się, że wykładnia definicji zorganizowanej części przedsiębiorstwa nie daje podstaw dla przyjęcia, iż w jego skład musi wchodzić prawo do nieruchomości na których to działalność gospodarcza ma być prowadzona²⁵. Podkreśla się, że prawo do korzystania z nieruchomości można uzyskać także na podstawie odpłatnego posiadania zależnego (wynajem, dzierżawa, leasing)²⁶. Pogląd ten należy uznać za w pełni zasadny, a wskazówką w tym zakresie mogą być przepisy k. c. W art. 551 pkt. 2 mowa jest co prawda, że w skład przedsiębiorstwa wchodzi również własność nieruchomości oraz inne prawa rzeczowe do nieruchomości, jednak pamiętać należy, że jest to jedynie wyczerpujące przykładowe. Jak wspomniano wcześniej, orzecznictwo stanowi, że minimum składników materialnych i niematerialnych, przy których przeniesieniu można mówić, że przedmiotem czynności jest przedsiębiorstwo, stanowią te składniki konieczne dla podjęcia działalności gospodarczej. Co więcej, art. 751 § 1 k. c. stanowi, że zbycie przedsiębiorstwa powinno być dokonane w formie pisemnej z podpisami notarialnie poświadczonymi. Zgodnie jednak z § 4 przepis ten nie uchybia przepisom o formie czynności prawnych dotyczących nieruchomości. Gdyby przyjąć, że nie można mówić o przedsiębiorstwie, jeżeli dana masa nie zawiera praw do nieruchomości, to postanowienia § 1 byłby całkowicie zbędne. Oczywiście jest jednak, że taka wykładnia jest niedopuszczalna.

25 Cf. Wyrok NSA z dnia 30 sierpnia 2011 r. sygn. II FSK 502/10.

26 Cf. Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 21 kwietnia 2010 r. sygn. I SA/Po 132/10.

Przedsiębiorstwo i zorganizowana część przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o podatku od towarów i usług

Rozumienie pojęcia przedsiębiorstwa oraz definicja jego zorganizowanej części

Ustawa o podatku od towarów i usług, pomimo posługiwania się pojęciem przedsiębiorstwa, nie zawiera jego definicji. Pojęcie zorganizowanej części przedsiębiorstwa na potrzeby tego aktu prawnego jest identyczne ze znaczeniem, jakie to pojęcie ma na gruncie ustaw o podatkach dochodowych.

Praktyczne znaczenie pojęcia przedsiębiorstwa i zorganizowanej części przedsiębiorstwa uwidacznia się w sytuacji ich zbycia, zgodnie bowiem z art. 6 pkt. 1 postanowień ustawy o podatku od towarów i usług nie stosuje się do transakcji zbycia przedsiębiorstwa lub zorganizowanej części przedsiębiorstwa. W przepisie tym zawarto wyłączenie czynności zbycia, mającej za przedmiot przedsiębiorstwo lub jego zorganizowaną część. Co ciekawe, w powyższym przepisie ustawodawca posłużył się określeniem „transakcji zbycia”, a nie charakterystycznym dla tej ustawy pojęciem sprzedaży bądź też dostawy towarów, które to pojęcia są autonomiczne względem pojęć z prawa cywilnego. Ma to taki skutek, że wyłączenie będzie stosowane jedynie do czynności rozporządzających mających za przedmiot przedsiębiorstwo lub jego zorganizowaną część. Wyłączenie nie znajdzie zastosowania przykładowo do umów oddania przedsiębiorstwa do odpłatnego korzystania.

Pojęcie przedsiębiorstwa, pomimo braku definicji legalnej, rozumiane jest zgodnie z jego znaczeniem w prawie cywilnym, a więc w znaczeniu przedmiotowym²⁷. W jednym z orzeczeń²⁸ uznano, że aby na gruncie przepisów ustawy o podatku od towarów i usług mówić o przedsiębiorstwie konieczne jest, aby dany zespół składników majątkowych i niemajątkowych tworzył przedsiębiorstwo już u jego zbywcy. W tym samym orzeczeniu przyjęto, że aby mówić o transakcji zbycia przedsiębiorstwa, konieczne jest zbycie minimum składników majątku koniecznych dla realizacji zadań gospodarczych.

Z 1 grudnia 2008 roku dokonano nowelizacji ustawy, dodając do niej pojęcie zorganizowanej części przedsiębiorstwa, wprowadzono jednocześnie wyłącznie dla czynności jego zbycia. Przed tym dniem zwolnienie to, oprócz przedsiębiorstwa, obejmowało także zbycie zakładu (oddziału) samodzielnie sporządzającego bilans – tak sformułowany zakres wyłączenia budził wątpliwości w kontekście prawa wspólnotowego. Wspomniana nowelizacja zmodyfikowała zatem zakres tego wyłączenia, ponieważ pojęcie zorganizowanej części przedsiębiorstwa jest szersze od pojęcia zakładu samodzielnie sporządzającego bilans. Stan sprzed nowelizacji budził pewne wątpliwości z tego względu, że zakład, który samodzielnie sporządza bilans, jest na ogół na tyle odrębną masą majątkową, że pozwala to na uznanie jej za przedsiębiorstwo. Na tle stanu prawnego sprzed nowelizacji

27 Cf. Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 9 października 2008 r. sygn. I SA/Po 638/08.

28 Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 28 maja 2008 r. sygn. I SA/Bd 135/08.

pojęcie bilansu należało rozumieć zgodnie z ustawą o rachunkowości²⁹, a więc jako element obszerniejszego dokumentu – sprawozdania finansowego. Jednakże w drodze wykładni prowsólnotowej wywodzono, że wymóg ten jest w świetle regulacji wspólnotowych zbyt daleko idący. W jednym z orzeczeń³⁰ stwierdzono, że wymóg samodzielnego sporządzenia bilansu przez tę część przedsiębiorstwa nie powinien mieć decydującego znaczenia dla oceny, czy zachodzi wyłączenie, o którym mowa w art. 6 pkt. 1 *in fine* ustawy. Obecnie dla zaistnienia zorganizowanej części przedsiębiorstwa konieczne jest wyodrębnienie finansowe.

Niezgodność rozwiązań przyjętych w ustawie o podatku od towarów i usług z regulacjami Dyrektywy 2006/112

Co szczególnie dla ustawy o podatku od towarów i usług, znaczenie pojęć przedsiębiorstwa i jego zorganizowanej części musi być kompatybilne z treścią i celami Dyrektywy 2006/112. Zgodnie z jej art. 19 akapitem pierwszym, w przypadku przekazania, odpłatnie lub nieodpłatnie lub jako aportu do spółki całości lub części majątku, państwa członkowskie mogą uznać, że dostawa towarów nie miała miejsca i że w takim przypadku osoba, której przekazano towary, będzie traktowana jako następca prawny przekazującego.

Zacytowany powyżej przepis dyrektywy posługuje się pojęciami całości lub części majątku. O ile pojęcie całego majątku nie budzi większych wątpliwości, o tyle brak w dyrektywie definicji, co musi obejmować część majątku, aby możliwe było zastosowanie do jej przekazania wyłączenia przewidzianego w przytoczonym przepisie. Wątpliwość ta została wyjaśniona przez ETS w jednym z orzeczeń³¹, gdzie uznano, że zasada wyrażona w przepisie ma zastosowanie do każdego przedsiębiorstwa lub części przedsiębiorstwa mogącego samodzielnie prowadzić działalność gospodarczą. W jednym z orzeczeń³² ETS uznał za dopuszczalne zrównanie zbycia 100% udziałów w podmiocie zależnym z przekazaniem całości lub części majątku – co pozwala na zastosowanie do takiej czynności wyłączenia. Takie rozumienie części majątku, o którym wspomina dyrektywa, odpowiada na gruncie ustawy o podatku od towarów i usług definicji zorganizowanej części przedsiębiorstwa lub samego przedsiębiorstwa. Jak stwierdził w przytoczonym wyroku ETS, zwolnienie uwarunkowane jest od dalszego prowadzenia działalności gospodarczej przez nabywcę przy wykorzystaniu nabywanego majątku, sam zakres prowadzonej działalności nie musi być tożsamy z zakresem działalności prowadzonej przez zbywcę. Omawiane wyłączenie – zdaniem ETS – nie znajdzie zatem zastosowania w sytuacji, gdy celem nabywcy jest jedynie zlikwidowanie działalności i dalsza sprzedaż nabywanych aktywów. Zastrzeżeń takich nie zawiera jednak ustawowa definicja zorganizowanej

29 Wyrok NSA w Warszawie z dnia 6 listopada 2003 r. sygn. III SA 30/02.

30 Wyrok NSA z dnia 26 lutego 2010 r. sygn. I FSK 150/09.

31 Wyrok ETS z dnia 27 listopada 2003 r. sygn. C-497/01.

32 Wyrok ETS z dnia 29 października 2009 r. sygn. C-29/08.

części przedsiębiorstwa, a tym bardziej zastrzeżenia takiego nie można wyrazić co do przedsiębiorstwa z jego kodeksowej definicji.

Co szczególnie interesujące, przepis dyrektywy wymaga, żeby w przypadku zastosowania przez państwo członkowskie opcjonalnego zwolnienia nabywca całości lub części majątku był traktowany jako następca prawny przekazującego. Wątpliwości w tym zakresie nasuwa analiza polskiego stanu prawnego – ustawa o podatku od towarów i usług nakłada na nabywcę przedsiębiorstwa bądź jego zorganizowanej części jedynie obowiązek korekty podatku odliczonego³³. Rozwiązanie takie powoduje, że zbywca przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części nie jest zobligowany do dokonywania korekty podatku odliczonego w związku z dokonywaniem czynności rozporządzania towarami wchodzącymi w ich skład. Dyrektywa wymaga, aby nabywca całości lub części majątku, rozumianych na gruncie polskiej ustawy jako przedsiębiorstwo lub jego zorganizowana część był traktowany jak następca prawny. Sformułowanie to – według analizy literalnej – nie wymaga, aby nabywca był następcą prawną, a jedynie, by był traktowany w ten sposób³⁴. Celem tego przepisu jest jednak zagwarantowanie nabywcy przedsiębiorstwa prawa i obowiązków, które poprzednio przysługiwały zbywcy. Z drugiej strony, pojęcie następstwa prawnego należy rozumieć z uwzględnieniem celów dyrektywy – a więc tylko jako następstwo prawne na potrzeby podatku od towarów i usług. Ustawa o podatku od towarów i usług nie traktuje nabywcy przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części jak następcę prawnego zbywcy, regulacja polska nie przewiduje przykładowo, aby nabywca mógł dokonać korekty deklaracji podatkowych składanych przez zbywcę a pozostających w związku z nabytym przedsiębiorstwem albo jego zorganizowaną częścią.

Na gruncie Ordynacji Podatkowej ustawodawca na mocy jej art. 112 uczynił nabywcę przedsiębiorstwa lub zorganizowanej części przedsiębiorstwa odpowiedzialnym całym swoim majątkiem, solidarnie ze zbywcą za powstałe do dnia nabycia zaległości podatkowe, związane z prowadzoną działalnością gospodarczą. Odpowiedzialność ta wyłączona jest w sytuacji, gdy przy zachowaniu należytej staranności nabywca nie mógł wiedzieć o tych zaległościach. Granicę dla odpowiedzialności nabywcy stanowi wartość nabytego przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części. Co istotne, odpowiedzialność ta ma charakter odpowiedzialności osoby trzeciej, nie zaś następcy prawnego. Uregulowanie odpowiedzialności tej w ramach ordynacji podatkowej skutkuje tym, że dotyczy ona wszystkich podatków, a nie jedynie podatku od towarów i usług. Co prawda dyrektywa nie stawia nabywcy wymogu bycia następcą prawną, a jedynie takiego jego traktowania. Jednak nawet takie sformułowanie nie pozwala na uznanie, że polska regulacja pozostaje zgodna z wymogami dyrektywy, bowiem dla następstwa prawnego charakterystyczna jest odpowiedzialność bez ograniczeń, a także wstąpienia w ogół praw i obowiązków. Wstąpienia w prawa zbywcy, w odniesieniu do podatku od towarów i usług, nie przewi-

33 art. 91 ust. 9 ustawy o podatku od towarów i usług.

34 tak: Wyrok NSA z dnia 30 sierpnia 2011 r. sygn. I FSK 1199/10.

duje ustawa o podatku od towarów i usług. Taki skutek jest niemożliwy również podczas stosowania przepisów ordynacji podatkowej.

Pogląd o ułomnej implementacji dyrektywy w tym zakresie pojawia się także w orzecznictwie. W jednym z orzeczeń³⁵ stwierdzono, że ustawodawca dokonał implementacji ułomnie, jednak w drodze wykładni prawspółnotowej należy sukcesji tej nadać kształt wynikający z regulacji dyrektywy. Podkreślono przy tym, że celem takiego rozwiązania jest zachowanie zasady neutralności podatku. W przypadku zbycia przedsiębiorstwa lub zorganizowanej jego części dochodzi do sukcesji prawnopodatkowej³⁶. Unormowania na gruncie ustawy o podatku od towarów i usług stanowią przepisy szczególne względem regulacji ordynacji podatkowej, czego konsekwencją jest możliwość korzystania przez nabywcę przedsiębiorstwa z uprawnień służących zbywcy³⁷.

Pojęcie przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych

Od 22 stycznia 2010 roku również na gruncie ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych występuje pojęcie przedsiębiorstwa i jego zorganizowanej części. Zgodnie z art. 2 pkt 6 lit. c tiret pierwszy ustawy – nie podlegają podatkowi umowy spółki i ich zmiany związane z wniesieniem do spółki kapitałowej, w zamian za jej udziały lub akcje przedsiębiorstwa spółki kapitałowej lub jego zorganizowanej części. Przed wspomnianą nowelizacją ustawa posługiwała się pojęciem oddziału spółki kapitałowej. W obecnym brzmieniu nie zawiera ona definicji ani przedsiębiorstwa ani jego zorganizowanej części.

Wprowadzone wyłączenie jest konsekwencją obowiązywania Dyrektywy 2008/7/WE, gdyż zgodnie z jej art. 5 ust. 1 lit. e w zw. z art. 4 ust. 1 pkt. 1 – nie podlegają podatkowi spółki kapitałowe z tytułu przeniesienia przez jedną lub kilka spółek kapitałowych wszystkich swoich aktywów i pasywów lub jednego bądź więcej oddziałów do jednej lub więcej spółek kapitałowych, które są w trakcie tworzenia lub już istnieją pod warunkiem, że rekompensata obejmuje przynajmniej częściowo papiery wartościowe reprezentujące kapitał spółki przejmującej.

W piśmiennictwie podnosi się, że polskie tłumaczenie dyrektywy jest wadliwe³⁸, bowiem angielska wersja dyrektywy posługuje się pojęciem *branches of activity*, które należy tłumaczyć jako gałęzie działalności. Znaczenie tego pojęcia na gruncie prawa wspólno-

35 Wyrok WSA w Warszawie z dnia 28 maja 2010 r. sygn. III SA/Wa 2081/09.

36 Wyrok NSA z dnia 28 października 2011 r. sygn. I FSK 1660/10.

37 Wyrok WSA w Białymstoku z dnia 5 lutego 2013 r. sygn. I SA/Bk 435/12.

38 A. Mariański, M. Wilk, *Oddział spółki kapitałowej na gruncie ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych*, [w:] „Monitor Podatkowy” 2009, nr 4, s. 23.

towego zostało wyjaśnione przez jedno z orzeczeń ETS³⁹. Trybunał wyjaśnił w nim, że pojęcie *branches of activity* należy rozumieć jako sumę aktywów i osób zdolnych do realizacji określonej działalności. Wyrok ten, choć zapadł na tle dyrektywy 69/335/EWG będącej poprzedniczką obecnie obowiązującej dyrektywy 2008/7/WE, nadal zachował swoją aktualność ze względu na tożsamość pojęć.

Takie rozumienia pojęcia *branches of activity* pozwala w drodze wykładni prowsłownej na rozumienia pojęcia przedsiębiorstwa i zorganizowanej części przedsiębiorstwa w sposób autonomiczny, odmienny niż na gruncie poprzednio omówionych ustaw. Pojęcie to jest o tyle zgodne z pojęciem przedsiębiorstwa na gruncie polskich ustaw podatkowych, o ile na jego minimum składają się elementy niezbędne do realizacji określonej działalności gospodarczej. W przypadku pojęcia zorganizowanej części przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych, nie wydaje się konieczne wyodrębnienie organizacyjne i finansowe. Wystarczające dla uznania, że mamy do czynienia ze zorganizowaną częścią przedsiębiorstwa, będzie ustalenie, iż dana masa majątkowa obejmuje sumę aktywów zdolnych do realizacji określonych zadań. Odwołanie się w drodze wykładni systemowej zewnętrznej do definicji przedsiębiorstwa i zorganizowanej części przedsiębiorstwa bez uwzględnienia wspólnotowego znaczenia komentowanych pojęć należy uznać za niedopuszczalne. Taki zabieg interpretacyjny ignorowałby bowiem treść interpretowanego pojęcia na gruncie prawa wspólnotowego.

Podsumowanie

Pojęcie przedsiębiorstwa na gruncie prawa podatkowego jest rozumiane niemalże identycznie jak na gruncie prawa cywilnego. O ile stan ten w przypadku ustaw regulujących podatki dochodowe nie powoduje żadnych komplikacji, o tyle już na gruncie ustawy o podatku od towarów i usług brak autonomicznej definicji przedsiębiorstwa może być przyczynkiem dla kwestionowania jej zgodności z prawem unijnym. W szczególności należy zwrócić uwagę na to, że ustawodawca nie wywiązał się z obowiązku traktowania nabywcy przedsiębiorstwa jako następcy prawnego zbywcy na potrzeby rozliczeń tego podatku.

Pojęcie zorganizowanej części przedsiębiorstwa identycznie zdefiniowane na gruncie ustaw regulujących podatki dochodowe i ustawy o podatku od towarów i usług jest zdefiniowane w sposób wadliwy, nie uwzględniający faktu, że w skład istniejącego przedsiębiorstwa w świetle jego ujęcia w prawie cywilnym zgodnie z wąską koncepcją majątku nie mogą wchodzić zobowiązania. Rozwiązywanie tego rodzaju niezgodności wymaga od podmiotów stosujących prawo, w tym zwłaszcza od sądów administracyjnych kontro-

39 Wyrok ETS z dnia 13 października 1992 r. C-50/91.

lujących legalność działania administracji, uciekania się do reguł wykładni funkcjonalnej oraz odstępowania na jej rzecz od wyników wykładni językowej. Jak trafnie wskazuje doktryna włączenie do definicji zorganizowanej części przedsiębiorstwa zobowiązań doprowadziło do zbędnych komplikacji interpretacyjnych⁴⁰.

W ocenie autora wątpliwa jest konieczność funkcjonowania na gruncie ustaw podatkowych pojęcia „zorganizowana część przedsiębiorstwa”. Pojęcie przedsiębiorstwa funkcjonujące na obszarze prawa podatkowego, a zaczerpnięte z prawa cywilnego dopuszcza możliwość posiadania przez jeden podmiot prawa kilku przedsiębiorstw. Mając to na uwadze, należy uznać że pojęcie przedsiębiorstwa stwarza dostateczne możliwości dla obrotu zorganizowanymi i funkcjonalnie powiązаныmi wartościami niematerialnymi i materialnymi, które mogą w obrocie gospodarczym służyć za podstawę dla prowadzenia działalności gospodarczej. Jednak wobec aktualnego kształtu omawianych przepisów, należy wskazać, że definicja zorganizowanej części przedsiębiorstwa wymaga zmiany polegającej na usunięciu z ustawowej definicji zwrotu „w tym zobowiązania”. Tylko taki zabieg legislacyjny jest w stanie usunąć niezgodność występującą obecnie pomiędzy pojęciami przedsiębiorstwo a zorganizowana część przedsiębiorstwa.

Pojęcie przedsiębiorstwa i zorganizowanej części przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych należy rozumieć w sposób autonomiczny, odbiegający od definicji zawartych w innych ustawach podatkowych, co jest wynikiem orzecznictwa ETS. W szczególności zorganizowana część przedsiębiorstwa nie musi spełniać kryterium wyodrębnienia organizacyjnego i finansowego. Również ta kwestia powinna zostać uregulowana w zapisach polskiej ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych poprzez wprowadzenie do niej definicji przedsiębiorstwa i jego zorganizowanej części uwzględniającej wskazówki płynące z dotychczasowego orzecznictwa ETS. Definicje te nie mogą jednak odpowiadać definicjom omawianych pojęć, które funkcjonują na gruncie wyżej wspomnianych ustaw podatkowych.

SUMMARY

The concept of an enterprise and the concept of an organized part of an enterprise in Polish tax legislation

The purpose of this study was a presentation of the concept of an enterprise and the concept of an organized part of an enterprise in Polish tax legislation. The study focused on The Personal Income Tax Act, The Corporate Income Tax Act, The Goods and Services Tax Act and The Tax on Civil Law Transactions Act. An interpretation of the aforementioned concepts in the jurisdiction of Polish courts was also presented. Furthermore,

40 K. Serwińska, *PIT. Komentarz praktyczny*, red. J. Narkiewicz-Tarłowska, Warszawa 2014, komentarz elektroniczny, dostępny w bazie danych Legalis.

another aim was to look at the concept of an enterprise and the concept of an organized part of an enterprise from the point of view of European Union law. The study also tried to answer the question of whether The Goods and Services Tax Act and The Tax on Civil Law Transactions Act are compatible with European Union law.

Keywords: Financial law, the concept of an enterprise, the concept of an organized part of an enterprise

EWELINA KUSOWSKA

O postępowaniach dyscyplinarnych – uwagi na tle Uchwały Sądu Najwyższego I KZP 18/12 z dnia 24 stycznia 2013 roku

24 stycznia 2013 roku podjęta została uchwała SN orzekającego w składzie 7 sędziów w sprawie o sygnaturze I KPZ 18/12, w której to postanowił, iż w postępowaniu sądowym wszczynanym na skutek wniesienia do sądu okręgowego – sądu pracy i ubezpieczeń społecznych – odwołania od orzeczenia Krajowego Sądu Dyscyplinarnego¹ na podstawie art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 7 maja 2009 roku o biegłych rewidentach i ich samorządzie, podmiotach uprawnionych do badania sprawozdań finansowych oraz o nadzorze publicznym (Dz. U. Nr 77, poz. 649 ze zm.) stosuje się przepisy ustawy z dnia 6 czerwca 1997 – k.p.k. (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.). Orzeczenie zasługuje na zainteresowanie w szczególności z uwagi na złożoność szeroko pojmowanej problematyki postępowań dyscyplinarnych, objawiającej się zarówno w liczbie podmiotów, których dotyczy, problemów, z jakim można się spotkać w trakcie toczących się postępowań dyscyplinarnych, a także ze względu na wynikające z nich wątpliwości oraz metody ich wyjaśniania. Omawiane orzeczenie rozstrzyga co prawda jedynie kwestię właściwości stosownych przepisów karnoprocesowych w postępowaniu wszczętym na skutek wniesienia odwołania od orzeczenia KSD biegłych rewidentów, niemniej w swym uzasadnieniu SN zwraca uwagę na inny, równie ważny problem uwidoczniiony w rozpatrywanym zagadnieniu prawnym – to jest bałaganu i braku spójności w stosowanych przez ustawodawcę na gruncie prawa dyscyplinarnego rozwiązaniach – dając tym samym asumpt do podjęcia dyskusji na ten temat.

Uchwała orzekającego w powiększonym składzie SN z dnia 24 stycznia 2013 została podjęta po rozpoznaniu wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich². W związku z orzeczeniami zapadłymi odpowiednio 1 czerwca 2010 roku w sprawie o sygnaturze III SO 6/10 oraz dnia 30 września 2010 roku w sprawie o sygnaturze I KZP 11/10

¹ Dalej: KDS.

² Złożonego na podstawie art. 16 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2001 r. Nr 14, poz. 147 ze zm.) oraz art. 60 § 2 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz. U. Nr 240, poz. 2052 ze zm.).

Rzecznik Praw Obywatelskich wskazał rozbieżności co do tego, które przepisy procesowe, to jest k. p. c. czy też k. p. k., winny być stosowane w toku postępowania sądowego przed sądem pracy i ubezpieczeń społecznych rozpatrującym odwołanie od orzeczenia KSD dla biegłych rewidentów.

W pierwszym z przywołanych orzeczeń wyrażono przekonanie, że w postępowaniu toczącym się na skutek odwołania od orzeczenia KSD dla biegłych rewidentów przed sądem pracy i ubezpieczeń społecznych należy stosować przepisy k. p. c. W uzasadnieniu postanowienia w sprawie III SO 6/10 zauważono, iż w regulacji ustawowej odnoszącej się do zasad rozpoznawania przez sąd powszechny odwołania od orzeczenia KSD występuje luka polegająca na braku wskazania procedury, zgodnie z którą winno się toczyć przedmiotowe postępowanie. W myśl zajętego przez sąd stanowiska luka powstała na skutek usunięcia przez ustawodawcę zapisu o stosowaniu w postępowaniu odwoławczym od orzeczenia KSD biegłych rewidentów przepisów k. p. c. nie może zostać wypełniona dyspozycją art. 46 ustawy o biegłych rewidentach i ich samorządzie, podmiotach uprawnionych do badania sprawozdań finansowych oraz o nadzorze publicznym³ odsyłającą w sprawach nieuregulowanych w rozdz. 4 tejże ustawy do odpowiedniego stosowania przepisów k. p. k. W związku z przeprowadzeniem przez sąd analizy wykładni w oparciu o jej językowe, funkcjonalne i systemowe dyrektywy, ustalono, iż otrzymane wyniki przemawiają za stosowaniem w podobnych przypadkach przepisów k. p. c. Stanowisko to poparł w sprawie I KZP 18/12 prokurator Prokuratury Generalny – Aleksander Herzog.

Odmienne stanowisko wyraził natomiast SN w postanowieniu z dnia 30 września 2010 roku w sprawie o sygn. I KZP 11/10. W rozstrzygnięciu tym wyrażono pogląd, zgodnie z którym do postępowania przed sądem okręgowym, sądem pracy i ubezpieczeń społecznych w toku rozpoznawania odwołania od orzeczenia KSD ma zastosowanie przepis art. 46 u. b. r., a co z tym związane, w toczącym się postępowaniu winno stosować się odpowiednio przepisy k. p. k. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia sąd podkreślił, iż obecna treść przepisu art. 41 u. b. r. rzeczywiście nie zawiera normy jednoznacznie rozstrzygającej, która procedura znajduje zastosowanie przy rozpoznawaniu odwołania od orzeczenia KSD, jednakże jest to następstwo zabiegu dokonanego przez ustawodawcę, polegającego na usunięciu poprzednio obowiązującego uregulowania tej kwestii – wyraźnego wskazania na przepisy k. p. c. zawartego w ówczynie obowiązującym art. 33 ust. 2a. u. b. r. Stanowisko to poparł występujący w sprawie I KZP 18/12 przedstawiciel Rzecznika Praw Obywatelskich Mirosław Wróblewski. Analiza przytoczonych w wyrokach argumentów odwołujących się w obydwóch przypadkach do wykładni językowej, funkcjonalnej i systemowej doprowadziła SN do przekonania, iż nie do końca wspierają one tezę, którą miały uzasadniać. Należy zatem zadać sobie pytanie o przyczyny leżące u podstaw zaistniałej sytuacji.

3 Dalej: u. b. r.

Pierwszą, przychodzącą na myśl jest powszechnie panujący na gruncie prawa dyscyplinarnego zamęt i brak jasności przepisów powodujący wątpliwości oraz brak jednoznaczności co do właściwego stosowania przepisów dyscyplinarnych. Zjawisko to jest na tyle powszechne, że występuje zarówno wśród nie-prawników, którzy często jako pierwsi mają z nimi bezpośrednio do czynienia, jak również osób biegłych w prawie (czego przykładem są zaprezentowane w sprawie I KZP 18/12 odmienne stanowiska Rzecznika Praw Obywatelskich i Prokuratora Generalnego). W związku z powyższym w celu zobrazowania zjawiska problematyka postępowań dyscyplinarnych w dalszej części pracy zostanie omówiona w oparciu o cztery kryteria, to jest kryterium podmiotowe i przedmiotowe oraz kryterium autonomiczności i celowości.

Czynnikiem, mającym bez wątpienia wpływ na zaistniałą sytuację jest istota materii, jaką reguluje prawo dyscyplinarne – mianowicie konsekwencje niewłaściwego wykonywania tak zwanego zawodu zaufania publicznego – oraz wielości podmiotów, których te regulacje dotyczą. Już pobieżne zapoznanie się z różnymi aktami regulującymi postępowania dyscyplinarne pozwala zauważyć, iż w rzeczywistości nie dotyczą one jedynie zawodów zaufania publicznego, ale również takich grup jak studenci, wychowankowie zakładów poprawczych i schronisk dla nieletnich czy skazanych odbywających kary w zakładzie zamkniętym. Odpowiedzialności dyscyplinarnej mogą podlegać również członkowie organizacji, którzy, przystępując do nich dobrowolnie, zobowiązali się do przestrzegania ich wewnętrznych zasad i porządku. Za przykład mogą posłużyć tu członkowie kół łowieckich zrzeszeni w ramach Polskiego Związku Łowieckiego. Wobec takiej różnorodności podmiotów podlegających odpowiedzialności dyscyplinarnej nie sposób określić ich wspólnym mianem „zawodów zaufania publicznego” ani też zawęzić problematyki odpowiedzialności dyscyplinarnej wyłącznie do tej grupy zawodów. Zjawisko to dostrzegł już Zbigniew Leoński⁴, toteż zaproponowana przez niego systematyka grup społecznych podlegających odpowiedzialności dyscyplinarnej dzieli je na cztery podstawowe kategorie: służby mundurowe (na przykład Policja), funkcjonariuszy państwowych (na przykład sędziowie), destynariuszy zakładów publicznych (na przykład studenci) oraz innych przedstawicieli zawodów regulowanych (na przykład biegli rewidenty). Podział ten wydaje się nadal aktualny, pomimo iż obecny zakres podmiotowy poszczególnych kategorii jest odmienny w stosunku do pierwotnego, zarówno z uwagi na przemianę ustrojową, jak i ewolucję poszczególnych zawodów. To z kolei doprowadziło do zatarcia wcześniej wykształconego wyraźnego kształtu wzorcowego postępowania dyscyplinarnego na rzecz indywidualnych rozwiązań. Do podobnych wniosków doszedł SN, analizując stan prawny w sprawie I KZP 18/12, gdzie, odnosząc się do argumentu wnioskodawcy (RPO) opartego na wykładni systemowej, to jest jednolitego ukształtowania zasad zaskarżania orzeczeń korporacyjnych organów dyscyplinarnych, zauważył,

4 Cf. Z. Leoński, *Odpowiedzialność dyscyplinarna w prawie Polski Ludowej*, Poznań 1959.

iż w krótkim okresie (lata 2009 – 2011) zmodyfikowano w sposób istotny regulację dotyczącą omawianej materii w całym szeregu ustaw, podążając w zupełnie różnych kierunkach⁵. Tym samym odszedł od przyjętej koncepcji postępowania dyscyplinarnego wyrażonej w ustawie z dnia 23 listopada 2002 roku o SN⁶, zgodnie z którą przepisy procedury karnej były stosowane w postępowaniach dotyczących zawodów prawniczych, natomiast w pozostałych stosowano przepisy k. p. c. Wobec braku konsekwencji działań ustawodawcy i powstałego na jej skutek zamętu, koncepcja Leońskiego, w dalszym ciągu posiadająca swój ponadczasowy walor, stanowi istotną wskazówkę co do wyboru regulacji, do jakich warto się odnieść w razie powstałych wątpliwości interpretacyjnych, gdy specyfika sprawy wyklucza możliwość ich porównywania.

Opisując zatem krąg podmiotów podlegających odpowiedzialności dyscyplinarnej, należy podkreślić, iż będzie ona dotyczyć członków różnych grup społecznych z racji przynależności do nich i naruszenia zasad w tych grupach obowiązujących. Przykładowo, studenci podlegają odpowiedzialności dyscyplinarnej za naruszenie przepisów obowiązujących na uczelni oraz za czyny uchybiające godności studenta niezależnie od odpowiedzialności karnej, jaką ich czyn może powodować. Oznacza to, iż z jednej strony odpowiedzialność dyscyplinarna będzie miała charakter podmiotowo węższy (gdyż dotyczy tylko członków danej społeczności), a zarazem przedmiotowo szerszy (ponieważ nakłada na członków grupy dodatkowe obowiązki). To drugie znajduje swe uzasadnienie w specyfice społecznej funkcji pełnionej przez poszczególne grupy, charakterze zadań oraz związanych z ich działalnością oczekiwaniami i publicznym zaufaniem, jakim są obdarzone. Odpowiedzialność dyscyplinarną należy zatem postrzegać jako wyraz specyfiki poszczególnych grup oraz ochrony ich autonomii i samorządności.

Przedmiotem postępowania dyscyplinarnego jest rozstrzygnięcie odpowiedzialności przedstawiciela określonej grupy społecznej z tytułu dopuszczenia się tak zwanego deliktu dyscyplinarnego określanego przez poszczególne ustawy ustrojowe również przewinieniem bądź wykroczeniem dyscyplinarnym. Już na tym przykładzie widać, że stosowana przez ustawodawcę terminologia nie jest jednolita. Co więcej, jeśli przyjrzeć się poszczególnym znamionom czynów stanowiących przedmiot odpowiedzialności dyscyplinarnej, będą one różne w zależności od tego, do której z kategorii wyróżnionych przez Leońskiego zaliczymy daną grupę społeczną. Przykładowo: zgodnie z art. 107 ustawy prawo o ustroju sądów powszechnych⁷ sędzia odpowiada dyscyplinarnie za

5 Uwaga odnosi się m.in. do ustaw: o biegłych rewidentach, ustawie z dnia 7 maja 2009 r. (Dz. U. 2009.77.649), o izbach lekarskich z dnia 2 grudnia 2009 r. (Dz. U. 2009.219.1708), o zmianie ustawy o komornikach sądowych i egzekucji z dnia 29 sierpnia 1997 r. (Dz. U. 2011.231.1376), o Polskiej Akademii Nauk z dnia 30 kwietnia 2010 r. (Dz. U. 2010.96.619), o Instytutach Badawczych z dnia 30 kwietnia 2010 r. (Dz. U. 2010.96.618), o zawodzie pielęgniarstwa i położnej z dnia 1 lipca 2011 r. (Dz. U. 2011.174.1039).

6 Dz. U. 2002.240.2052.

7 Dz. U. 2013.427 z zm.

przewinienia służbowe, w tym za oczywistą i rażącą obrazę przepisów prawa i uchybienia godności urzędu. Sędzia odpowiada dyscyplinarnie także za swoje postępowanie przed objęciem stanowiska, jeżeli przez nie uchybił obowiązkowi piastowanego wówczas urzędu państwowego lub okazał się niegodnym urzędu sędziego. W ustawie o biegłych rewidentach⁸ art. 31. stanowi, iż biegły rewident podlega odpowiedzialności dyscyplinarnej za postępowanie sprzeczne z przepisami prawa, standardami rewizji finansowej, zasadami niezależności oraz zasadami etyki zawodowej. Zgodnie z art. 211. ustawy prawo o szkolnictwie wyższym⁹, student ponosi odpowiedzialność dyscyplinarną za naruszenie przepisów obowiązujących w uczelni oraz za czyny uchybiające godności studenta. Jednocześnie art. 139 teże ustawy statuuje, iż nauczyciel akademicki podlega odpowiedzialności dyscyplinarnej za postępowanie uchybiające obowiązkowi nauczyciela akademickiego lub godności zawodu nauczycielskiego. Z kolei art. 132 ustawy o Policji¹⁰ stanowi, iż policjant odpowiada dyscyplinarnie za popełnienie przewinienia dyscyplinarnego polegającego na naruszeniu dyscypliny służbowej lub nieprzestrzeganiu zasad etyki zawodowej. Ustawa doprecyzowuje również, iż naruszenie dyscypliny służbowej stanowi czyn policjanta polegający na zawinionym przekroczeniu uprawnień lub niewykonaniu obowiązków wynikających z przepisów prawa lub rozkazów i poleceń wydanych przez przełożonych uprawnionych na podstawie tych przepisów¹¹. Jak pokazują te przykłady, każda ustawa ustrojowa definiuje pojęcie przewinienia dyscyplinarnego indywidualnie dla grupy, której działanie reguluje. Niemniej w każdym z tych przypadków mamy do czynienia z zachowaniem niezgodnym z pewnym przyjętym za wzorcowy modelem zachowania, to jest postępowaniem sprzecznym z prawem, zasadami etyki lub

8 Dz. U. 2009.77.649.

9 Dz. U. 2012.572.

10 Dz. U. 2011.287.1687 z zm.

11 W pkt. 3 art. 132 ustawy o Policji ustawodawca wylicza czyny które w szczególności stanowią naruszenie dyscypliny służbowej: odmowa wykonania albo niewykonanie rozkazu lub polecenia przełożonego, względnie organu uprawnionego na podstawie ustawy do wydawania poleceń policjantom, z wyłączeniem rozkazów i poleceń, o których mowa w art. 58 ust. 2; zaniechanie czynności służbowej albo wykonanie jej w sposób nieprawidłowy; niedopełnienie obowiązków służbowych albo przekroczenie uprawnień określonych w przepisach prawa; wprowadzenie w błąd przełożonego lub innego policjanta, jeżeli spowodowało to lub mogło spowodować szkodę służbie, policjantowi lub innej osobie; postępowanie przełożonego w sposób przyczyniający się do rozluźnienia dyscypliny służbowej w podległej jednostce organizacyjnej lub komórce organizacyjnej Policji; stawienie się do służby w stanie po użyciu alkoholu lub podobnie działającego środka oraz spożywanie alkoholu lub podobnie działającego środka w czasie służby albo w obiektach lub na terenach zajmowanych przez Policję; utrata służbowej broni palnej, amunicji lub legitymacji służbowej; utrata przedmiotu stanowiącego wyposażenie służbowe, którego wykorzystanie przez osoby nieuprawnione wyrządziło szkodę obywatelowi lub stworzyło zagrożenie dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa powszechnego; utrata materiału zawierającego informacje niejawne.

godności, bądź też zachowaniem stanowiącym naruszenie obowiązków zawodowych¹². Z podobnym, blankietowym sformułowaniem normy regulującej pojęcie deliktu, czy też przewinienia dyscyplinarnego, możemy się spotkać w większości ustaw ustrojowych. Jak zauważył TK w wyroku z 27 lutego 2001 roku w sprawie o sygnaturze K 22/00, ustawowe pojęcie deliktu dyscyplinarnego zostało celowo niedookreślone z uwagi na obiektywną niemożność stworzenia katalogu zachowań zagrażających należytemu wykonywaniu obowiązków służbowych oraz zachowaniu godności zawodu¹³. W późniejszym zaś wyroku z 11 września 2001 roku¹⁴ TK stwierdza, iż klauzula określająca delikt dyscyplinarny jako zachowanie uchybiające godności zawodu, wyrażając istotę odpowiedzialności dyscyplinarnej, stanowi jedynie możliwie ogólne określenie, które wypełnia się treścią adekwatną do wymagań i oczekiwań stawianych przedstawicielom danej profesji. O ile bowiem stwierdzenie, iż delikt dyscyplinarny to postępowanie naruszające prawo bądź naruszenie obowiązków zawodowych nie budzi większych wątpliwości, o tyle naruszenie zasad etyki czy też godności nastrocza kolejne pytania o to, czym jest owa godność i jakie zasady etyczne są obowiązujące. Te zaś zostały formułowane dla każdej grupy oddzielnie i dopiero na ich podstawie możliwe jest rozpatrywanie, czy dane konkretnie-indywidualne zachowanie wypełnia znamiona deliktu dyscyplinarnego. Z racji wielości i różnorodności grup społecznych obowiązanych do przeprowadzenia procedury dyscyplinarnej wobec swych niesubordynowanych członków, poszczególne przypadki powinny być porównywane wyłącznie w obrębie danej grupy społecznej. Stąd też między innymi postulat, aby ocena naruszenia reguł godności była dokonywana przez samo środowisko. Wydaje się również, iż o ile znaczenie deliktu dyscyplinarnego powinno być indywidualnie dekodowane przez Komisję Dyscyplinarną orzekającą dla danej grupy zawodowej czy społecznej, o tyle stosowane przez nią procesowe zasady prowadzenia postępowania dyscyplinarnego mogą być jednolite dla poszczególnych Komisji, przy czym jednolitość ta nie stanowi ingerencji w autonomię samorządu. Co więcej, w sytuacji występujących wątpliwości co do słuszności interpretacji i prawidłowości stosowania przepisów, zasadna wydaje się możliwość odniesienia się do innych, analogicznych regulacji. Podobnym przekonaniem kierował się SN w sprawie I KZP 18/12, bowiem, dokonując analizy przedstawionego stanu prawnego, odwoływał się do regulacji prawnych zawartych w poszczególnych ustawach ustrojowych, regulujących postępowania dyscyplinarne dla różnych zawodów.

Jak wcześniej podkreślano, indywidualne kształtowanie przepisów regulujących wykonywanie poszczególnych zawodów bądź realizację zadań określonych organizacji stanowi przede wszystkim wyraz ich autonomii i niezależności, co znajduje swe uzasadnienie

12 Przy czym rzadko się zdarza aby ustawa szczegółowo wymieniała konkretne zachowania kwalifikowane jako naruszenia.

13 Wyrok TK z dnia 27 lutego 2001 r., syng. akt K 22/00.

14 Wyrok TK z dnia 11 września 2001 r., sygn. akt SK 17/00.

w społecznie doniosłej roli pełnionej przez poszczególne grupy zawodowe i organizacje, charakterze zadań oraz związanych z ich działalnością oczekiwaniach i publicznym zaufaniem, jakim są obdarzone. Jednym z atrybutów owej autonomiczności jest możliwość decydowania o pociągnięciu do odpowiedzialności dyscyplinarnej swych członków. W literaturze prawniczej, tak polskiej, jak i zagranicznej, prezentowane są różne poglądy na temat charakteru prawnego odpowiedzialności dyscyplinarnej. W szczególności kontrowersje budzi kwestia zaliczania jej do sfery szeroko rozumianego prawa karnego czy raczej prawa administracyjnego. Wątpliwości te mają o tyle doniosłe znaczenie, iż od uznania odpowiedzialności dyscyplinarnej za odmianę odpowiedzialności karnej zależy zasadność i możliwość stosowania przepisów części ogólnej k. k. Przyznanie, iż odpowiedzialność dyscyplinarna stanowi pewien rodzaj odpowiedzialności karnej, otwiera drogę dla rozważań nad słusnością stosowania ustawowych zasad odpowiedzialności karnej na zasadzie *analogii iuris*. W doktrynie nie ma jednak w tym względzie jednomyślności¹⁵, toteż należy przynajmniej rozważyć zasadność wyodrębnienia prawa dyscyplinarnego i usamodzielnienia go jako autonomicznej dyscypliny prawa, pomimo wyraźnego odwołania się do odpowiedniego stosowania przepisów karnych w kwestiach nieuregulowanych w ustawie ustrojowej. Wniosek ten nasuwa się, jeśli przyznamy rację pogładowi, zgodnie z którym fakt występowania podobieństw cech¹⁶ konstrukcji prawnych w poszczególnych rodzajach odpowiedzialności (na przykład zawodowej, pracowniczej i karnej), nie uzasadnia i nie powinien powodować stawiania między nimi znaku równości¹⁷. Przytoczony pogląd znajduje swe uzasadnienie w stanowiskach wyrażonych przez TK w wyroku z dnia 8 grudnia 1998 roku, w którym stwierdza się, iż wprowadzenie szczególnej regulacji odpowiedzialności dyscyplinarnej, wyodrębnienie jej procedur oraz nadanie tym procedurom pozasądowego charakteru znajdować może podstawę w specyfice poszczególnych grup zawodowych oraz ochronie ich autonomii i samorządności¹⁸, a także wyroku z dnia 27 lutego 2001 roku¹⁹ w którym TK stwierdza, iż odpowiednie stosowanie przepisów k. p. k. nie oznacza, że postępowanie dyscyplinarne staje się postępowaniem

15 *Vid.* A. Bojańczyk, *Z problematyki relacji między odpowiedzialnością dyscyplinarną i karną (na przykładzie odpowiedzialności zawodów prawniczych)*, Państwo i Prawo, z. 9, 2004, s. 17 – 31 oraz artykuł polemiczny T. Bojarski, *Kilka uwag na temat relacji między odpowiedzialnością dyscyplinarną a karną*, „Państwo i Prawo” z. 3, 2005, s. 99 – 104.

16 Do cech determinujących charakter prawny odpowiedzialności dyscyplinarnej zazwyczaj zalicza się: wąski krąg podmiotów jej podlegających, niedookreślone pojęcie deliktu dyscyplinarnego, rodzaj naruszonego dobra i wiążący się z nim stopień społecznej szkodliwości czynu, funkcje postępowania dyscyplinarnego, charakter prawny organów orzekających o odpowiedzialności dyscyplinarnej, stopień represyjności sankcji dyscyplinarnych i ich cele, zupełność przepisów dyscyplinarnych i ewentualne odesłania do innych aktów prawnych w sprawach przez nie nieuregulowanych.

17 *Cf.* J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne*, Warszawa 1976, s. 126.

18 Wyrok TK z dnia 8 grudnia 1998 r., sygn. akt K 41/97,.

19 Wyrok TK z dnia 27 lutego 2001 r., syng. akt K 22/00.

karnym²⁰. Trybunał podkreśla, iż jest to niewątpliwie postępowanie szczególne, toczące się według zasad określonych w odpowiedniej ustawie ustrojowej, jedynie z posiłkowym zastosowaniem przepisów kodeksu postępowania karnego²¹. Niemniej zarówno prawo karne, jak i prawo dyscyplinarne przynależą do szerszej grupy zwanej prawem represyjnym, z czego może wynikać wspólnota reguł tego prawa, odnoszących się do wszystkich wchodzących w jego skład dziedzin²².

Kolejną istotną cechą postępowania dyscyplinarnego, o której należy wspomnieć, jest jego niezależność w stosunku do toczącego się postępowania karnego, pomimo iż w większości przypadków pierwszeństwo będzie miało właśnie postępowanie karne. Pierwszeństwo to zostało potwierdzone w uchwale SN z dnia 28 września 2006 roku²³ wyjaśniającej, że w razie jednoczesności i podmiotowo-przedmiotowej tożsamości obydwu postępowań zachodzi konieczność zawieszenia postępowania dyscyplinarnego do czasu ukończenia postępowania karnego. Niezależność postępowania dyscyplinarnego wyraża się między innymi w tym, iż organ dyscyplinarny powołany do oceny, czy czyn stanowi przewinienie dyscyplinarne, nie bada, czy określone zdarzenie zawiera znamiona przestępstwa, gdyż uprawnienie to przysługuje jedynie sądom karnym. W przypadku wszczęcia postępowania zawodowego w przedmiocie czynu, za który członek określonej grupy, zawodu bądź organizacji został wcześniej skazany przez sąd karny, celem postępowania dyscyplinarnego jest w szczególności zbadanie, czy cele, jakie miałyby do spełnienia w danym przypadku sankcja dyscyplinarna, nie zostały osiągnięte przez wymierzenie kary kryminalnej²⁴. Co więcej, wydaje się, iż występujące w większości ustaw ustrojowych sformułowanie przepisu w postaci „postępowanie dyscyplinarne (...)” toczy się niezależnie (...)” oznacza, że w każdym przypadku uznania, iż popełnione przez obwinionego przestępstwo stanowi równocześnie przewinienie dyscyplinarne powinno dojść do podwójnej odpowiedzialności²⁵. Wątpliwości co do powstałej swoistej „podwójnej karalności” rozstrzygnął na korzyść powyższej interpretacji SN, uznając w wyroku

20 Szerzej o pojęciu odpowiedniego stosowania przepisów: J. Nowacki, „Odpowiednie” stosowanie przepisów prawa, [w:] „Państwo i Prawo”, z. 3, 1964, s. 367 – 376. Także: A. Światłowski: *Metody kształtowania poszczególnych postępowań odmiennych od modelowego*, [w:] *Węzłowe problemy procesu karnego. Materiały konferencyjne*, red. P. Hofmański, Warszawa 2010, s. 373 – 377.

21 Wyrok TK z dnia 27 lutego 2001 r., syng. akt. K 22/00. Także: K. Dudka, *Stosowanie przepisów k.p.k. w postępowaniu dyscyplinarnym w stosunku do nauczycieli akademickich*, [w:] *Węzłowe problemy procesu karnego. Materiały konferencyjne*, red. P. Hofmański, Warszawa 2010, s. 356.

22 K. Dudka, *Odpowiedzialność dyscyplinarna i zakres stosowania przepisów kodeksu postępowania karnego w postępowaniu dyscyplinarnym wobec nauczycieli akademickich*, *Studia Iuridica Lublinensia*, t. IX 2007, s. 9 – 25.

23 Uchwała SN w składzie siedmiu sędziów, z dnia 28 września 2006 r., w sprawie I KZP 8/06; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 października 2008 r., sygn. akt SNO 76/08.

24 *Vid.* E. Zielińska, *Odpowiedzialność zawodowa lekarza a odpowiedzialność karna*, [w:] „Prawo i Medycyna”, s. 66.

25 *Ibidem*, s. 64.

z 18 lutego 1994 roku, iż sąd lekarski orzekający w sprawie odpowiedzialności zawodowej, uznawszy oskarżonego za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu, nie może odstąpić od wymierzenia kary²⁶.

Wzmiankowane cele sankcji dyscyplinarnej kształtują się odmiennie niż cele kary kryminalnej. W prawoznawstwie podnosi się, że istotą sankcji karnej – w odróżnieniu od sankcji egzekucyjnej (na przykład administracyjnej, cywilnej) – jest zadanie dolegliwości za niezgodne z prawem zachowanie adresata normy prawnej, jej funkcją zaś jest odpłata. Ponadto podnosi się, że zastosowanie poszczególnych sankcji egzekucyjnych czy karnych wywołuje odmienne skutki dla podmiotu, wobec którego określona sankcja jest stosowana (w wyniku zastosowania sankcji egzekucyjnej nie dochodzi do nałożenia nowych obowiązków, lecz do realizacji tych już wcześniej istniejących). Wskazuje się również, że właściwością sankcji egzekucyjnych jest to, iż mogą, a nawet powinny być uchylone w razie spełnienia obowiązku, dla którego przymusowego wykonania zostały ustanowione, zaś właściwością sankcji karnych jest ich retrospektywne ukierunkowanie i jako takie w zasadzie nie podlegają uchyleniu²⁷. Marek Antoni Nowicki wskazuje, że wyniki analizy orzecznictwa Trybunału Europejskiego pozwalają na postawienie wniosku, iż najważniejsza jest natura czynu karalnego, gdyż karę wymierza się przede wszystkim dla odpłaty i odstraszenia samego sprawcy i innych. Jej podstawą musi być więc ogólna norma mająca cel zarówno prewencyjny, jak i represyjny²⁸. Autor wskazuje również, iż sankcja ma charakter karny, jeśli prawo będące jej podstawą stosuje się do wszystkich, a nie tylko do określonej grupy o specjalnym statusie²⁹. W odniesieniu do kar dyscyplinarnych Trybunał stoi na stanowisku, że nie są one sankcjami karnoprawnymi, gdyż odpowiedzialność dyscyplinarna pozbawiona jest cechy powszechności, a brak cechy powszechności sankcji dyscyplinarnych decyduje o ich niekarnym charakterze³⁰. Dlatego też jakkolwiek sankcje dyscyplinarne należy zaliczyć do grona sankcji o charakterze represyjnym i nie należy utożsamiać ich z sankcjami karnymi³¹.

Poszczególne sankcje dyscyplinarne zostały wymienione enumeratywnie we właściwych ustawach ustrojowych, a zatem o samym fakcie ich stosowania w postępowaniu

26 Wyrok SN z dnia 18 lutego 1994 r., sygn. akt I PLN 1/94.

27 *Vid.* P. Burzyński, *Ustawowe określenie sankcji karnej*, Warszawa 2008 r., s. 22.

28 *Cf.* M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo*, t. I, *Prawo do rzetelnego procesu*, Zakamycze 2001, s. 28.

29 *Ibidem*, s. 28.

30 *Ibidem*, s. 29 i orzeczenie ETPCz Engel przeciwko Holandii z dnia 8 czerwca 1976 r., A. 22.

31 Zdaniem M. Cieślaka, ograniczenie regulacji dyscyplinarnej przez związanie jej z określonym kręgiem społecznym nie przekreśla faktu, że kara dyscyplinarna jest, podobnie jak kara kryminalna, celową dolegliwością i służy podobnym celom. O faktycznym związku tych dwóch rodzajów kar świadczy również istnienie treściowej zbieżności sądowej kary dodatkowej, w postaci czasowego lub trwałego pozbawienia prawa wykonywania zawodu, odpowiedniej funkcji czy określonej działalności, z właściwymi karami dyscyplinarnymi. M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Kraków 2011, s. 26.

dyscyplinarnym zdecydował ustawodawca, dostosowując ich rodzaj do specyfiki grupy podmiotów, wobec których miałyby być zastosowane³², oraz celów, jakie miałyby zostać osiągnięte. Rozwiązanie to ma służyć odpowiedniemu zabezpieczeniu gwarancji praw człowieka i obywatela wynikających z zasady *nulla poena sine lege*. Zastosowana kara dyscyplinarna, co należy podkreślić, wywiera skutek wyłącznie w sferze stosunku pomiędzy obwinionym a organizacją, czy też środowiskiem zawodowym, do którego on należy, w przeciwieństwie do kar kryminalnych, które oddziałują na relacje sprawcy z państwem oraz resztą społeczeństwa. Należy bowiem pamiętać, iż pociągnięcie do odpowiedzialności dyscyplinarnej nie jest represją karną czy karą służbową, lecz autonomiczną formą rozliczenia się danego środowiska z tymi jego członkami, którzy wyrządzają mu szkody moralne, podważając jego autorytet i dobre imię³³.

Zawarte w odpowiednich ustawach katalogi kar dyscyplinarnych, jakkolwiek uregulowane indywidualnie dla każdej grupy podmiotów podlegających odpowiedzialności dyscyplinarnej, wykazują pewien stopień podobieństwa. W szczególności często pojawiają się kary upomnienia, nagany bądź pozbawienie członka danej grupy wynikających z przynależności do niej praw – na przykład prawa wykonywania zawodu. Sankcje dyscyplinarne zostały odpowiednio uporządkowane w kolejności od najmniej do najbardziej dotkliwych, przy czym, ze względu na rodzaj dobra, w jaki godzą poszczególne delikty dyscyplinarne, mają one przede wszystkim charakter bądź społeczno-moralny (na przykład nagana, upomnienie), bądź związany ściśle z charakterem danej grupy (pozbawienie praw członka danej grupy, z prawem lub bez prawa powrotu, czasowe zawieszenie w prawach), natomiast kary godzące w sferę materialną ukaranego stanowią rzadkość³⁴. Podobny układ sankcji sugeruje funkcje, jakie poszczególne kary mają pełnić, zatem za podstawową należy uznać funkcję naprawczą, służącą ulepszeniu danego środowiska. Przykładowo, celem kar upomnienia czy też nagany jest przede wszystkim nałożenie na obwinionego uciążliwości, w wyniku której dojdzie on do przekonania, iż jego zachowanie nie odpowiada potrzebom danego środowiska, oraz zmotywowanie do weryfikacji i zmiany swej postawy. Równie istotnym aspektem tych kar jest wyrażenie społecznego potępienia czynu oraz wynikające z niego podkreślenie, iż dana społeczność określonych zachowań nie tylko nie pochwała, ale i nie akceptuje. Kary te pełnią bowiem zarazem funkcję prewencyjną i wychowawczą, sygnalizując pozostałym członkom środowiska, jakiego rodzaju zachowania są promowane, a jakiego uważane za niepożądane. Dopiero w sytuacji, gdy próba naprawienia negatywnej postawy okazuje się daremna, stosowane

32 Państwo sprawuje kontrolę nad karaniem dyscyplinarnym w tym sensie, że kary dyscyplinarne są najczęściej określone wprost w ustawie, w innych zaś przypadkach muszą być określone w statucie, który trzeba przedstawić władzy rejestrującej zrzeszenie.

33 *Vid.* J. Induski, J. Leowski, *Podstawy medycyny społecznej*, Warszawa 1971, s. 568 oraz *Organizacja ochrony zdrowia*, Warszawa 1978, s. 225.

34 *Vid.* Z. Leoński, *Odpowiedzialność dyscyplinarna w prawie PRL*, Lublin 1959, s. 29.

są kary o charakterze oczyszczającym, to jest polegające na wydaleniu danej osoby ze środowiska i pozbawieniu jej przysługujących z racji przynależności do niego praw³⁵. Pozbawienie praw może mieć charakter przemijający i polegać na czasowym zawieszeniu bądź też na ich trwałym i nieodwracalnym pozbawieniu³⁶. Reasumując, powyższe rozważania prowadzą do wniosku, iż celem ogólnym stosowania kar dyscyplinarnych jest dążenie do wywołania konkretnych skutków w postaci utrwalania prawidłowych postaw moralno-etycznych, zapewnienia i ochrony wysokiego poziomu wykonywanych obowiązków (na przykład jakości świadczonych usług bądź wypełnianych zadań) oraz wzmocnienie wewnętrznej dyscypliny organizacji.

Drugim aspektem problematyki odpowiedzialności dyscyplinarnej, na który zwrócił uwagę SN, rozpatrując sprawę I KZP 18/12, jest zróżnicowanie stosowanych w ustawach ustrojowych rozwiązań prawnych i konsekwencje wynikające z odmiennego stopnia zabezpieczenia gwarancji procesowych przysługujących stronom toczącego się postępowania³⁷. Gwarancje uprawnień stron (na przykład prawa do rzetelnego procesu), wynikających ze stosowanych w postępowaniu dyscyplinarnym przepisów procesowych cywilnych bądź karnych, nie są jednakowe, co z kolei przekłada się na faktyczny brak równości między odpowiadającymi sobie uczestnikami poszczególnych postępowań, na co zwrócił uwagę między innymi Europejski Trybunał Praw Człowieka³⁸. Problem ten został dostrzeżony również przez polskie organy wymiaru sprawiedliwości oraz Rzecznika Praw Obywatelskich, który w oparciu o orzecznictwo TK³⁹ argumentował w swym

35 Zdaniem R. Giętkowskiego kary dyscyplinarne powodujące rozwiązanie lub negatywną zmianę treści stosunku prawnego łączącego członka z jego organizacją publiczną, jako konsekwencję naruszenia obowiązków prawnych (o ile ich orzekanie stanowi wyłączną czy przynajmniej podstawową przyczynę zajścia tego typu zdarzeń), pełnią również funkcję stabilizacyjną: R. Giętkowski, *Funkcja stabilizacyjna kar dyscyplinarnych*, [w:] *Sankcje administracyjne. Blaski i cienie*, red. R. Lewicka, M. Lewicka, M. Stahl, Warszawa 2011, s. 193 – 201.

36 Cf. S. Pawłowski, *Charakter prawny kary zakazu wykonywania wolnego zawodu* [w:] *Sankcje administracyjne. Blaski i cienie*, red. R. Lewicka, M. Lewicka, M. Stahl, Warszawa 2011, s. 360 – 372.

37 Vid. P. Przybyś, *Prawo do sądu w sprawach dyscyplinarnych*, *Państwo i Prawo*, z. 8, 1998 r., s. 68.

38 W orzeczeniu ETPCz z 27 października 1993 r. w spr. *Dombo Beheer vs Holandia* (A. 274, par. 32) Trybunał stwierdza wprost, iż prawo do rzetelnego procesu sądowego odnosi się do spraw cywilnych i karnych, jednak przy rozpatrywaniu spraw cywilnych państwom stawia się pod tym względem mniejsze wymagania. Podobnie ETPCz w orzeczeniu z 23 października 1996 r. w spr. *Lévages Prestations Services vs Francja* (RJD 1996 – V, par. 46). Odmiennie argumentował Rzecznik Praw Obywatelskich w sprawie K 9/10 przed Trybunałem Konstytucyjnym, w której dowodził iż model apelacji cywilnej w dużo większym stopniu uwzględnia dyrektywy wynikające z konstytucyjnego prawa do sądu niż charakteryzujący się zdecydowanie bardziej ograniczonym zakresem kontroli model wzorowany na kasacji karnej.

39 Wyrok TK z dnia 2 września 2008 r., sygn. akt K 35/06, wyrok TK z dnia 12 lipca 2011 r., sygn. akt SK 49/08, wyrok TK z dnia 14 marca 2006 r., sygn. akt SK 4/05, wyrok TK z dnia 3 lipca 2007 r., sygn. akt SK 1/06, wyrok TK z dnia 1 lipca 2008 r., sygn. akt SK 40/07, wyrok TK z dnia

wniosku⁴⁰ inicjującym postępowanie w sprawie I KZP 18/12, iż wszelkie gwarancje praw jednostki zawarte w rozdziale II Konstytucji („Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela”) mają zastosowanie również w postępowaniach dyscyplinarnych, gdyż są to postępowania służące poddaniu obywatela pewnej formie ukarania lub sankcji, a zatem mają charakter represyjny⁴¹. Jedną z wspomnianych gwarancji jest wynikające z art. 45 ust. 1 prawo jednostki do sądu, zgodnie z którym „każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”. W orzecznictwie TK przyjęło się, iż na prawo do sądu składają się trzy aspekty: prawo do uruchomienia procedury przed właściwym, niezależnym, bezstronnym i niezawisłym sądem; prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności (sprawiedliwego, rzetelnego postępowania sądowego); oraz prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd. TK wielokrotnie wskazywał, iż zasada sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy, stanowiąca element prawa do sądu, przewiduje dostosowanie kryteriów oceny rzetelności procedur sądowych do ich funkcji i charakteru prawnego⁴². Stanowisko to wydaje się potwierdzeniem wcześniejszego, wyrażonego przez TK w wyroku z dnia 1 lipca 2008 roku o sygn. SK 40/07 w którym Trybunał stwierdził, iż sprawiedliwość proceduralna nie może być oceniana w kategoriach abstrakcyjnych, niezależnie od kategorii spraw, które są przedmiotem rozpoznania sądowego, konfiguracji podmiotowych, znaczenia poszczególnych kategorii praw dla ochrony interesów jednostki i tym podobnych. Z tego też powodu należy uznać za zasadny pogląd SN wyrażony w orzeczeniu zapadłym w sprawie I KZP 18/12, zgodnie z którym model postępowania, gdzie na poszczególnych jego etapach stosowane są przepisy różnych procedur, nie sprzyja zapewnieniu właściwego poziomu gwarancji procesowych. SN podkreślił, iż brak spójności w dotychczasowym rozwiązaniu powoduje niekorzystną konsekwencję w postaci zderzenia dwóch reżimów postępowania w jednym procesie dyscyplinarnym, ale na różnych jego etapach⁴³. Wykładnia przyjęta przez SN w uchwale I KZP 18/12 z dnia 24 stycznia

28 lipca 2004 r., sygn. akt P 2/04. – podaję za: wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich RPO-702362-I/12/MW, Warszawa 27.08.2012.

40 Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich RPO-702362-I/12/MW, Warszawa 27.08.2012.

41 Wyrok TK z dnia 8 grudnia 1998 r., sygn. akt K 41/97; *vid.* wyroki z 16 listopada 1999 r., sygn. akt SK 11/99, oraz 11 września 2001 r., sygn. akt SK 17/00. O przynależności prawa dyscyplinarnego do grupy prawa represyjnego patrz: K. Dudka, *Odpowiedzialność dyscyplinarna i zakres stosowania przepisów kodeksu postępowania karnego w postępowaniu dyscyplinarnym wobec nauczycieli akademickich*, „Studia Iuridica Lublinensia” t. IX, 2007, s. 9 – 25. Podobny pogląd wyraził M. Cieślak, zdaniem którego zjawisko karania nie ogranicza się wyłącznie do sfery państwowego prawa karnego. M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Kraków 2012, s. 24.

42 Wyrok TK z dnia 14 marca 2006 r., sygn. akt SK 4/05, oraz wyrok z dnia 3 lipca 2007 r., sygn. akt SK 1/06.

43 Cf. M. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Krótki komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Kraków 2000, s. 164 – w odniesieniu do stosowania art. 6 ust.1 Konwencji, wyłącz-

2013 roku pozwala na częściowe usunięcie problemu, jednakże nie jego kompleksowe rozwiązanie. Na marginesie powyższych rozważań należy również odnotować, iż zaledwie trzy dni po ogłoszeniu uchwały SN w sprawie I KZP 18/12 został ogłoszony wyrok TK w sprawie SK 28/11, w którym TK orzekł o zgodności z Konstytucją art. 54 ust. 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów⁴⁴ w zakresie, w jakim do odwołań od orzeczeń okręgowego sądu dyscyplinarnego architektów i rozpoznawania sprawy przez KSD oraz odwołań od orzeczenia KSD i rozpoznawania sprawy przez sąd apelacyjny – sąd pracy i ubezpieczeń społecznych mają zastosowanie przepisy k. p. c. o apelacji⁴⁵ w zakresie norm gwarancyjnych dotyczących obwinionego, wynikających z rozdziału II Konstytucji. Po dokonaniu analizy stanu faktycznego i prawnego, TK orzekł, iż to do legislatora należy określenie stosownej do rozpoznawania danego rodzaju sprawy procedury, która powinna umożliwiać jednostce realizację prawa do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji), a – w wypadku postępowań represyjnych – zapewniać również gwarancje wynikające z prawa do obrony (art. 42 ust. 2 Konstytucji). W sprawie SK 28/11 Trybunał uznał, że ustawodawca, przewidując w art. 54 ust. 5 zdaniu pierwszym SamArchitektU stosowanie przepisów k. p. c. o apelacji do rozpoznawania odwołań od orzeczeń KSD dla architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów, nie przekroczył granic swobody regulacyjnej, a zaskarżony przepis umożliwia obwinionemu skuteczną obronę praw w ramach procedury zapewniającej efektywną i rzeczywistą sądową kontrolę orzeczeń wydawanych przez samorządowe organy dyscyplinarne. Jednocześnie TK zastrzegł, iż poza zakresem kontroli sprawowanej przez TK pozostaje ocena, czy inna procedura (na przykład karna) mogłaby w sposób „pełniejszy” umożliwiać realizację praw obwinionego. Co więcej, zdaniem TK, zgodnie z powołanym orzecznictwem konstytucyjnym obwinionemu w postępowaniu dyscyplinarnym nie muszą przysługiwać tożsame gwarancje prawa do obrony jak oskarżonemu w postępowaniu karnym, a zatem gwarancje te nie muszą być realizowane wyłącznie przez stosowanie przepisów k. p. k.⁴⁶ Zdaniem TK sa-

nie do głównej fazy posterowani, czy też na przykład do egzekucji wyroków. Także: orzeczenie ETPCz z 24 listopada 1993 r. w spr. Imbrioscia vs. Szwajcaria (A. 275) i orzeczenie z 15 lipca 1982 r. w sprawie Eckle vs. Niemcy (A. 51, par. 76 – 77)

44 Ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów (Dz.U. z 2001 r. Nr 5, poz. 42, z 2002 r. Nr 23, poz. 221, Nr 153, poz. 1271 i Nr 240, poz. 2052, z 2003 r. Nr 124, poz. 1152 i Nr 190, poz. 1864, z 2004 r. Nr 141, poz. 1492, z 2005 r. Nr 150, poz. 1247, z 2008 r. Nr 210, poz. 1321, z 2010 r. Nr 200, poz. 1326 oraz z 2012 r. poz. 951). Dalej: SamArchitektU.

45 Przy jednoczesnym braku w ustawie SamArchitektU oraz rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 31 października 2002 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu postępowania dyscyplinarnego w stosunku do członków samorządów zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów (Dz.U. Nr 194, poz. 1635, ze zm.), regulacji, w której miałyby zastosowanie kodeks postępowania karnego.

46 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 stycznia 2013, sygn. akt SK 28/11.

morządowe postępowania dyscyplinarne i sądowe postępowania w sprawie ich kontroli nie muszą być uregulowane w sposób identyczny jak przewidziano w procedurze karnej. Podobnie orzekające w tych sprawach organy nie muszą być „sądami karnymi”, bowiem Konstytucja nie przesądza, czy sądowa kontrola postępowań dyscyplinarnych musi być przeprowadzana zgodnie z określoną procedurą lub przez określony sąd⁴⁷.

Reasumując, należy przyznać, iż ocena obecnego stanu prawnego odnoszącego się do zagadnień prawa dyscyplinarnego dokonana przez SN w omawianym orzeczeniu jest raczej niekorzystna. Jak trafnie podkreślał SN, wielość przyjętych rozwiązań nie wpływa pozytywnie ani na ich jakość, ani też jednoznaczność stosowania, przyczyniając się tym samym do powstawania licznych wątpliwości interpretacyjnych. Uniemożliwia również ich jednoznaczne usunięcie, choćby przy pomocy dyrektyw wykładni językowej, systemowej i funkcjonalnej. Brak konsekwencji w stosowanej terminologii sprawia, że nieosiągalne staje się niebudzące wątpliwości odczytanie znaczenia poszczególnych pojęć, a także ich praktyczne zastosowanie i wzajemne porównanie. Prowadzi to do zróżnicowania uprawnień przysługujących odpowiadającym sobie stronom postępowań dyscyplinarnych, co z kolei wzbudza wątpliwości w kwestii realizacji konstytucyjnej zasady równości wobec prawa. W niektórych przypadkach można też mówić o braku wewnętrznej spójności modelu postępowania dyscyplinarnego, przejawiającej się choćby w stosowaniu różnych procedur (cywilnej bądź karnej) na poszczególnych etapach danego postępowania, a także wyróżnienia tych etapów. Praktyka pokazuje, iż jednostkowe, doraźne wyjaśnianie powstałych wątpliwości jest niewystarczające. Dlatego zasadnym jest opracowanie kompleksowego rozwiązania, choćby początkowo miało by się ono odnosić wyłącznie do określonej grupy zawodowej (na przykład zawodów medycznych, prawniczych, służb mundurowych czy urzędników). Zaproponowanie wspólnego modelu postępowania dla poszczególnych grup zawodowych wydaje się pierwszym krokiem w kierunku ujednolicenia wzorca postępowań dyscyplinarnych, a w konsekwencji – zredukowania występujących wątpliwości. Istotne jest także, aby przy wprowadzaniu ewentualnych zmian zachowano szczególną ostrożność, mając na uwadze fakt, iż będą one stosowane również – a może nawet przede wszystkim – przez nie-prawników. Z tego też powodu przyjęte rozwiązania winny być możliwie wyczerpujące i nadawać się do bezpośredniego zastosowania tak, aby osoby zasiadające w Komisjach dyscyplinarnych nie miały problemu z właściwą ich interpretacją. W przeciwnym razie praktyka doprowadzi nie tylko do braku jednolitości w rozumieniu norm, ale również niewłaściwego i niekonsekwentnego ich stosowania. To z kolei może powodować negatywne konsekwencje w postaci różnicowania poszczególnych postępowań dyscyplinarnych już *w obrębie* danego środowiska.

47 *Ibidem*, s. 10.

SUMMARY

The disciplinary proceeding – reflections on the Resolutions of the Supreme Court I KZP18/12 of 24 January 2013

The aim of the study is to discuss the issue of disciplinary proceeding in the context of entity subject to disciplinary liability, the subject matter, the autonomy and the purpose. The author focuses on the ruling of the Supreme Court passed on January 24th 2013, which suggests the application of the rules of criminal proceedings as more appropriate for the subsidiary application of the disciplinary proceedings. Nevertheless the Supreme Court draws attention to another, equally important issue which became apparent in connection with the above – the diversity and lack of consistency of solutions used by the legislature pursuant to a disciplinary proceedings.

Keywords: Resolution of the Supreme Court I KZP18/12, professional misconduct, disciplinary proceedings

ANNA MIKULSKA

To have your cake and eat it too: accountability under a preferential voting system

According to the principle of economic voting, voters punish incumbents when the economy is doing badly and reward them with votes when it is doing well. As more and more countries have become a testing ground for this US-born theory¹, researchers have found this relationship to be far more complex, often hinging on the specificities of electoral and political systems². Although scholars have drawn distinctions between the majoritarian and PR settings, few have pointed to the important distinction within the PR setup – open vs. closed list arrangements. Informed by findings in the economic voting literature, this research attempts to fill this void by showing how economic conditions allow voters to distinguish between high/low performers and effectively attribute responsibility under an open-list PR system. By integrating open-list design into the model of accountability, this study transforms the way we think about the very act of voting. The calculus of voting is altered from the typical one- stage decision where a voter decides which *party* to support to a two-stage process with a voter also deciding which candidate to choose.

1 J. Fearon, *Electoral Accountability and the Control of Politicians*, [in:] *Democracy, Accountability, and Representation*, ed. A. Przeworski, S. Stokes, B. Manin, Cambridge 1999; J. Ferejohn, *Incumbent Performance and Electoral Control*, "Public Choice" 50: 5–25; G. Kramer, *Short Term Fluctuations in US Voting Behavior: 1896–1964*, "American Political Science Review" 65: 131–43.

2 R. Alvarez, R. Michael, J. Nagler, J. R. Willette, *Measuring the Relative Impact of Issues and the Economy in Democratic Elections*, "Electoral Studies" 19: 237–253; C. J. Anderson, *Economic voting and political context: a comparative perspective*, "Electoral Studies" 19: 151–170; R. M. Duch, R. Stevenson, *Voting in Context: How Political and Economic Institutions Condition the Economic Vote*, Cambridge 2008; G. B. Powell, G. D. Whitten, *A Cross-National Analysis of Economic Voting: Taking Account of the Political Context*, "American Journal of Political Science" 37(2): 391–41.

The Literature

Competitive elections are at the heart of the contemporary notion of democracy³. Their central role is to ensure adequate representation by allowing voters to evaluate and influence the government, thereby holding officials accountable to the individuals who elected them. Accountability is achieved when citizens are able to discriminate between unrepresentative and representative government and can sanction accordingly⁴. Thus, voters hold governments to account by punishing under-performance and rewarding those who perform as promised⁵.

Easily quantifiable, economic performance has served generations of scholars as a criterion for voters' decisions about whether to reward or punish incumbents. Bad economic times are associated with reduced support for the governing powers while good economic results are thought to help them in gathering electoral support⁶. The economic voting argument was first developed and successfully tested in the context of the US electoral system⁷. Looking predominantly at the performance and approval ratings of presidents, researchers have created *economic voting models* which have led them to conclude that economic performance determines presidential votes^{8 9}.

3 G. B. Powell, *Elections as Instruments of Democracy*, New Haven 2000; J. Schumpeter, *Capitalism, Socialism, and Democracy*, New York: Harper 1947.

4 S. Stokes, B. Manin, *Democracy, Accountability, and Representation*, Cambridge 1999; G. B. Powell, *Elections as Instruments of Democracy*, New Haven 2000.

5 J. Fearon, *Electoral Accountability and the Control of Politicians*, [in:] *Democracy, Accountability, and Representation*, ed. A. Przeworski, S. Stokes, B. Manin, Cambridge 1999; J. Ferejohn, *Incumbent Performance and Electoral Control*, "Public Choice" 50: 5–25.

6 R. M. Duch, R. Stevenson, *Voting in Context: How Political and Economic Institutions Condition the Economic Vote*, Cambridge 2008; M. S. Lewis-Beck, M. Paldam, M. Paldam, *Economic Voting: an Introduction*, "Electoral Studies" 19: 113–121; R. M. Alvarez, J. Nagler, J. R. Willette, *Measuring the Relative Impact of Issues and the Economy in Democratic Elections*, "Electoral Studies" 19: 237–253.

7 G. Kramer, *Short Term Fluctuations in US Voting Behavior: 1896–1964*, "American Political Science Review" 65: 131–43; S. Goodman, G. Kramer, *Comment on Arcelus and Melzer, the Effect of Aggregate Economic Conditions on Congressional Elections*, "American Political Science Review" 69: 1255–1265; E. Tufte, *Political Control of the Economy*, Princeton 1978; M. S. Lewis-Beck, M. Stegmaier, *Economic Determinants of Electoral Outcomes*, "Annual Review of Political Science" 3: 183–219.

8 M. S. Lewis-Beck, M. Stegmaier, *Economic Determinants of Electoral Outcomes*, "Annual Review of Political Science" 3: 183–219.

9 With some controversies arising as to the motivations of voters, i.e. whether they are prospective or retrospective, sociotropic or egocentric

Nevertheless, research into economic voting in US Congressional elections and, even more so, in other countries, has not yielded conclusive results¹⁰. In response, scholars have attempted to refine the traditional model.

Consequently, it has been shown that open economies experience lower levels of economic voting due to citizens recognizing the limited influence governing parties have on an economy affected by global trends¹¹. In the post-communist countries of Eastern Europe, economic voting has been related rather to parties' legacies (old vs. new – regime parties) than to parties' incumbency status¹². Another strain of research has suggested that economic voting depends on the type of incumbent party and voters' evaluation of the goals this party aims to serve¹³ ¹⁴. Economic voting has also been explained in terms of individual-level constraints such as limits to cognition and information and the impact of values and evaluations¹⁵.

An influential strain of research has examined the “clarity of responsibility” argument by introducing variables that condition the economic vote by reflecting the political and economic context as well as institutional features of electoral and political systems¹⁶ ¹⁷.

10 D. A. Hibbs, *Solidarity or Egoism*, Arhaus 1993; A. Alesina, J. Londregan, H. Rosenthal, *A Model of the Political Economy of the United States*, “American Political Science Review” 87:12–33; M. S. Lewis-Beck, M. Stegmaier, *Economic Determinants of Electoral Outcomes*, “Annual Review of Political Science” 3: 183–219; D. Sanders, *The Real Economy and the Perceived Economy in Popularity Functions: How Much Do Voters Need to Know?* “Electoral Studies” 19: 275–294; M. Paldam, P. Naanestad, *Into Pandora's Box of Economic Evaluations. A Study of the Danish Macro VP-Function 1986–1997*, “Electoral Studies” 19: 123–140; C. J. Anderson, *The End of Economic Voting? Contingency Dilemmas and the Limits of Democratic Accountability*, “Annual Review of Political Science” 10: 271–96;

11 R. M. Duch, R. Stevenson, *Voting in Context: How Political and Economic Institutions Condition the Economic Vote*, Cambridge 2008; T. Hellwig, *Interdependence, Government Constraints, and Economic Voting*, “The Journal of Politics” 63(4): 1141–1162.

12 J. Tucker, *Regional Economic Voting: Russia, Poland, Hungary, Slovakia, and Czech Republic, 1990–1999*, New York 2006.

13 K. Hamann, *Linking Policies and Economic Voting: Explaining Reelection in the Case of the Spanish Socialist Party*, “Comparative Political Studies” 33(8): 1018–48.

14 According to this view, left wing parties are punished by voters for high levels of unemployment while right wing parties are punished for high levels of inflation .

15 C. J. Anderson, *The End of Economic Voting? Contingency Dilemmas and the Limits of Democratic Accountability*, “Annual Review of Political Science” 10: 271–96.

16 G. B. Powell, G. D. Whitten, *A Cross-National Analysis of Economic Voting: Taking Account of the Political Context* , “American Journal of Political Science” 37(2): 391–41; C. J. Anderson, *Economic voting and political context: a comparative perspective*, “Electoral Studies” 19: 151–170; R. M. Alvarez, J. Nagler, J. R. Willette, *Measuring the Relative Impact of Issues and the Economy in Democratic Elections*, “Electoral Studies” 19: 237–253

R. M. Duch, R. Stevenson, *Voting in Context: How Political and Economic Institutions Condition the Economic Vote*, Cambridge 2008.

17 In addition, Anderson (2007, 284) hints at the possible use of elections as a selection tool. He argues that clarity of responsibility is an important factor only if voters perceive viable

This argument underscores the general differences between majoritarian and PR systems. It suggests that majoritarian systems display a higher level of economic voting (and thus accountability) because of their propensity to produce one-party governments. Conversely, PR systems that often produce minority and coalition governments are more likely to experience lower levels of economic voting because it is difficult for voters to assign responsibility to a specific party or actor¹⁸. Thus, it should not be surprising that we find higher levels of economic voting in the majoritarian US and lower levels in PR countries such as France, Germany, Norway, Italy, etc.

While the differences between the majoritarian and PR systems have become widely recognized and acknowledged, few have paid attention to a more nuanced distinction within the PR arrangements, which can have a profound impact on whether we detect economic voting at all. PR systems differ in how much freedom they allow voters in determining the final slate of candidates. Closed-list PR systems allow voters only to choose between party lists. Voters have no influence on the ordering of this list, and as a consequence, no influence on whom from this list advances to parliament should their party collect enough votes. Under an open-list arrangement, voters are free to indicate their preference for a specific candidate on the list and, in doing so, rearrange the party lists and influence who becomes elected. Meanwhile, PR open-list systems have become increasingly popular, especially with new democracies in Eastern Europe and Latin America.

Thus, it is troubling that the economic voting literature has not given much more thought to the distinction between open- and closed-list designs^{19 20}. Instead, scholars

alternatives other than the incumbent. This implies that voters not only sanction or punish incumbents but also evaluate them and compare them to their opponents. In this case, they not only use retrospective but also prospective considerations. They express their preferences for the future rather than expressing their opinions about the past.

18 G. B. Powell, *Elections as Instruments of Democracy*, New Haven 2000; G. B. Powell, G. D. Whitten, *A Cross-National Analysis of Economic Voting: Taking Account of the Political Context*, *American Journal of Political Science* 37(2): 391–41; T. Hellwig, *Interdependence, Government Constraints, and Economic Voting*, *The Journal of Politics* 63(4): 1141–1162; C. J. Anderson, *Economic voting and political context: a comparative perspective*, *Electoral Studies* 19: 151–170.

19 J. Zielinski, K. Slomczynski, G. Shabad, *Electoral Control in New Democracies: The Perverse Incentives of Fluid Party Systems*, *World Politics* 57: 365–95; V. Smeets, F. Warzynski, *Creation, Job Destruction and Voting Behavior in Poland*, *European Journal of Political Economy* 22: 503–519.

20 Certainly, plenty has been written about the consequences of preferential voting as it relates to voters casting a *personal vote*. It has been widely acknowledged and confirmed empirically that preferential voting arrangements are more indicative of personal voting than closed-list PR systems (Cain et al. 1987; Taagapera and Shugart 1989; Ames 1992). Since voters decide not only which party but also which candidate will receive a legislative seat, candidates have to compete with their colleagues from the same party. A party label is not as important a cue for a voter and hence, candidates have the incentive to cultivate the personal vote. A more fine-grained analysis of differences among electoral systems illustrates that the incidence of

continue to treat and conceptualize accountability in the same way, irrespective of the type of list arrangement. Meanwhile, the traditional approach, when applied to open-list systems, ignores a host of important information which may be potentially useful to scholars and researchers. As the next section shows, this is related not only to how we conceptualize accountability but also, and possibly more importantly, to how we conceptualize the very act of voting itself.

The Traditional vs. Open-List Economic Voting Model

Traditional voting models evaluate accountability under PR systems based on a simple, one-stage voting decision where voters, based on their retrospective assessment, decide exclusively whether to cast their votes for the governing party. Figure 1 illustrates the voters' choice under this conceptualization of voting and accountability.

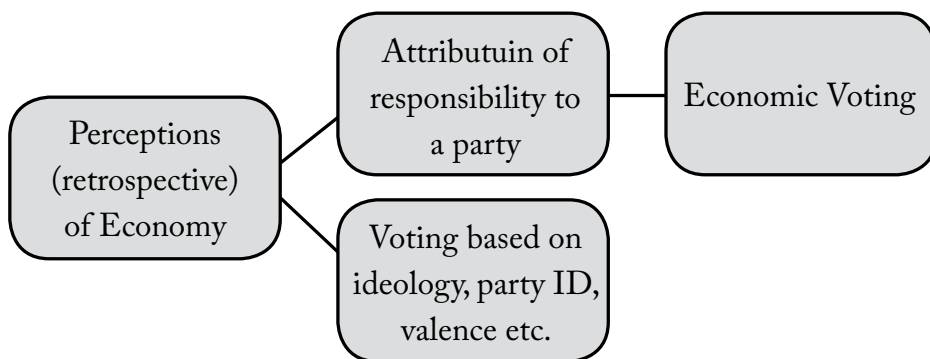


Figure 1 The Traditional Model of Voting and Accountability

personal voting is also related to details of the preferential ballot, vote pooling procedure, type of vote cast, and district magnitude (Cain et al. 1987; Carey and Shugart 1995). Where an open ballot is used, party leaders have less control over the candidate list and, hence, the system should be more prone to personal voting. Pooling votes across parties or candidates, on the other hand, encourages candidates to build not only their own but also their party's reputation. Researchers are, however, not unanimous on the effects personal voting has on democracy. While some argue that preferential voting systems result in greater voter satisfaction, others warn against it impeding the effectiveness of political parties and, in effect, having a negative impact on democratic elections (*Vid.* Farrell and McAllister 2004; Pereira and de Silva 2009 but Sartori 1976; Pereira and Renno 2003). And while some caution against the detrimental effects of preferential systems and personal voting on the levels of corruption (Reed 1994, Chang 2005), others find the opposite effect when open - and closed- list systems are compared (Kunicova and Rose-Ackerman 2002; Persson and Tabellini 2003).

Under this traditional one-stage model two findings can emerge. Firstly, one can find that voters, based on their perceptions of the economy, attribute responsibility for economic outcomes to the incumbent party either by blaming it for bad economic performance and voting against it or, when economic performance is satisfactory, by continuing to support it. In this situation, one concludes that the economic voting model applies. Secondly, one may find that voters do not vote on the basis of their economic perceptions. Instead, they vote based on other factors such as their party affiliation, the ideological proximity of a party, the personality of a party leader or a party candidate etc.^{21 22}. In this case, economic voting hypotheses fail.

This is precisely where introducing the two-stage approach gains in importance and has the potential to broaden our understanding of accountability under an open-list system of PR. The traditional conceptualization of voting, while very much appropriate for closed-list PR systems, fails to acknowledge the important difference preferential systems make for voters. By incorporating the second stage of the voting decision into the model of voting, this research extends the narrow scope of considerations that voters are allowed under the traditional economic voting models.

Figure 2 shows how crucial the second stage of voting is for the voting calculus under preferential voting systems. The two-stage voting model acknowledges the greater number of options available to voters when allocating responsibility for economic outcomes. We learn not only about factors that influence voters' decisions at the party- but also at the candidate level²³.

The key advantage of the two-stage voting model is reflected in situations where voters do not attribute responsibility for economic outcomes to a party at the first stage but choose to vote for a party based on other considerations. When this is the case, the

21 J. Zielinski, K. Slomczynski, G. Shabad, *Electoral Control in New Democracies: The Perverse Incentives of Fluid Party Systems*, "World Politics" 57: 365–95; V. Smeets, F. Warzynski, *Creation, Job Destruction and Voting Behavior in Poland*, "European Journal of Political Economy" 22: 503–519; R. M. Duch, R. Stevenson, *Voting in Context: How Political and Economic Institutions Condition the Economic Vote*, Cambridge 2008.

22 Research confirms that non-economic bases for voting decisions are an important element. Political cleavages along social and ideological lines often influence voting choices (Whitefield 2000). Non-economic factors are especially strong among new democracies where, as argued by Duch (2000), the risk of voting for an unknown or disliked opposition may be greater than the risk of voting for incumbents. Therefore, voters may be inclined to vote for incumbents despite bad economic performance. Thus, when ideological, social or risk considerations prevail, the traditional economic voting hypothesis fails, which suggests low levels of economic accountability.

23 This model does not have to be used exclusively for economic voting but is also applicable to research on accountability in general. After quantifying a different basis for accountability than the economic, researchers can test for it at two different stages and for both candidate and party accountability.

traditional economic voting model fails. The two-stage model, however, has the capability to detect whether the economy plays a role in the selection of a specific candidate. If so, the economic voting model still holds.

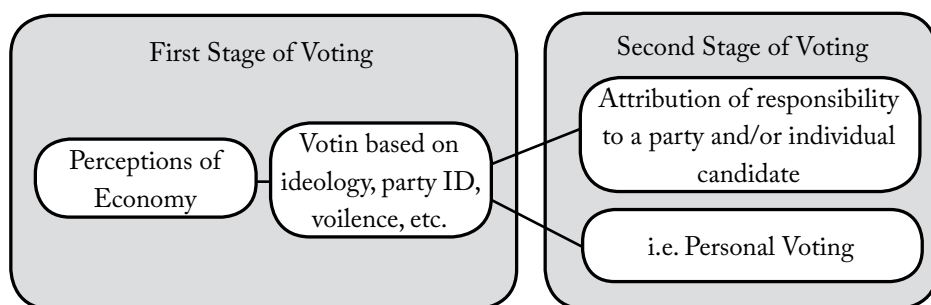


Figure 2 Two-Stage Voting Model

Thus, in preferential voting PR systems, economic voting may still take place even when a voter's main decision about which party to support is not based on economic performance. Moreover, if conceptualized accordingly, economic voting at the second stage may potentially relate to holding not only parties but also individual candidates accountable.

The Economic Voting Hypotheses and the Two-Stage Voting Model

The standard economic voting hypothesis against which economy-based accountability is measured implies that "voters punish the incumbent if the economy is doing badly by withdrawing their support and reward the incumbent with votes when the economy is doing well". The hypothesis fits well when voting is conceived as a one-stage process but does not reflect the aforementioned second stage of voting for open – list PR systems. Potentially, under open-list arrangements, voters can hold parties accountable even when voting for the parties' candidates, if their choice of candidate relates to the party's and/or candidates' performance in office.

One can measure a governing party's success by looking at the relationship between the number of incumbents running from a party list and the number of incumbents re-elected to parliament²⁴. Voters vote for the party in power, however, they systematically prefer candidates who were not incumbents in the outgoing parliament. In line with the main assumptions of the theory of economic voting, we should see a positive relationship

²⁴ Of course, incumbents may also be punished by their parties, which will add to the measurement error but should not invalidate the results.

between economic performance and the number of reelected incumbents. Thus, the accountability hypothesis at the second stage of the voting decision is as follows:

H1 Party/Candidate Accountability Hypothesis: The greater the economic downturn, the greater the number of incumbents from the governing party's list fail to be reelected.

However, operationalizing accountability by looking exclusively at aggregate incumbent performance is problematic on two counts. Firstly, most of the information is lost as non-incumbent performance is disregarded. Secondly, since we consider the final count of incumbent success for a party, we are not really able to distinguish whether (and to what extent) voters punish the party or individual candidates.

Thus, I consider a second approach that relates to the list placement of the candidates and has the added capacity to distinguish between party and candidate accountability.²⁵ Since the main difference between preferential and non-preferential PR voting systems is voters' ability to interfere with the order of candidates then, in contexts where parties are in charge of assembling the initial electoral list, voters' decisions to rearrange this list should be considered an important indicator of accountability.

When party accountability is considered, I hypothesize that voters pay special attention to the candidates listed at the top of their lists. These are usually parties' "showcase candidates." These candidates include party leaders, former MP's, famous personalities, etc. When voters are happy with the outcomes, they are more likely follow a party's preferences and cross the first person on the list. When they are not happy with the outcomes, they are more likely to look into the party's choice of candidate order and punish the top "showcase" candidates, sending their party a message of dissatisfaction. Consistently, with the retrospective voting argument, this relationship should only hold for the governing party's candidates. If voters punish or reward the top candidates for economic results, we have an incidence of economic voting. The subsequent second – stage economic voting hypothesis is as follows:

H2 Party Accountability Hypothesis: When the economy is doing badly, candidates of a governing party listed at the top of the list ("showcase candidates") are more likely to fall from their initial position due to preferential voting and are more likely to stay in their position if the economy is doing well.

25 Note that when it is operationalized this way, economic voting assumes that the party is involved and has an influence on list creation. It is not the case in all PR open-list systems, however. In Brazil, for example, a party does not determine the initial list order. Instead, the initial order of candidates on a list is determined by chance.

In addition, when list placement is considered, we are able to separate party accountability from the accountability of individual candidates by considering their incumbency status. The difference between this and the earlier approach is that now we consider each candidate individually whereas for hypothesis 1, we have considered them in an aggregate. Now, incumbent candidates are considered along with non-incumbents. If the economic voting argument holds with respect to individual candidates, we should see incumbents faring worse when the economy is declining. Thus, my last second-stage economic voting hypothesis states:

H3 Individual Accountability Hypothesis: When the economy is doing badly, incumbent candidates are more likely to fall from their initial position on the list than they are when the economy is doing well.

It is unclear what our expectations should be here about how incumbents from governing parties differ from non-governing parties in this regard. On the one hand, one can imagine non-governing party incumbents faring better when the economy is doing badly, since their party should not be associated with those negative outcomes. On the other hand, in a PR setting, with lower levels of clarity of responsibility, all incumbents could feel the anger of voters who, as the economy declines, blame this decline on all incumbents and are ready for personal changes in parliament.

Testing the Second Stage of Voting

I have chosen Poland to test my theory of two-stage economic voting. Poland adopted an open-list PR system in 1989 and has continued to use it ever since. Electoral rules require voters to cast a preferential vote. A vote for a party only is not allowed (See Appendix 1 for an example of a Voting Ballot in Poland)²⁶. At the same time, a degree of party control remains since it is up to the party to determine the initial ordering of the lists (essential for testing my Party Accountability Hypothesis). Top candidate placements are strictly controlled by all parties' leaderships and include party "showcase candidates" who are supposed to gain votes, and consequently, seats in parliament

²⁶ A vote is counted both towards the final ordering of the candidates on the list and the final vote count for the party list that will establish whether this list will be awarded a legislative seat(s). The final ordering depends on the number of votes each candidate receives in the elections. The candidate who collects the most votes is assigned the first position on the list and is the first one to receive a legislative seat if the whole list was able to collect enough votes in the district and if it crossed the national legislative threshold (5 percent for one party and 8 percent for a coalition). If the total votes in the district are sufficient to ensure two seats, the next candidate on the list- the one who received the second highest number of votes- is awarded a legislative seat etc.

Poland is also one of the most researched among Central and Eastern European countries with scholars struggling to distinguish a clear pattern according to which accountability works and whether or not economic voting takes place²⁷. Potentially, distinguishing between two stages of voting under Polish open-list PR may produce interesting results confirming or dispelling the presence of economic voting and adding to the debate.

Since Poland has held relatively few elections since 1989, I have followed the method of regional-level data, comparing the results each party achieved in an electoral district in two consecutive elections. Initiated by Pacek and Fidmurek, developed and refined by Tucker and later used by Zielinski et al., the distinction between regional performance within each election is a great tool for ensuring greater variance and providing important insights into the phenomenon of economic voting²⁸.

Incumbent Success as a Determinant of Accountability

I was able to compile regional electoral and economic data for 4 elections in the period between 1997 and 2007. To test my Party/Candidate Accountability Hypothesis (H1) the dependent variable is operationalized as the total number of party incumbents re-elected from a district. As mentioned before, the main decision that voters have to make is whether they will vote for the incumbent candidate. This support for an individual on aggregate renders the voters' approval of a party.

27 J. Bell, *Unemployment Matters: Voting Patterns during the Economic Transition in Poland 1990–1995*, "Europe Asia Studies" 49(7): 1263–1291; J. Fidmurek, *Political Support for Reforms: Economics of Voting in Transition Countries*, "European Economic Review" 44:1491–1513; J. E. Jackson, J. Klich, K. Poznanska, 2003a. "Democratic Institutions and Economic Reform: the Polish Case." *British Journal of Political Science* 33:85–108; B. W. Mach, J. E. Jackson, *Employment Change, Attitude Evolution and Voting During Poland's Transition: Longitudinal Evidence*, "European Journal of Political Economy" 22: 472–502; A. Owen, J. Tucker, *Past is Still Present: Micro-level Comparisons of Conventional vs. Transitional Economic Voting in Three Polish Elections*, "Electoral Studies" 29 (1): 25–39; A. Pacek, *Macroeconomic Conditions and Electoral Politics in East Central Europe*, "American Journal of Political Science" 38: 732–744; D. V. Powers J. H. Cox, *Echoes From the Past: the Relationship Between Satisfaction with Economic Reforms and Voting Behavior in Poland*, "American Political Science Review" 91(3): 617–633; S. Stokes, B. Manin, *Democracy, Accountability, and Representation*. Cambridge 1999; V. Smeets, F. Warzynski, *Job Destruction and Voting Behavior in Poland*, "European Journal of Political Economy" 22: 503–519; J. Tucker *Regional Economic Voting: Russia, Poland, Hungary, Slovakia, and Czech Republic, 1990–1999*, New York 2006; J. Zielinski, K. Slomczynski, and Goldie Shabad. 2005. "Electoral Control in New Democracies: The Perverse Incentives of Fluid Party Systems." *World Politics* 57: 365–95.

28 In Poland the regional division for which economic data is available across elections is based on the administrative unit called *voivodship*. The division into *voivodships*, however, has not been uniform over the period. In 1999, an administrative reform was introduced which reduced the number of voivodships from 49 to 16. The data in my dataset reflects these changes with the administrative regions being coded differently for the elections that took place before and after 1999.

Consistent with the assumption of the traditional retrospective voting hypotheses, only the governing party and its candidates are scrutinized, i.e. should be punished (its incumbent candidates fail to be reelected) if the economy is doing badly and rewarded if the economy is doing well. Consequently, I include an independent dichotomous variable to distinguish the governing (Prime Minister's) party in elections (PM Party).²⁹ The general expectation is that, with all else equal, incumbent parties are able to gather more votes than other parties, considering their access to the different types of political resources that incumbency grants.

However, incumbency status alone is not indicative of economic voting. According to the economic voting literature, the economy should only have an effect on the governing parties. Therefore, my main variable of interest is the interaction between the economic and the governing party variable.

Of the possible economic variables (GDP, income levels, inflation, and unemployment), I have decided to exclusively use unemployment to operationalize economic performance in Poland. Unlike GDP, unemployment data has been available for each election. Because of the regional approach, I have not been able to include inflation as a measure of economic performance since inflation rates are rarely specified on a regional level. Income measures, on the other hand, are problematic since they have not been adjusted for inflation.

I have operationalized unemployment as an independent variable in terms of percentage change in its levels between the year preceding elections and the election year. As opposed to the electoral data, which is at an electoral district level, unemployment data is available only at the voivodship level, i.e. each candidate in a district in a voivodship is assigned the value for this voivodship (see Appendix 2 to compare the differences in the level of divisions, note that districts cannot be shared between voivodships, thus, assigning the voivodship's unemployment levels to districts is relatively straightforward)³⁰. I predicted that as unemployment rises, a governing party's vote declines (PM Party X Unemployment).

29 The choice to operationalize a governing party as a PM Party is somewhat arbitrary given the coalitional nature of Polish governments over the period. An alternative would be to code all parties that have been in the governing coalition as incumbents. However, in the Polish case, such a practice could have proven problematic given the frequent changes and even breakdowns in the governing coalitions. Operationalizing the party of the Prime Minister as the governing party is, thus, more straightforward and clear cut. Consequently, for the 1997 elections the incumbent party is the Democratic Left Alliance (SLD), for the 2005 elections, it is again the Democratic Left Alliance (SLD) and for the 2007 elections it is the Law and Justice party (PiS).

30 In Poland, the regional division for which economic data is available across elections is based on the administrative unit called *voivodship*. The division into *voivodships*, however, has not been uniform across the years. In 1999 an administrative reform was introduced, which reduced the number of voivodships from 49 to 16 (Compare Figures 2 and 3 in Appendix 2).

In addition, I apply a control for the total number of incumbents who are running for reelection. Some of the incumbents may have decided not to run for different reasons or a party may have decided not to run them on their list. Also, I add a party strength variable that acts as a control for the share of votes (*voteshare*) a party received in a district. This is to account for smaller parties that naturally have fewer incumbents running on their list as well as for the number of total candidates a party ends up having elected. Since vote share and the number of elected candidates are highly correlated, I can only include one of them and the first is more precise. I use a natural log of the share of votes a party won in a district. This variable is operationalized as the share of votes the whole party list received in a district and has the same value for each candidate on each party list in a particular district. For a similar reason, given the differences between regions and elections, I apply a control for district magnitude. Since there is a large disparity between districts, I also use a natural log in this case³¹. Larger districts mean that more candidates are elected there, and thus, more candidates are running. As a result there is a greater probability of incumbents running in a district of a large magnitude. Lastly, I apply a control for the specific circumstances of each election by introducing election dummies. The result is a dataset where the unit of analysis is the number of reelected incumbents in a district in a specific election (1997, 2001, 2005, or 2007). Each observation represents a party running in a district in each of these elections.

Since my dependent variable is fairly normally distributed and approximates a continuous variable, I use OLS regression to estimate my model (Table 1). Unemployment on its own has no effect; however, it has the expected effect for a governing party. Even though the effect is small (3.4 %) it is highly statistically significant ($p < 0.001$). The higher the increase in unemployment levels, the fewer incumbents from a governing party succeed. This result is confirmed by a positive and statistically significant interaction term, both when the statistical significance is provided for the joint effect of the economy and the incumbency/governing party's status.

The data in my dataset reflects these changes with the administrative regions being coded differently for the elections that took place before and after 1999. Figure 1 in Appendix 2 presents the current division into electoral districts.

31 (district magnitude in Poland has varied depending on the year of election and number of districts between a minimum of 3 and a maximum of 19)

Table 1
List Effects of Change in Unemployment

Incumbents Running	0.396*** (0.03)
Governing Party	-0.572*** (0.08)
Unemployment Change	-0.002 (0.00)
Unemp. X Governing Party	-0.032*** (0.00)
Votes share (ln)	0.621*** (0.02)
District Magnitude (ln)	0.561*** (0.07)
Elections 2001	0.515* (0.21)
Elections 2005	0.363*** (0.17)
Elections 2007	0.152* (0.08)
Constant	-1.623*** (0.15)
Joint Effect	
Unempchng + Unemp.Chng, X	-0.034*** (0.01)
Gov. Party	-0.605*** (0.08)
Gov.Party + Unemp.Chng X Gov.	-0.605*** (0.08)
Party	0.638
R-sqr	1852

*Numbers in parentheses are standard errors; * $p < 0.05$, ** $p < 0.01$, *** $p < 0.001$*

In addition, the results reveal a puzzling finding that the governing party is always at a disadvantage. Normally, with all else equal, we would predict the opposite, i.e. that governing parties would have the incumbent advantage³². This counterintuitive finding

32 R. S. Erikson, *The Incumbency Advantage in Congressional Elections*, "Polity" 3, p. 395–405; M. Marsh, *The Voters Decide?: Preferential Voting in European List Systems*, "European Journal of Political Research" 13: 365–378; A. Gelman, G. King, *Estimating Incumbency Advantage without Bias*, "American Journal of Political Science" 4: 1142–64; S. W. Desposato, J. R. Pet-

could be potentially attributed to the hyper-accountability associated with Central and Eastern European countries^{33 34}.

Thus, the economic voting hypothesis is confirmed when the second-stage of voting is considered. Polish voters have the ability to punish their parties, even if they decide to vote for them. They can do so by expressing their approval/disapproval by voting for or against these parties' incumbent candidates. Is this relationship confirmed when all candidates for legislative office are considered and when we are able to distinguish between party and candidate accountability? Let us turn to consideration of an alternative measurement of party and candidate accountability.

List placement as a Determinant of Accountability

Given that the main difference between preferential and non-preferential PR voting systems is voters' ability to interfere with the order of party lists, voters' decisions to rearrange this list should be considered an important indicator in determining accountability. Consequently, my dependent variable is conceptualized as a change from the initial position of a candidate (position on the list as decided by the party) to a final position as decided by the voters who cast a preferential vote³⁵. The unit of analysis is the value of change from the initial to the final position for a candidate in an electoral district in parliamentary elections. The dependent variable can take a maximum value of positive 35 and a minimum value of negative 30, which means that the most a candidate ever fell down the list was by 30 positions and the most a candidate advanced up the list was by 35³⁶. The value of 0 indicates that a person remained at the initial position as assigned

roick, *The Variable Incumbent Advantage: New Voters, Redistricting, and the Personal Vote*, "American Journal of Political Science" (47):18–32; J. Karp, *Candidate Effects and Spill-Over in Mixed Systems: Evidence from New Zealand*, "Electoral Studies" 28: 41–50; B. Ames, *Electoral Strategy Under Open-List Proportional Representation*, "American Journal of Political Science" 39: 406–433.

33 A. Roberts, *Hyperaccountability: Economic voting in Central and Eastern Europe*, "Electoral Studies" 27: 533–546.

34 To check for the possible effect of a party's association with an old or new regime, I have divided my dataset and run my model for new and old regime parties separately. The models (included in the Appendix) have only to an extent confirmed the hypotheses advanced by Tucker. Only the new regime parties seem to be punished for bad economic results. For the old regime parties, unemployment levels do not seem to matter at all.

35 As mentioned earlier, in Poland voters do not have the choice whether they want to vote for a party list or for a specific candidate on this list. Instead they have to vote for a specific person on the list. When talking to the party leaders, I was informed that about 40% of the total votes cast are considered preferential/personal votes as opposed to those who vote for the first person on the list as a sign of party (and not specific candidate) support.

36 Such extreme changes from initial list positions are possible thanks to the high magnitude of some legislative districts and electoral law provision which allow parties to compose lists with the number of candidates reaching up to twice the district magnitude. Thus, at its maximum in the Warsaw I district, parties are able to compose a list with up to 38 candidates. Parties try

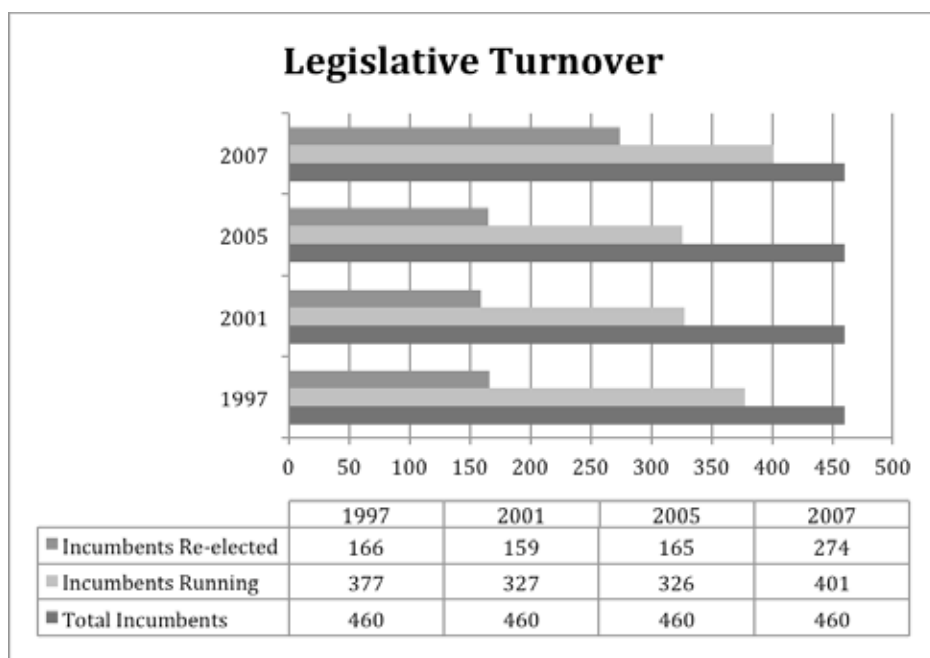


Figure 3

by the party. Zero is also the median value for the dependent variable (for a summary statistic of all variables in this model see Appendix 3).

I follow the operationalization of the remaining variables from the earlier model. I include incumbency variables for both the party (PMParty) and the candidates (Incumbent) and use the change in *Unemployment* levels to gauge economic performance. Since the expectations about the effect of unemployment on voting within the framework of economic voting cannot be derived without considering the effect of incumbency variables, I combine the variables accordingly (IncumbentXUnemployment and PM-PartyXUnemployment) which reflects the notion that voters reward or punish incumbent candidates and parties based on retrospective evaluations of economic results. I also include important control variables from the previous model, such as district magnitude and party share of the vote in the previous election.

In addition, to control for the electoral strength of a party at the time of elections, I create a new instrumental variable that should approximate a party's electoral attractiveness to the voters. One can imagine a situation in which a party which was very popular in previous elections, having gained a lot of votes or even having become a governing party, losing its support over the term. I operationalize this variable as legislative

to use this opportunity since every vote, even if cast for the last candidate on the list, adds to a party's vote count, which in turns determines how many (if any at all) seats a party will get in the parliament.

turnover, which is the rate at which a party's incumbent candidates are reelected. Figure 1 presents legislative turnover across elections³⁷.

Lastly, I apply a control for candidates' gender. Research has found that gender is an important criterion for voting³⁸. In general, women usually perform worse than men in elections. However, it has also been found that women benefit from the preferential vote³⁹.

All in all, my dataset includes data on four Polish legislative elections from 1997 to 2007. The unit of analysis is a change in the position of a candidate on a party list in a particular district in specific elections and the statistical model appears as follows:

$$Y = \beta_0 + \beta_1 \text{INCUMBENT} + \beta_2 \text{DIST.MAG.} + \beta_3 \text{VOTE SHARE} + \beta_4 \text{PM PARTY} + \beta_5 \text{FEMALE} + \beta_6 \text{UNEMPLOYMENT} + \beta_7 \text{INCUMBENT} \times \text{UNEMPLOYMENT} + \beta_8 \text{PM PARTY} \times \text{UNEMPLOYMENT} + \beta_9 \text{TURNOVER} + \beta_{10} \text{ELECTION 1997} + \beta_{11} \text{ELECTION 2001} + \beta_{12} \text{ELECTIONS 2005} + \beta_{13} \text{ELECTIONS 2007} + e_i$$

When testing for accountability, we first want to see how the economy affects changes in positions on the list. Since I conceptualize my dependent variable (*change in the initial position on the list*) in such a way that it approximates a linear variable (runs from negative 30 to positive 35), I could consider using OLS regression to test my hypotheses. However, since position may have a profound impact on how voters cast their votes, we should consider running a model for each position separately⁴⁰. Once new dependent variables are construed for each position, their distribution is dramatically different and OLS es-

37 With the notable exception of the 2007 elections, only about 50 percent of the incumbent candidates who decided to run again were routinely re-elected. If all incumbent candidates are calculated the re-election rate is only 30 percent. A possibly more direct and better way to measure a party's attractiveness would be to compare the electoral results for consecutive elections in a district. However, the data that exists does not allow for such operationalization. This is due to two main factors. First, redistricting in 1999 causes a lot of confusion as to which areas should be included in calculating the changes in electoral results. Secondly, the changes among parties (changes in names, breakdowns, and coalitions between parties) make this task nearly impossible for the 1997–2007 elections.

38

39 Also, Polish parties seem to perceive the differences between voters' attitudes towards men and women as some parties have taken particular interest in how women are situated on the list and some of my interviewees believed that preferential voting especially benefited those women listed early on the list. Thus, to control for the possible impact of candidates' gender, I include a variable distinguishing between female and male candidates

40 On the impact of positions on voting *vid.* Zielinski et al. 2005; Miller and Krosnick 1998.

timation cannot be used.⁴¹ Instead, I apply a maximum likelihood estimation that allows us to look for the probabilities of candidates dropping down or advancing up the list.

I chose to look at the first three positions when considering party and candidate accountability. This choice is arbitrary, though directed by important considerations. Firstly, it is pragmatic given the sheer number of positions on the lists in Polish elections. Secondly, districts and parties vary greatly in the number of candidates they allow on their lists and by using the first three, I “standardize” the districts to an extent. Thirdly, the first three positions are most likely to display the parties’ “showcase candidates”. This is not to say that the analysis could not be expanded to further positions once a qualitative study had determined that they had been assigned as showcase candidates as well.

Since my modified dependent variable indicates how each candidate’s position on the list was changed by voters, I need the absolute values of the previous dependent variable (change in position) for each position. Since this is always a positive number, I need to account for a possible fall by those initially listed second or third on the list. This is straightforward for the first position. For the second position, an absolute value for a fall and advance by one position would be the same and therefore, the variable created is $\text{abs}(\text{position change} - 1)$. For the third position, a similar process is applied though now we just take the $\text{abs}(\text{position change} - 2)$ for those listed third⁴².

The new dependent variable requires a different regression estimation technique since it includes only positive values and is skewed to the left for each of the three positions. Considering the distribution of the variables, I choose negative binomial estimation for all three positions (For a detailed explanation of the choice of estimation technique and variable distributions see Appendix 5).

Table 2 presents the results. The main variables of interest that measure accountability are the interaction terms between the economy and the governing party and the economy and the incumbency status of a candidate, which relate to party and individual candidate accountability respectively. The results are mixed. They indicate statistical significance for each of the interaction terms for the candidates listed in the first position. For those listed second, only incumbents are significantly affected by changes in unemployment while for those listed third, only candidates from the governing party seem to be held accountable by voters.

41 Running OLS regression in the first instance may be a good way to quickly scan the data and results (*vid.* Appendix 4 for the OLS regression results and description).

42 Calculated this way, for the first position my new dependent variable - absolute change in position - takes the value of 0 if a candidate does not experience any change, 1 if they fall by one position, 2 if they fall by two positions etc. For the second position, the value of 0 means that they actually advance one position, 1 means they stay in the same spot, 2 means they fall one position etc. For the third position, 0 means that they go up by two positions, 1 by one position, 2 means they stay in the third position, 3 means they fall to the fourth position etc.

Table 2
Absolute Change in Position (Negative Binomial Estimation)

	Position 1	Position 2	Position 3
Incumbent	-0.809*** (0.21)	-0.515*** (0.07)	-0.498*** (0.08)
District Magnitude (ln)	0.549** (0.20)	0.273*** (0.06)	0.319*** (0.05)
Vote share (ln)	0.081 (0.06)	-0.015 (0.02)	-0.021 (0.01)
Governing Party	-0.308 (0.27)	0.068 (0.07)	0.020 (0.06)
Female	0.431* (0.18)	-0.191*** (0.05)	-0.098* (0.04)
Unemployment	0.015 (0.01)	0.002 (0.00)	0.005 (0.00)
Incumbent X Unemployment	-0.021* (0.01)	-0.007* (0.00)	0.001 (0.00)
Gov. Party X Unemployment	0.049*** (0.01)	-0.006 (0.00)	-0.005 (0.00)
Not-reelected Incumbents	0.032 (0.06)	0.015 (0.02)	-0.027 (0.01)
Election 1997	1.463* (0.64)	0.081 (0.18)	0.092 (0.15)
Election 2005	0.183 (0.25)	-0.106 (0.07)	-0.002 (0.06)
Election 2007	-0.390 (0.67)	-0.187 (0.18)	0.068 (0.15)
Constant	-3.185*** (0.63)	0.378* (0.19)	0.577*** (0.16)

*Numbers in parentheses are standard errors; * $p < 0.05$, ** $p < 0.01$, *** $p < 0.001$*

However, the statistical significance of the interaction terms should not be measured unconditionally. An effect of a variable may be significant at some levels of the variable and insignificant at others. Table 2A includes the results of the joint effect for the economy and candidate incumbency as well as the economy and the candidate's governing party status. It shows an interesting pattern as those listed in the first position are more likely to drop to lower positions when there has been an increase in unemployment if they are from the governing party. This effect is consistent with my Party Accountability Hypothesis (H2). The "showcase candidates" of the governing party are punished for poor economic performance, which implies that economic voting under preferential voting systems exists. For those

listed in the second and third positions, on the other hand, this is not the case, i.e. the conditional effect of unemployment is not statistically significant. Incumbency has a significant effect on candidates in all positions but there is no joint effect of unemployment on incumbents. Thus, the Candidate Accountability Hypothesis (H3) does not find confirmation⁴³.

Table 2A
Absolute Change in Position
Joint Effect

	Position 1	Position 2	Position 3
PM Party + Gov. X Unemployment	-0.259 (0.26)	0.062 (0.07)	0.0146 (0.06)
Unemployment + Gov. X	0.06*** (0.02)	-0.004 (0.01)	-0.0002 (0.00)
Incumbent + Incumbent X	-0.830*** (0.21)	-0.522*** (0.07)	-0.497*** (0.08)
Unemployment			
Unemployment + Incumbent X	-0.006 (0.017)	-0.006 (0.005)	0.006 (0.005)
Unemployment			
Inalpha constant	1.215*** (0.12)	-1.358*** (0.08)	-1.692*** (0.08)
Prob>=chi-sgrt	0.000	0.000	0.000
Pseudo R-sgrt	0.043	0.017	0.018
N	1851	1849	1850

*Numbers in parentheses are standard errors; * $p < 0.05$, ** $p < 0.01$, *** $p < 0.001$*

Since maximum likelihood estimates are difficult to interpret in substantive terms, I calculate predicted values to learn the substantive effect of the economy on candidates' positions on the list.⁴⁴ The results of simulations for each of the models (for each of the positions) are presented in Table 3. The predicted values relate to one's fall or advancement on the list. Considering how the dependent variable was constructed, the interpretation of the predicted values for the first position is straightforward. Values in proximity to zero

⁴³ Given the prominent position of the economic voting literature, that stresses the importance of parties' legacies in new democracies, I have also checked whether old and new regime hypotheses are applicable for individual accountability, i.e. whether new regime candidates are negatively affected by a decline in economic performance as opposed to old-regime candidates, who should be affected positively by an economic downturn. I have run the regression for old and new regime parties separately but have not noticed any effect that would be consistent with old/new regime hypotheses.

⁴⁴ I use "Clarify," which is a simulation technique to present statistical results using STATA which by default draws 1000 sets of parameters. Next, the simulated parameters are converted into, in this case, predicted values (Tomz, Wittenberg, and King 2003).

indicate a candidate staying in the first position. This is also the most common occurrence. However, in some cases, the predicted mean value is much higher than zero (albeit not reaching one). Are the differences consistent with economic voting hypotheses?

The simulations were performed for specific values of variables of interest, i.e. candidate incumbency, party incumbency and unemployment. I have also distinguished between different elections and run separate simulations for each of them. Since we are really interested in the effect of unemployment, I have firstly calculated differences between minimum and maximum values of unemployment change for each year, i.e. for 1997 the maximum change was -10.07% and the minimum was -45.15 %; for the 2001 elections the maximum change was 25.27% and the minimum change was 8.81%; for the 2005 elections, the maximum change was 11.46% and the minimum change was 3.21%; and for 2007 the maximum change was -12.72% and the minimum was -32.2%.⁴⁵

For the sake of interpretation, it is important to note that the minimum value for unemployment indicates a decrease in the unemployment level while the maximum value indicates an increase in the unemployment level. Consequently, according to economic voting hypotheses we should expect that, with all else equal, higher unemployment change should produce greater dissatisfaction among voters and therefore a greater fall down the list. Conversely, lower unemployment change should cause candidates to rise up the list.

Other than unemployment, I have used different values for incumbency and governing party status to see whether and how they influence the impact unemployment has (or does not have) on a candidate's position on the list. Thus, I provide results for changes in unemployment for incumbent and non-incumbent candidates for both governing and non-governing parties. The theory of (retrospective) economic voting suggests that we should expect unemployment to have the greatest impact on incumbent candidates and governing party candidates since these candidates are under voters' scrutiny for their performance in office.

Table 3 presents the results of the simulations for each position. As expected, unemployment has the greatest impact for those who are first on their party's list. It is important to note that positive values in this case are negative in effect, i.e. candidates value higher positions on the list which are lowest in numerical value (i.e. position no. 1 is the most sought after and highest position despite the fact that it has the lowest value). Adding to this value indicates candidates falling down the list. The worsening of economic outcomes impacts almost all top-listed candidates and causes them to fall down the list. Only the top-listed incumbent candidates from a non-governing party are not affected by negative changes in the economy. On the other hand, those incumbents of a governing party listed second on a list are benefiting from worsening economic condi-

⁴⁵ I have used unemployment maxima and minima for each respective election as opposed to using one overall maximum (25.57%) and overall minimum (-45.15%) to avoid out of sample predictions (although the authors of "Clarify" state that out of sample predictions are possible to make with this software) (Tomz, Wittenberg and King 2003).

tions. Thus, the simulations add an interesting caveat to our findings. It seems as if there is a reshuffle of the top two positions on governing parties' lists. When the economy declines, voters are less likely to vote for the top candidate. They do not, however, look far for a replacement but go ahead and choose the second person on the list.

Table 3
First Differences in Final List Position conditioned on the value of the change in unemployment (ranging from minimum to maximum change, i.e. from best to worst economic conditions)

Variable Specification	1997	2001	2005	2007
POSITION 1				
Incumbent and Gov. Party	0.12* (0.07)	0.02* (0.01)	0.03* (0.01)	0.02* (0.01)
Non-Incumbent and Gov. Party	0.25* (0.11)	0.06* (0.02)	0.07* (0.02)	0.04* (0.02)
Non- Gov. Party and Non-Incumbent	0.25* (0.11)	0.06* (0.02)	0.07* (0.02)	0.04* (0.02)
Non-Gov. Party and Incumbent	-0.01 (0.05)	-0.01 (0.02)	-0.01 (0.02)	-0.002 (0.006)
POSITION 2				
Incumbent and Gov. Party	-1.06* (0.57)	-1.12* (0.73)	-0.93* (0.54)	-0.85* (0.43)
Non-Incumbent and Gov. Party	-0.59 (0.66)	-0.63 (0.73)	-0.54 (0.65)	-0.43 (0.53)
Non- Gov. Party and Non-Incumbent	-0.59 (0.70)	-0.62 (0.73)	-0.55 (0.65)	-0.45 (0.52)
Non-Gov. Party and Incumbent	-0.51 (0.52)	-0.57 (0.60)	-0.47 (0.45)	-0.42 (0.38)
POSITION 3				
Incumbent and Gov. Party	0.02 (0.43)	-0.02 (0.41)	-0.01 (0.39)	0.01 (0.43)
Non-Incumbent and Gov. Party	-0.06 (0.66)	-0.12 (0.61)	-0.14 (0.62)	-0.09 (0.59)
Non-Gov. Party and Non-Incumbent	-0.08 (0.64)	-0.11 (0.61)	-0.12 (0.59)	-0.08 (0.64)
Non-Gov. Party and Incumbent	0.52 (0.44)	0.46 (0.36)	0.44 (0.37)	0.51 (0.42)

*Numbers in parentheses are standard errors; * $p < 0.05$*

Those in the second position on party lists seem to benefit significantly and substantially from the negative impact of increases in unemployment on the list leaders, albeit only if they are from the governing party and if they are incumbent candidates. For each election year, an increase in unemployment helps those candidates to move to the top of the list (i.e. by approximately one position). Non-incumbent candidates and incumbents from non-governing parties neither experience a similar benefit nor are they affected negatively. The same holds for those listed in the third position irrespective of their incumbency status or party ID.

At the same time, it is worth noting that not only PM Party candidates but also non-PM party candidates are punished for bad economic results. This finding could be related to the specificity of the PR electoral system where it is usually difficult to create a majority one-party government and, thus, not only the governing party but also coalition partners may seem to voters to be responsible for economic results. In addition, minority governments are often formed in PR systems. This is precisely the case in Poland where during the time period studied parties have either governed as a coalition or as a minority government. While under coalition government junior parties may take some of the blame, in a minority government situation not only the governing party but also opposition parties may be viewed as responsible for economic results, since to enact any law, the opposition must co-operate with the governing party. Lack of cooperation may also negatively impact both sides as voters grow tired of bickering and gridlock and blame all parties for unsatisfactory economic results. Why do non-governing party incumbents not suffer under these conditions? If one assumes that in a PR system voters distribute responsibility to all parties, parties in power should suffer more under negative economic conditions than the opposition (or junior coalition) parties. It is possible that while incumbency advantage cannot counter this negative impact for the governing party candidates, it may have this effect for non-governing party candidates. Figures 2 and 3 illustrate the changes in the first position and changes in position 1 and 2 for the governing party's incumbent candidates.

At first sight, the results of simulations reveal the small effect of the economy. In fact, however, advancement by a whole position from second to first place on the list is substantial as it raises the chances of becoming re-elected. Most importantly, this effect is significant for incumbent candidates and governing parties, confirming the main argument advanced in this work, that economic voting exists if voting is considered as a two-stage decision. Just as in the traditional economic voting literature, here the incumbency of a candidate and party also play a key role, providing voters with cues about whether to punish or reward a candidate based on economic results.

In addition to the effect of the main variables of interest, the effect of some other variables is noteworthy. Again, governing party status does not help as we do not note "incumbency advantage" with respect to parties. Being a candidate of a governing party

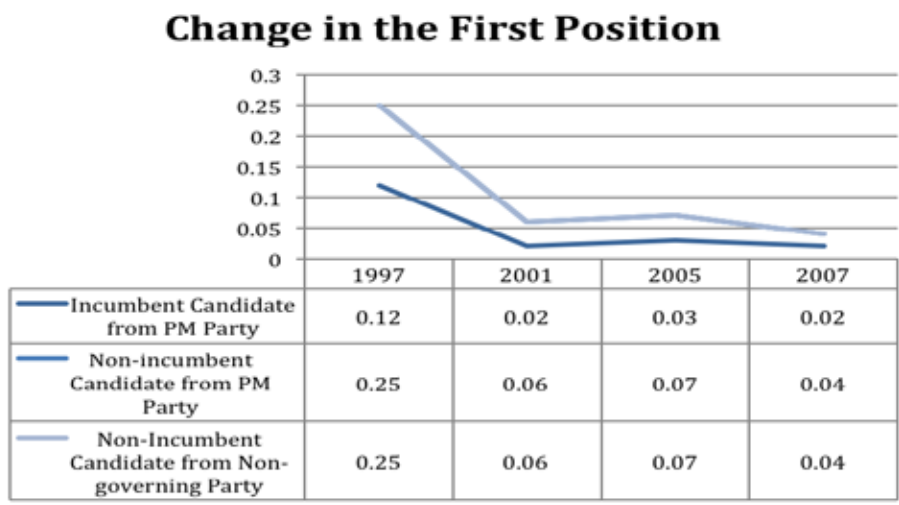


Figure 4

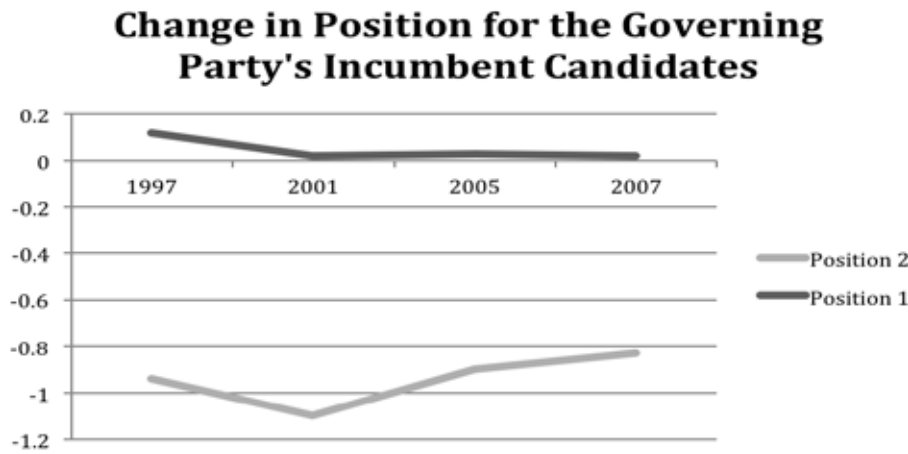


Figure 5

does not matter in terms of changes in position. This is an important finding. With all else equal, voters treat candidates the same, irrespective of which party these candidates come from. There is not a built-in benefit or disadvantage to being a governing or opposition party's top candidate.

Still, incumbent advantage seems to work for individual candidates since incumbents are less likely than non-incumbents to change their position to a lower one as a result of voters' intervention. List position also matters. Those incumbents listed first on the list are less likely to fall than those listed later on the list. This may be related to the primacy effect as mentioned by Miller and Krosnick (1998), according to which if voters have no

knowledge of candidates but like the party, they will be more likely to vote for the person listed first on the list despite the fact that they do not know much about this person. On the other hand, those listed first on the list as prominent candidates may have been advertised more than others by the party and become more known to voters or were more known to the voters to begin with. Therefore, voters are more likely to vote for the candidates they recognize.

The district magnitude variable works as predicted for all positions. The larger the district magnitude, the more potential rivals each of the candidates has in a district and the larger their chances are of falling from their initially high positions or the smaller the chances they have of advancing. The strength of the candidate's party in the district does not matter for any of the positions, and nor do changes in unemployment levels alone matter. Being a female candidate has different effects for the first, second and third positions. Female candidates listed first are more likely to fall from their positions than male candidates but those listed second or third are less likely to fall than their male counterparts.

Conclusion

Economic voting is a well-established concept within research focusing on political accountability. Voters punish incumbents when the economy is doing badly and reward them when it is doing well. In this setting politicians are agents who act within the political realm with voters acting as principals. This paper contributes to this body of work as it takes the first step to considering preferential voting as a vehicle for assigning responsibility to parties and candidates. To do so it re-conceptualizes the act of voting itself. While until now researchers have usually viewed it as a one stage decision, here voting is conceptualized as a two stage process: one stage in which voters decide which list (party) to choose and a second stage where voters, having decided their preferred party, decide which candidate on the list they prefer.

As shown in the example of Polish legislative elections, voters take this opportunity and assign responsibility to the parties at the second stage of the vote by negatively impacting the incumbent count or candidates' positions on the list. Interestingly, only governing party candidates listed first on the list are negatively impacted by a bad economy, which indicates that *Party* and not *Candidate Accountability* is at work. This seems to be a confirmation of the conclusions Zielinski et al. (2005) came to in their research on Polish legislative elections: that incumbents seem to be able to hide behind party labels to avoid responsibility. Parties seem to be held accountable by voters as their "showcase candidates" fall down the list when economic results are not satisfactory to voters. And even though they do not fall far, as voters seem to opt for the candidate "next in line," the

move may have an impact on who will enter parliament in small districts and districts where the governing party's support is particularly weak, either due to historical weakness in this area or due to general vulnerability in the elections.⁴⁶ For individual candidates, this result implies that the first position, so much sought after by candidates in PR elections, may not always be to their benefit. All in all, candidates in open-list systems should possibly rethink their strategy under conditions of bad economic results if their goal is to be elected or re-elected.

Albeit only devised in a one-country context, these findings are very important on theoretical and empirical grounds. Theoretically, they urge scholars to reconsider the way they operationalize voting under open list designs. Empirically, this work provides evidence of accountability under open-list design at both stages of voting. Most importantly, it finds that the traditional measures of accountability are insufficient for open-list systems. When the second stage of voting is considered, accountability gains a new dimension. The evidence of accountability in the second stage of voting suggests that an open-list PR electoral system may be better and more conducive to accountability than we thought. Until now, PR systems have been considered less responsive to voters due to lower accountability than majoritarian systems. In exchange, PR systems have been described as more representative. This research suggests that preferential PR systems may offer a middle ground for those trying to find both high representativeness and high accountability. Voters under open-list arrangements seem to be able to use those systems to their advantage. They can even have their cake and eat it, too, by voting for their party while punishing it if they feel the party's performance in office was not good enough.

⁴⁶ Interestingly, those listed third on the list are not affected by the economy, which only confirms my decision to look only at the top slate of candidates.

Appendix 3

Table 3.1
Summary Statistics

Variable	N	Mean	Std. Dev.	Min	Max
Change in Position	39573	0.00	4.63	-30	35
Change in Position No. 1	2712	0.23	0.88	0	23
Change in Position No. 2	2708	2.25	2.07	0	30
Change in Position No. 3	2710	3.34	2.48	0	32
Incumbent Difference	39573	-0.23	1.38	-9	5
Incumbent	39571	0.04	0.21	0	1
PM Party	39572	0.12	0.33	0	1
District Magnitude	39573	11.04	4.55	3	46
District Magnitude (ln)	39573	2.33	0.40	1.10	3.829
Sum of incumbents	39573	0.84	1.23	0	8.000
No of incumbents on a list (ln)	39573	0.45	0.54	0	2.197
Incumbents reelected	39573	1.07	1.75	0	11.000
Vote share	39572	9.79	11.69	0.03	97.350
Vote share (ln)	39572	1.49	1.44	-3.51	4.578
No. of votes for a list	31074	36404.51	53271.29	127	618942
Female	39573	0.20	0.40	0	7

Appendix 4

Table 4.1
OLS Regression: Change in List Position

	Position 1	Position 2	Position 3	Position 4	Position 5	Position 6
Incumbent	0.136* (0.06)	0.998*** (0.17)	1.437*** (0.25)	1.664*** (0.34)	2.710*** (0.45)	1.599** (0.58)
District Magnitude (ln)	-0.182* (0.07)	-0.672*** (0.16)	-1.076*** (0.19)	-1.087*** (0.22)	-1.407*** (0.25)	-1.483*** (0.26)
Vote share (ln)	-0.017 (0.02)	0.032 (0.04)	0.088 (0.05)	-0.046 (0.06)	-0.094 (0.06)	-0.143* (0.07)
PM Party	0.023 (0.08)	-0.141 (0.17)	-0.079 (0.21)	-0.115 (0.24)	0.449 (0.26)	0.426 (0.27)
Female	-0.070 (0.06)	0.421*** (0.13)	0.327* (0.14)	1.156*** (0.17)	0.847*** (0.19)	0.554** (0.20)
Change in Unemployment	-0.004 (0.01)	-0.004 (0.01)	-0.017 (0.01)	0.016 (0.02)	0.007 (0.02)	0.004 (0.02)
Incumbent X Chng. In Unemployment	0.004 (0.00)	0.013 (0.01)	0.000 (0.01)	0.008 (0.02)	0.035 (0.02)	0.004 (0.03)
PM Party X Chng. In Unemployment	-0.008* (0.00)	0.014 (0.01)	0.018 (0.01)	-0.006 (0.01)	0.012 (0.01)	-0.002 (0.01)
Total Incumbents- In- cumbents reelected	0.007 (0.02)	-0.042 (0.05)	0.103 (0.05)	0.057 (0.06)	-0.151* (0.07)	-0.105 (0.07)
Election 1997	-0.430* (0.22)	-0.640*** (0.17)	-0.318 (0.56)	0.111 (0.23)	1.707* (0.72)	1.596* (0.76)
Election 2001	0.000 (.)	-0.446 (0.48)	0.000 (.)	-0.367 (0.66)	0.000 (.)	0.000 (.)
Election 2005	-0.042 (0.08)	-0.189 (0.39)	0.013 (0.21)	-0.552 (0.52)	0.389 (0.27)	-0.064 (0.28)
Election 2007	-0.047 (0.22)	0.000 (.)	-0.201 (0.57)	0.000 (.)	0.586 (0.72)	1.100 (0.77)
Constant	0.300 (0.23)	0.261 (0.41)	0.713 (0.59)	0.835 (0.57)	0.892 (0.76)	1.537 (0.81)
R-sqr	0.022	0.048	0.062	0.062	0.094	0.087
N	1851	1849	1850	1837	1810	1784

*Numbers in parentheses are standard errors; * $p < 0.05$, ** $p < 0.01$, *** $p < 0.001$*

I decided to focus on the first 6 positions only. This has both pragmatic as well as substantive grounds.

It will simplify my analysis and provide clearer results. More importantly, there is a valid reason to assume that only the candidates listed in the early positions are in fact recognizable to voters. Also, these are the obvious “showcase candidates” of particular parties.

Table 5.2 presents the OLS results when Model 1 is applied for the first 6 positions. The coefficient of the incumbency variable is always highly statistically significant and positive. A positive coefficient in this case means a drop down the list since a higher placement value equals a lower position. Candidates across all six positions are affected negatively by incumbency. Still, those listed earlier lose less than those who are listed later on the list. This is an unexpected result, since informed by previous research we expected incumbents to have the advantage over non-incumbents. Interestingly, the disadvantage decreases as we move to the top of the list. Those listed first are affected negatively by incumbency twenty times less than those listed fifth on the list.

A noteworthy result reveals the effect of unemployment or rather lack thereof across the candidates in most cases. Nor does incumbency status condition the impact of the unemployment variable. The only impact of unemployment we find is for governing party candidates who are listed in the first position on the list. When unemployment rises, those who are listed first seem to benefit. This is a finding that contradicts my expectations about economic voting at the second stage of the vote.

Appendix 5

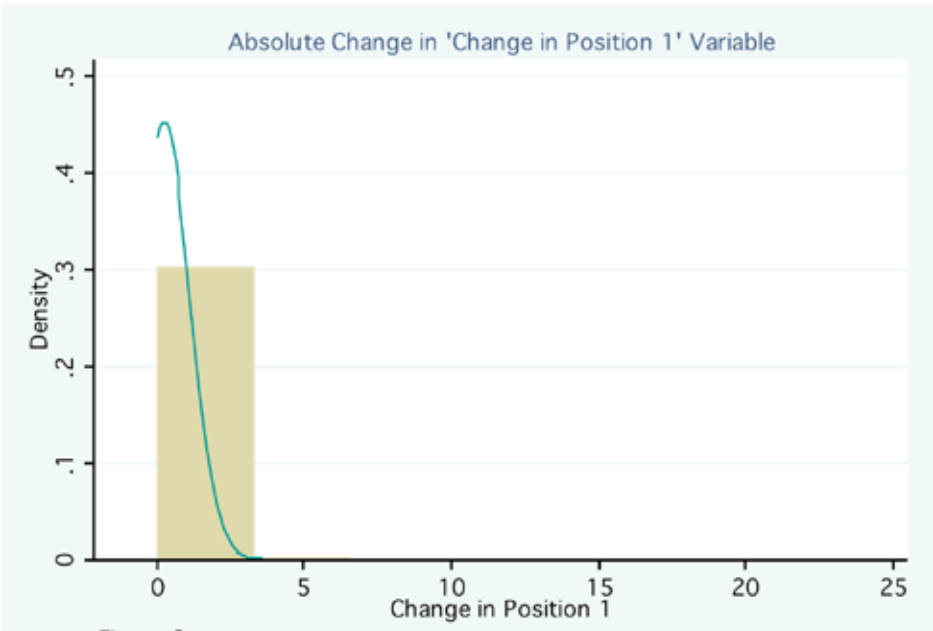


Figure 5.1

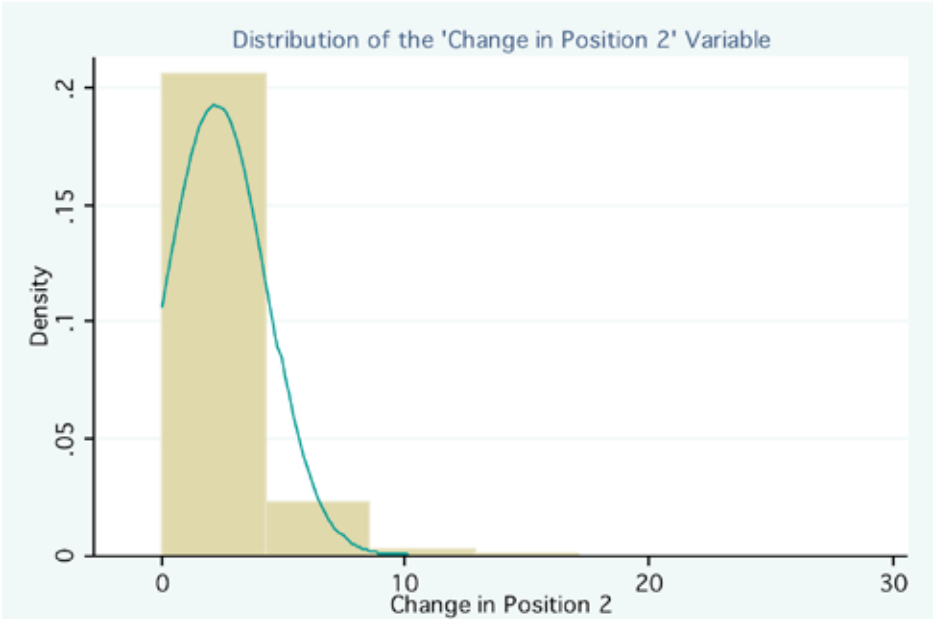


Figure 5.2

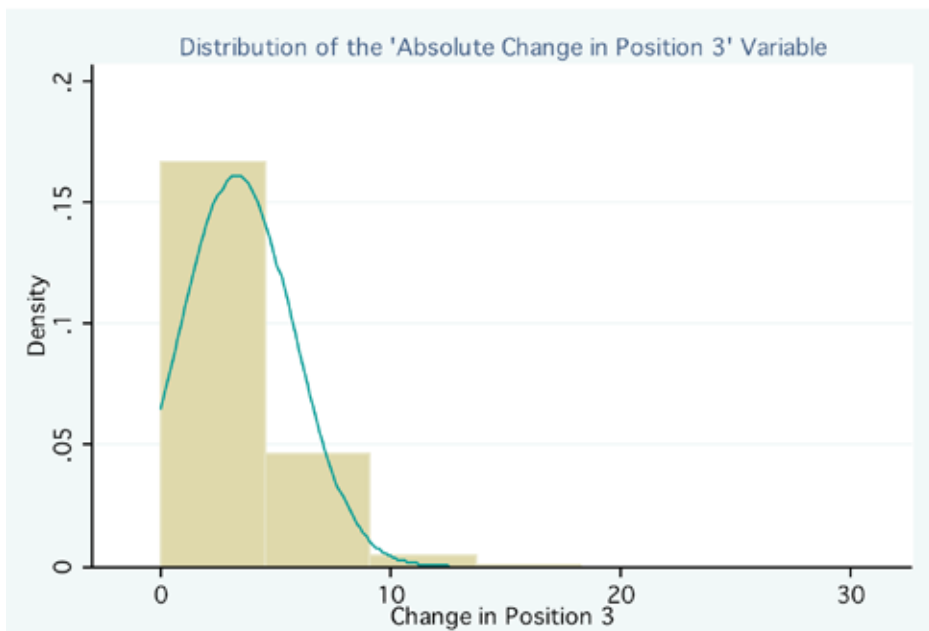


Figure 5.3

Since the values are non-normal, OLS estimation would be flawed. I consider two possible maximum likelihood estimation techniques: *Poisson* and negative binomial regression. The statistical model needs to account for two very specific features of the data distribution. *Poisson* and negative binomial regressions are very similar to each other as they both allow for the recognition of the skewed distribution of probabilities for advancing/falling on the list and better model the relationship that we observe with open list electoral systems. My dependent variable includes only positive values and is skewed to the left, which fits both *Poisson* and negative binomial estimation. Poisson models presume that the variance fits exactly, i.e. all counted events follow the same distribution. In contrast, negative binomial estimation includes an error term accounting for variance around the estimated means. Thus, while for Poisson we compute probabilities by computing $\exp(\alpha + \beta x)$, for negative binomial we compute $\exp(\alpha + \beta x) * \exp(\text{error})$ which is nothing more than $\exp(\alpha + \beta x) * \alpha$, where alpha is the dispersion parameter that adds the possible variance to the model. Thus, having alpha significant in the model means that heterogeneity is present and we should use negative binomial that does not assume homogeneity. While Poisson regression assumes that all counted events follow the same distribution, the negative binomial allows for variance, i.e. adds the error term.

The parameter alpha is statistically significant in all my models (alpha is statistically different than zero) presented in Table 2 (in the text), which means that the data is over-dispersed and negative binomial regression is a better fit for the data than the Poisson

model. Also, other fit statistics such as AIC and BIC confirm the choice of negative binomial over Poisson (see Table 2 in the text).

I have also checked whether zero inflated negative binomial estimation is not more appropriate for my model when the dependent variable is an Absolute Change in Position 1. The zero inflated negative binomial estimation is useful in cases where the number of zeros is excessive and the zero values cannot be explained in the same way as the non-zero ones. As Figure 3 in Appendix 5 indicates and Table 5.1 shows in detail, there is an inflated number of zeros for those candidates listed first on the list (i.e. most of the candidates remain in their position).

Therefore, I need to test whether zero inflated negative binomial regression is more appropriate for estimating Absolute Change in Position 1. This does not seem to be the case for Absolute Change in Position 2 and 3 (See Table 1). For the candidates listed in the second and third positions by their party, their values for dropping/advancing on the list are much more uniformly distributed and therefore regular negative binomial estimation can be applied.

To test which regression fits the data better, I run the zero inflated negative binomial estimation where the dependent variable is presumed to be inflated by the variables related to incumbency, governing party status, and unemployment. Having done this, I apply the Vuong test. Statistically significant z-values for this test suggest that a zero-inflated negative binomial is a better choice for a specific set of data. This is not the case with regards to my data, however. The Vuong test produces a z-value of 0.95 $\text{Pr}>z = 0.17$), which is not statistically significant at customarily accepted significance levels.

Table 5.1
Distribution (Frequency) of the “Absolute Change” Variables

Position	Absolute Change From Position 1	Absolute Change From Position 2	Absolute Change From Position 3
0	2300	201	69
1	314	1097	516
2	66	560	654
3	17	354	500
4	4	185	327
5	4	123	209
6	1	76	157
7	1	38	105
8	2	32	67
9	1	16	35
10	-	12	27
11	-	4	13
12	-	1	12
13	-	3	4
14	-	1	6
15	-	1	5
16	-	1	2
17	-	1	-
19	1	-	1
22	1	-	-
23	-	-	-
24	-	1	-
30	-	1	-
32	-	-	1
Total	2712	2708	2710

SUMMARY

To have your cake and eat it too: accountability under a preferential voting system

Informed by the findings in the economic voting literature and using an original dataset on Polish elections this research breaks away from this established practice and goes a step further by showing how economic conditions allow voters to distinguish between high/low performers and effectively attribute responsibility under open-list PR systems where voters can choose not only among parties but also among individual candidates. By integrating open-list design into the model of accountability this study transforms the way we think about the very act of voting.

Keywords: Voting rights regulations, preferential voting system, accountability system

MICHAŁ KROTOSZYŃSKI

Polish lustration and the models of transitional justice

After the demise of an authoritarian regime, a newly-established, democratic government faces multiple dilemmas that concern both the uncertain future of its society and its painful, abusive past. Not only must the state undergo a significant political and economic rearrangement, but the new authorities must often deal with what Samuel Huntington calls “the torturer problem”: the question of the response to “charges of gross violations of human rights – murder, kidnapping, torture, rape, imprisonment without trial – committed by the officials of the authoritarian regimes”¹. The answer to this dilemma is far from obvious. Even though the crimes of the past may call for retribution, the government must abide by the requirements of the rule of law and balance the implementation of such measures against the risks of political destabilisation. This unique set of issues, discussed since the early 90’s under the name of transitional justice, has been present in the post-authoritarian countries of the Southern Cone, in the post-conflict settings of internal and international armed struggle and in the post-communist societies of Eastern Europe.

For more than forty years the communist regimes of the former Eastern bloc abused civil liberties, suppressed opposition and, when ordinary violence failed, resorted to extraordinary measures such as killings and extrajudicial imprisonment². Nevertheless, in post-communist countries – as Adam Czarnota notes – dealing with the past concentrates mainly on the former secret police and its net of clandestine informants. This is no surprise as “its significance, pervasiveness and scale of operations were unparalleled in any other political formation known, and on some views it has bequeathed legacies of profound, if characteristically hidden, significance to the post-communist present”³.

1 S. Huntington, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, Norman 1991, p. 211.

2 I use the distinction between ordinary and extraordinary violence following David Dyzenhaus’ account of the apartheid. D. Dyzenhaus, *Judging the Judges, Judging Ourselves. Truth, Reconciliation and the Apartheid Legal Order*, Oxford 1998, p. 6.

3 A. Czarnota, *Lustration, Decommunisation and the Rule of Law*, “The Hague Journal on the Rule of Law” no. 2 vol. 1, 2009, p. 312.

Eastern European states have dealt with this situation using a number of distinctive measures, including lustration and the opening of secret service archives.

The field of transitional justice has moved beyond mere documentation or comparison of ways the affected countries deal with their past, and aims at constructing a theoretical framework which could help to articulate those issues in a synthetic manner. In line with this trend, the article presents the development of Polish lustration procedures as part of a broader, international phenomenon. Thus, after defining some basic notions connected with dealing with the past, three general models of transitional justice are described. Next, an account of Polish lustration and public disclosure measures is given with the employed instruments assigned to the models of transitional justice. Finally, the text offers concluding remarks on the evolution of Polish lustration and the actors which have shaped its course.

Basic Notions of Transitional Justice

Transitional justice is bound to a set of moral, political, legal and economic dilemmas related to a situation of regime change. Different levels at which these problems are answered provide for various understandings of the nature of transitional justice itself. Some see it as a concept of justice – either: ordinary⁴ or extraordinary⁵ – which governs the ethical choices connected with dealing with the past. It can also be described as a set of “political decisions made in the immediate aftermath of the transition and directed towards individuals on the basis of what they did or what was done to them under the earlier regime”⁶. Finally, transitional justice is understood as “the full range of processes and mechanisms associated with a society’s attempts to come to terms with a legacy of large-scale past abuses”⁷.

The measures aimed at dealing with the past include criminal trials conducted before domestic courts or international or hybrid tribunals. In cases where there is no prospect of penal sanction, truth-seeking initiatives, such as truth commissions or the opening of archives, are often implemented. Institutional reform of the public sector, including vetting of personnel, is also undertaken. The government may also wish to recognise the victims of past abuses by awarding them monetary reparation and/or by offering them symbolic acknowledgement of their suffering. Amnesties can also be seen as a transitional justice measure, especially if they are crafted carefully in order not to infringe the rule of law.

4 *Vid.* E.A. Posner, A. Vermeule, *Transitional Justice as Ordinary Justice*, “Harvard Law Review” 2004, no. 3, vol. 117.

5 *Vid.* R.G. Teitel, *Transitional Justice*, Oxford/New York, 2000.

6 *Cit. per.* W. Sadurski, *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht 2008, p. 344.

7 *Report of the Secretary-General on the rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies (S/2004/616)*, United Nations Security Council, 23.08.2004, par. 4.

Each of these instruments can pursue its own goals, such as the establishment of individual criminal responsibility or the creation of the official memory of the past. However, Pablo de Greiff, presenting his normative conception of the goals of transitional justice, argues that these mechanisms, used in a holistic manner, can also achieve two mediate aims: recognition of victims as right-bearers and promotion of civic trust. The existence of civic trust – a joint belief that the government and fellow citizens share the same set of basic norms and therefore will not violate the rights of the individual – equates to reconciliation which, along with democracy, constitute the two final goals of transitional justice⁸.

In the authoritarian state, public institutions are often dysfunctional, corrupt and unwilling to protect human rights. During the transition, the aim of institutional reform is to transform these bodies into “institutions that support the transition, sustain peace and preserve the rule of law” and which “protect human rights, prevent abuses and impartially serve the public”⁹. The review of personnel can be a powerful tool in that process. Thus, vetting can be defined as “assessing integrity to determine suitability for public employment” whereas “integrity refers to an employee’s adherence to international standards of human rights and professional conduct, including a person’s financial propriety”¹⁰.

Vetting, which concentrates on individual behaviour, should be distinguished from a purge, which can be described as massive, systematic exclusion from the public sector based on a collective guilt, such as a mere affiliation with a group like a political party¹¹.

The term “lustration” – which derives from the Latin word *lustrum* denoting “a ceremony of ritual purification”¹² – has at least three modern meanings. It can be understood as an authorized procedure “of checking candidates for some positions in the state, from the point of view of their security credential broadly conceived”, as mechanisms used “to eliminate groups of people, who in the past occupied some position in the state and/or communist party apparatus” and finally as “the process of making public the names of people who consciously and secretly collaborated with the organs of the secret services”¹³. In the first meaning, lustration is similar to vetting; in the second one it is akin to de-communisation. Finally, lustration, as it is understood here, can be described as a type of vetting that concentrates both on work in the communist secret service and on clandes-

8 P. de Greiff, *Theorizing Transitional Justice*. In: *Transitional Justice*, ed. M.S. Williams, R. Nagy, J. Elster, New York/London 2012, p. 31–77.

9 *Rule-of-law tools for post-conflict states. Vetting: an operational framework*. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights 2006, www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawVettingen.pdf.

10 *Ibidem*, p. 4.

11 *Vid.* P. de Greiff, *Vetting and transitional justice*. In: *Justice as Prevention: Vetting Public Employees in Transitional Societies*, A. Mayer-Rieckh, P. de Greiff (ed.), New York 2007, p. 524.

12 J. Korpanty *et al.*, *Słownik łacińsko-polski*, vol. 2, Warszawa 2003, p. 219.

13 A. Czarnota, *op. cit.*, p. 311.

tine and conscious cooperation with it. The screening can result both in the disclosure of the names of the collaborators (which is covered by the third definition presented above) and in the use of sanctions against those involved in such a collusion¹⁴.

Apart from being a source of information used in the lustration process, the files of the communist secret service can also be subject to public disclosure. In such cases, the individuals whose names appear in the archives are not subject to vetting, as the dubious reliability of the files is not verified¹⁵. The disclosure can either result directly from the law which governs the control of the archives or from the work of public officials or journalists.

Models of Transitional Justice

Models transitional justice can be described as ideal types of structuring the ways in which transitional societies deal with the past. Three basic models illustrating the paradigms used by states to face the legacy of human rights violations can be identified:

- the retribution model,
- the historical clarification model,
- the thick line model.

The models are based on transitional justice measures concentrating on human rights violations and their perpetrators, such as criminal trials, administrative sanctions, truth-seeking and amnesties. They do not take into account instruments which concentrate on the victims, such as reparation or symbolic recognition¹⁶.

The retribution model can be characterised as a paradigm in which the individuals whose involvement in the previous regime is condemned in a new, democratic reality are subject to sanctions. The sanctions may include criminal punishment, removal from positions in public administration, prohibition from running for certain offices or being promoted and the reduction of pensions or other benefits. The range of individuals affected may vary, yet the choice should not be arbitrary. As Diane Orentlicher notes: “the criteria used to select defendants” should “reflect appropriate distinctions based upon degrees of culpability” and therefore should be “focused on those most responsible for

14 For such a use of the term see: M. Nalepa, *Lustration and Survival of Parliamentary Parties*, „Taiwan Journal of Democracy” vol. 5 no. 2, 2009, p. 45.

15 On the topic of reliability of archives *vid.* S. Rumin, *Gathering and Managing Information in Vetting Processes*, [in:] *Justice as Prevention...*, p. 411–413.

16 For other classifications of the models of transitional justice see: J. Arnold, A. Eser, H. Kreicker, *Criminal Law in Reaction to State Crime. Comparative Insights into Transitional Processes*. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2002, <http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/6349/>; S.A. Garrett, *Models of Transitional Justice – A Comparative Analysis*. Columbia University Press, 2000.

designing and implementing a past system of rights violations or on the most notorious crimes"¹⁷. Examples of the model include East Germany¹⁸ and Rwanda¹⁹.

In the instance of the historical clarification model, transitional justice mechanisms concentrate on the dissemination of information on society's abusive past and there exist no institutional sanctions other than the disclosure of the links of the individual to previous human rights violations. Instruments typical of this model comprise truth commissions, the creation of official remembrance institutions, the opening of archives and vetting procedures. The lack of sanctions may be incumbent on the involvement of the individual in the process of historical clarification, as was the case in South Africa²⁰. In other cases, immunity to prosecution may be unconditional (Chile, until 1998²¹).

The thick line model can be described as one in which no official record of the past abuse is present and the human rights violators are not punished. Stephen A. Garrett defines it as a situation in which, as in post-Francoist Spain, "a newly emergent democracy makes a conscious decision not only to avoid prosecutions of past human rights offenders, but even to shun widespread public discussion about their having taking place in the first place"²². Apart from Spain, another example of the model is post-communist Russia²³.

Polish Lustration. Historical Account and Classification

The models listed above can be used as a tool to classify Polish lustration mechanisms, as well as the instruments of public disclosure. The development of Polish lustration, discussed briefly below²⁴, can be roughly divided into three phases:

17 D. Orentlicher, *Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*, „The Yale Law Journal” vol. 100 no. 8, 1991, p. 2602–2603.

18 Vid. C. Wilke, *The Shield, the Sword and the Party: Vetting the East German Public Sector*. In: *Justice as Prevention...*, p. 348–400; J. Zajądło, *Filozofia prawa a prawo karne*, *Studium tzw. Mauerschützen*, „Ius et Lex”, 2003, no. 1, vol. 2, p. 175–202 (in Polish).

19 See e.g.: T. Longman, *Justice at the grassroots? Gacaca trials in Rwanda*. In: *Transitional justice in the Twenty-First Century. Beyond Truth versus Justice*, ed. N. Roht-Arriaza, J. Mariezcurrena, Cambridge 2006, p. 206–228.

20 Vid. D. Dyzenhaus, *op. cit.*; P. van Zyl, *Dilemmas of Transitional Justice: The Case of South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, „Journal of International Affairs” no. 2, vol. 52, 1999 p. 647–667.

21 Vid. C. Collins, *Human Rights Trials in Chile during and after the 'Pinochet Years'*, „International Journal of Transitional Justice” vol. 4, 2010 p. 67–86.

22 S.A. Garrett, *op. cit.*, referring to it as an “amnesia model”.

23 Vid. K. Andrieu, *An Unfinished Business: Transitional Justice and Democratization in Post-Soviet Russia*, „International Journal of Transitional Justice” 2011 vol. 5, p. 198–220.

24 The length of the article makes it impossible to present a more thorough and accurate description of Polish lustration. Other accounts can be found in: A. Czarnota, *The Politics of the Lustration Law in Poland, 1989–2006*. In: *Justice as Prevention...*, p. 222–258; P. Grzelak, *Wojna o lustrację*, Warszawa 2005 (in Polish).

- from 1989 to the enactment of the 1997 Lustration Act²⁵;
- from the enactment of the 1997 Lustration Act to the enactment of the 2007 Amendment²⁶ of the 2006 Lustration Act²⁷;
- from the enactment of the 2007 Amendment of the 2006 Lustration Act to the present day.

Phase 1: from 1989 to the enactment of the 1997 Lustration Act

In 1990, the first Polish parliament chosen in partly free elections enacted the Office for State Protection Act²⁸. The law dissolved the communist political police and terminated the employment of its officers. Dismissed personnel could, however, be reappointed if certain conditions were met. According to the statute and to delegated legislation, the officer had to be no older than 55, be in good physical and mental condition, have at least secondary school education and represent an “impeccable moral and patriotic attitude”. Moral integrity could not be affirmed if a vetted person had a record of infringements of law, violations of dignity and rights of individuals or abuses of the post for private needs. Out of nearly 14.000 officers, over 10.000 passed the screening, yet due to downsizing of the secret service not more than 5.000 were reappointed²⁹.

Because of the vetting criteria – the appraisal of the work of an individual as a secret service officer – the process can be understood as an example of lustration. Those who acquired a negative opinion from the vetting commission were subject to a sanction, as their dismissal was final and they faced no prospect of employment in the security service. Therefore, the procedure falls within the retribution model.

The 1991 elections led to the creation of a government with the issue of lustration high on its agenda. Even though the administration planned to introduce an act on vetting, no bill was proposed³⁰. On the 28th May 1992, the Sejm, the lower chamber of the Polish parliament, passed a resolution which urged the Minister of Internal Affairs to submit a list of secret collaborators of the communist secret service currently holding certain public positions, including members of Parliament and higher state officials³¹. On the 4th of June, the list – which mentioned many members of Parliament and the President – was presented to the Sejm and other State institutions. Both the Minister and the Prime Minister claimed at that time that the document was not a verified list of agents but rather a set of names which appear in the archives and which should be subject to

25 Dz.U. Nr 70, poz. 443.

26 Dz.U. Nr 25, poz. 162.

27 Dz.U. Nr 218, poz. 1592.

28 Dz.U. Nr 30, poz. 180.

29 Constitutional Court Verdict of 24 February 2010 K 6/09..

30 P. Grzelak, *op. cit.* p. 44–50.

31 M.P. Nr 16, poz. 116.

further scrutiny³². This being the case, the creation of the list does not meet the definition of lustration. However, it can be regarded as a means of public disclosure of the secret files, which falls within the historical clarification model. This in no way should be read as an assertion of the reliability of the list, as even members of the government called for its further analysis.

The list was leaked to the media and caused uproar, which hastened the fall of the government. The resolution was later found to be unconstitutional, being contrary, *inter alia*, to the principles of the democratic rule of law, the protection of human dignity, the representative democratic system and the principle of legality³³.

Under the next government, six lustration bills were sent to parliament, yet none of them were finally passed. On the other hand, the 1993 Parliamentary Elections Act³⁴ was enacted, which forced all candidates to present a statement on their work or cooperation with the communist secret service, including military intelligence. The law was *lex imperfecta*, as no sanction for a lie was provided³⁵.

The first phase of Polish lustration included two significant developments: the 1990 Office for State Protection Act, which included instruments falling within the retribution model, and the case of the 1992 list of alleged collaborators that could be qualified as an element of historical clarification. Nevertheless, during this period there existed no lasting lustration procedure. The regulation provided in the 1993 Parliamentary Elections Act could not be regarded as one, as the lack of sanctions and verification of the declarations made it impossible to enforce the law. Thus, noting the aforesaid exceptions, the first phase of Polish lustration can nevertheless be classed under the thick line model.

Phase 2: from the enactment of the 1997 Lustration Act to the enactment of the 2007 Amendment of the 2006 Lustration Act

In 1995, Prime Minister Józef Oleksy was accused of cooperating with Russian intelligence and stepped down from office. The charges were not proven, yet the case gave a new momentum to the development of Polish lustration³⁶. Out of the five submitted bills, the joint proposal filed by the Labour Union (UP), the Freedom Union (UW) and the Polish People's Party (PSL) became the basis of the 1997 Lustration Act, which, after considerable changes, was passed on 11th April and entered into force on 3rd of August 1997.

The law provided for the vetting of the President, members of Parliament, higher public officials appointed by the President, the Prime Minister or parliamentary bodies,

32 P. Grzelak, *op. cit.* p. 62; *Sprawozdanie stenograficzne z 17 posiedzenia Sejmu I kadencji, 04.06.1992; Sprawozdanie stenograficzne z 21 posiedzenia Sejmu I kadencji, 23.07.1992*; <http://orka2.sejm.gov.pl/Debata1.nsf>.

33 Constitutional Court Ruling of 19 June 1992 U 6/92.

34 Dz.U. Nr 45, poz. 205, article 81 section 5 point 4.

35 *Vid.* Constitutional Court Resolution of 14 July 1993 W 5/93.

36 P. Grzelak, *op. cit.*, p. 106.

prosecutors, judges, chief officers in ministries and central or regional offices, and major figures in the public media, provided they were all born no later than 10th of May 1972. The lustration was also compulsory for candidates for these posts. A total of 22.000 citizens were covered by the act³⁷. Each of the vetted had to issue a statement on their work, service or cooperation with the communist state security authorities, the list of which was included in the statute. Statements pleading cooperation were to be published. Cooperation was defined as both conscious and secret. In 1998, the Constitutional Court stated that the individual must have provided the secret service, which was acting within its operational duties, with actual information. The mere declaration of cooperation – with no later factual collusion – was not enough to amount to collaboration³⁸.

The most important feature of the Lustration Act was the fact that service or cooperation with the communist state security authorities was not in fact penalised. What was being punished was the lustration lie: a deliberate submission of a statement that was also objectively false³⁹. As possible punishment was provided for the present conduct of an individual, the law could not therefore be regarded as retroactive, which was crucial considering the penal character of the legislation⁴⁰.

The lustration was based on a criminal process and all the basic procedural guarantees were provided by the law. The final and binding verdict which found the statement to be false was to be published. The ruling was to result in the loss of a parliamentary seat, a ban on running for presidential elections or in an officially proclaimed loss of moral integrity required for certain posts and professions. The effects of the verdict were to last for 10 years from the day it became final.

As the creation of a special lustration court was unsuccessful, the law was amended in 1998. The statute⁴¹ moved the procedure to the Warsaw Appellate Court. The act widened the scope of the vetted and covered defense counsels and officials appointed by the Speaker of the Sejm or the Senate. The lustration lie was to result in an *ex lege* dismissal from a post or profession; only judges had to be discharged by the verdict of a disciplinary court.

The mechanism introduced by the 1997 Lustration Act falls within the historical clarification model. Even though the law provided for a sanction, the vetted, in principle, may have felt unthreatened by it, given that they were contributing to the historical account with their true statements. Thus, Polish lustration seems to share similarities with the South African measures, as in both cases the sanction was imposed not for past misconduct but for present lack of cooperation with the process of historical clarification.

37 W. Sadurski, *op. cit.*, p. 244.

38 Constitutional Court Verdict of 10 November 1998 K 39/97.

39 *Vid.* Supreme Court Verdict of 5 September 2002 II KK 102/02.

40 *Vid.* Warsaw Appellate Court Ruling of 25 September 2003 V AL 42/01.

41 Dz.U. Nr 131 poz. 860.

In 1998, two verdicts of the Constitutional Court upheld the 1997 Lustration Act, quashing only its minor provisions⁴². In 2002, the Parliament enacted an amendment which included significant procedural changes and involved a redefinition of cooperation⁴³. The redefinition was struck down by the Constitutional Court on procedural grounds. The Court also found the termination of court proceedings due to the resignation of the vetted from office to be in violation of the equality principle, as it enabled unfair calculation of the result of process⁴⁴. In September of the same year, the Parliament again redefined cooperation, requiring it to be factual – which implemented previous court interpretations – and without connection to intelligence, counterintelligence and border protection. The second condition was quashed in 2003 by the Constitutional Court as contrary, *inter alia*, to the equality principle and the citizen's right to information⁴⁵. The Court also found the lack of information on the length and the character of service or cooperation in published court verdicts to be a violation of equality and the right of an individual's good name to be protected⁴⁶.

In 1999, the Polish Bar Council issued a resolution, in which it claimed past cooperation with the communist secret service to be contrary to the basic norms governing professional conduct and called upon ex-collaborators to resign from the Bar. It also announced that it would take all legally eligible steps in order to remove them from the association and urged local bar councils to do the same⁴⁷. The resolution – which, due to its corporate character, could not be controlled by the Constitutional Court – was enforced by the bodies of the association. The attorneys who admitted to having cooperated with the communist state security authorities, were often subject to removal from the bar. Thus, the factual lustration mechanism was closer to the retribution model, as the counsels could be dismissed on the basis of their pasts and despite their truthful declarations.

In 1998, the Parliament enacted the Institute of National Remembrance Act⁴⁸, which regulated access to the archives of the communist secret service. The victims, who were subject to data gathering and who did not cooperate with the secret service, had the right to access their files and to ask the Institute for their rectification or anonymisation; the names of people who informed on them were also available. The officers and collabora-

42 *Vid.* Constitutional Court Verdict of 21 October 1998 K 24/98.

43 *Ustawa z dnia 15 lutego 2002 r. o zmianie ustawy o ujawnieniu pracy lub służby w organach bezpieczeństwa państwa lub współpracy z nimi w latach 1944–1990 osób pełniących funkcje publiczne oraz ustawy – Ordynacja wyborcza do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej i do Senatu Rzeczypospolitej Polskiej* (Dz.U. Nr 14, poz. 128).

44 Constitutional Court Verdict of 19 June 2002 K 11/02.

45 Constitutional Court Verdict of 28 May 2003 K 44/02.

46 Constitutional Court Verdict of 5 March 2003 K 7/01.

47 *Vid.* *Uchwała nr 9/1999 Naczelnej Rady Adwokackiej z dnia 17 kwietnia 1999 r.* Main provisions quoted in: Constitutional Court Decision of 20 May 2002 SK 28/01.

48 Dz.U. Nr 155, poz. 1016.

tors, provided they admitted their actions, gained access to the files connected to them. The archives were also open for scientific research. The statute created the possibility of a disclosure of the past and can therefore be qualified as falling within the historical qualification model.

In 2005, the Constitutional Court ruled that the restriction of the right to access and rectification of files only to the victims violated the constitutional right to the control of information on individuals gathered in public registers. In its verdict the Court ruled that access to files for groups other than victims can be achieved with a direct use of constitutional provisions. Thus, the ruling gave universal access to the secret service archives⁴⁹.

The second phase of Polish lustration was marked by the existence of an ongoing lustration procedure. Its provisions fell within the historical clarification model, with the exception of the lustration of attorneys, which was closer to the retribution model. The public disclosure of the files was introduced in 1998 and became universal in 2005.

Phase 3: from the enactment of the 2007 Amendment of the 2006 Lustration Act to the present day

On the 18th of October 2006, the Parliament enacted the new Lustration Act. The statute replaced the previous lustration mechanism with a new procedure, which encumbered the Institute of National Remembrance (IPN) with an obligation to issue personal certificates, consisting of information gathered in the archives of the communist secret service. As the information would not be verified, the measure should be regarded as an instrument of public disclosure, rather than lustration. This radical change never entered into force, as the Lustration Act was completely amended on the 14th of February 2007.

The 2007 Amendment of the 2006 Lustration Act marked a return to the previous procedure, focused on an appraisal of the validity of lustration statements. However, the law drastically widened the scope of the vetted and also included, *inter alia*, members of local government, all legal professions, diplomats, important posts in state organisations, certain positions in private and public media, schools and universities, and chief positions in banks and public companies. An estimated 350–400.000 people were to be covered by the act⁵⁰. Statements also had to be presented by citizens who had been verified under the previous legislation and a failure to do so was to lead to their dismissal. The law provided for the creation of an online register of lustration declarations. The

49 Constitutional Court Verdict of 26 October 2005 K 31/04.

50 *Vid. Biuletyn nr 2 Komisji Nadzwyczajnej do rozpatrzenia przedstawionego przez Prezydenta RP projektu ustawy o zmianie ustawy o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów (1511/V)*, 18.01.2007. Minutes from the work of the Commission available at: <http://orka.sejm.gov.pl/SQL.nsf/poskomprocall?OpenAgent&5&1258>.

lustration proceedings were to begin with a motion by the IPN prosecutor. The final and binding verdict which found the statement to be false caused immediate dismissal from a post and a 10 year prohibition from appointment for public positions and the right to be elected.

The law provided universal access to the files of people holding certain public positions. It also confirmed a general right to access one's own file, with the exception of officers and collaborators in regard to the documents they created. The IPN was also to create online registers of victims of communist surveillance, important communist politicians, secret service officers, employees and soldiers, and, finally, of secret collaborators, people who agreed to collude or those who were treated as co-operators.

In its landmark 2007 verdict, the Constitutional Court declared a large part of the 2006 Lustration Act to be unconstitutional. The Court set the limits on the lustration procedure, stating that the scope of vetting cannot include positions with no connection to the public sphere. Thus, it struck down provisions on the lustration of the private sector, including private schools, universities and media. Apart from quashing several other procedural provisions, the Court also stated that a fixed punishment for failure to submit a declaration or for presenting a false one – which, in the case of some professions, reduced the role of disciplinary courts to a mere reiteration of the previous verdict – violated the principle of proportionality and the principle of decent legislation. The online register of statements was said to violate the right to privacy and the limits on the data collected on individuals. The Court found that the catalogue of collaborators infringed the presumption of innocence; the creation of other registers was upheld, given that members of the ruling parties who later joined the opposition were not barred from being treated as victims. As a result of the verdict, the lustration process was halted and the declarations submitted had to be returned to the vetted⁵¹.

The verdict was implemented in the amendment enacted in September 2007⁵². However, the law reintroduced fixed sanctions for a lack of declaration or a false one. With regards to the latter, the provision was again quashed in 2011⁵³.

In 2007, The Institute of National Remembrance Act was amended again⁵⁴. The statute, *inter alia*, gave full right of access to files concerning an individual, removing the exception of former officers and collaborators of the communist secret police. In principle, the files were to be presented with no anonymisation.

During the third phase of Polish lustration, the case of the 2006 Lustration Act allowed the Constitutional Court to set the limits on the existing lustration procedure. What is more, a new mechanism for the creation of an online register of former secret

51 Constitutional Court Verdict of 11 May 2007 K 2/07.

52 Dz.U. Nr 165, poz. 1171.

53 Constitutional Court Verdict of 19 April 2011 K 19/08.

54 Dz.U. Nr 79, poz. 522.

service officers was also introduced. As the catalogue was to be created “on the basis of the official documents”, such as “open engagements, employment contracts or other similar documents which certified unambiguous situations, easy to demonstrate or prove using official data”⁵⁵, the author argues that the register was to be based on individually verified information – and thus is a method of lustration. According to article 20 section 5 of the 2006 Lustration Act, an entry in the IPN register can be questioned using a general lustration procedure⁵⁶ and thus the new mechanism seems to be secondary and subjected to the main process of lustration. Therefore, since 2007, apart from the instruments of public disclosure, Poland applies two alternative lustration mechanisms, both falling within the historical clarification model.

Polish Lustration. Concluding Remarks

The analysis of the historical account of Polish mechanisms of lustration and public disclosure allows for some general remarks on their evolution and the actors involved in their development.

In Poland, the legacy of the communist secret service was countered with a wide variety of lustration and public disclosure mechanisms. In the first phase of their development, there existed no general response to the problem and a number of limited and partial reactions appeared. The experience from this period resulted in the creation of a general vetting procedure in the 1997 Lustration Act and a mechanism of public disclosure in the 1998 Institute of National Remembrance Act. Both mechanisms were tied into the 2006 Lustration Act, which also created a secondary lustration process: the publication of the register of secret service officers.

Some tendencies in the development of the lustration process are easily recognisable. First, the expansion of the scope of vetting is visible. The tendency was slow in the second phase, culminating in the 2006 Lustration Act and was only stopped by the 2007 Constitutional Court Verdict. Secondly, unlike in some other countries, in Poland the lawmakers seem to understand the main lustration procedure as a criminal measure, which results in the use of the rules of a criminal process and emphasis on the non-retroactivity of the lustration lie mechanism. On the other hand, no similar concerns are present in the case of the register of secret service officers, which is created by an administrative body in an informal vetting procedure concentrating on the past conduct of the individual. Whereas due process principles are generally followed in court lustration proceedings, during the creation of the register the alleged secret service officers cannot take action and question the result of the vetting through the main lustration

⁵⁵ Constitutional Court Verdict of 11 April 2007 K 2/07.

⁵⁶ *Vid.* Białystok Appellate Court Decision of 7 April 2008 II Akz 63/08.

procedure. When it comes to public disclosure of the archives of the secret service, the process was characterised by a growing number of people being eligible to access the files and a growth in the amount of data available to them.

Polish lustration is a result of the cooperation and struggles of the Parliament and the Constitutional Court. The role of the Parliament was heavily influenced by the then-current political situation, as was visible in the case of the enactment of the 1997 Lustration Act. The Constitutional Court, on the other hand, created limits in the form of substantive requirements for the procedural provisions of the law, which resulted in a unique *acquis constitutionnel*. One should also note that both the Constitutional and the Supreme Court played essential roles in the interpretation of some of the most important parts of the acts, including the definition of cooperation. Their verdicts were often the basis of the new legislative provisions.

The input of civic society was also important. The resolution of the Polish Bar Council changing the lustration model in regard to attorneys and the role of the media – although outside the scope of this article – was also significant.

Both of the presented lustration procedures can be regarded as instruments of historical clarification. On the other hand, due to the doubtful accuracy of the files, their public disclosure can be understood only as a supplementary source of such knowledge. However, it is difficult to assess what influences the general public more: slow but steady lustration procedures or spectacular excerpts from the archives available in the everyday press.

SUMMARY

Polish lustration and the models of transitional justice

Transitional justice in the post-communist countries of Eastern Europe concentrates on the problem of the lustration of former secret service officers and their clandestine collaborators and on the question of access to files created by the communist political police. The aim of the article is to present the Polish experience in this field in view of the theoretical framework available in transitional justice literature. Thus, the text begins with definitions of some basic notions connected with dealing with the past. The article also proposes three basic models of transitional justice. The third part offers an account of Polish lustration and public disclosure measures and assigns those instruments to the models of transitional justice. The final section presents some concluding remarks on the evolution of Polish lustration.

Keywords: decommunisation, democratisation, lustration, transitional justice, vetting

KALIKST NAGEL

Human rights and the law of human rights: a positive legal regulation of an ontic reality

Introduction

Everybody talks about human rights: during informal meetings, in popular newspapers, as well as during academic conferences or in academic dissertations. “Human rights” are guaranteed by numerous acts of positive law – constitutions, covenants, acts of parliament, international declarations. Every attempt to guarantee these rights is always based upon a certain way of understanding what they are. What can be seen after analysing acts (being currently in force) of positive law protecting these rights is that all “human rights” share one attribute: vagueness and lack of definitiveness as to their content. This causes a serious danger, because achieving definitiveness as to the content of human rights is necessary in order to accomplish the purpose of all law: effectiveness. Lack of this definitiveness may lead to violations.

The fact that the role and importance of human rights is recognized must be treated as an undoubtedly positive phenomenon. Our whole civilisation should be built upon the fundament of recognition and legal protection of human rights, especially bearing in mind the horrors of World War II, when whole nations, including our own, were exterminated only because of nationality, which was understood in ethnic terms. We cannot allow this tragedy to ever fade away from the universal awareness of mankind because it protects us from the repetition of these tragic happenings. Nevertheless, it must be clearly stated that protection of human rights based solely on this awareness does not appear to be sufficient.

It seems quite obvious that no human activity, including all acts of positive law, will ever lead to such a state of affairs in which human rights will not be violated. Despite that, we should do whatever can be done to achieve such a state. What must be done in the first place is to construe, on the grounds of legal theory and the philosophy of law, a theory of human rights which could be used to interpret acts of positive law which are currently in force (including acts of international law) as well as to prepare drafts of new acts of positive law (na-

tional and international), if they were thought to be necessary. It is an absolutely fundamental issue to find a definitive answer to the question “what really are human rights?”

Historical perspective

The rationalist school of the natural law of human rights

In order to find a proper answer to the question asked above, a short examination of what has been achieved in previous ages is necessary. H. Waśkiewicz states that the first concept of human rights was worked out in the 17th and 18th centuries by legal philosophers – representatives of the so called (rationalist) school of natural law¹. According to this school, human rights are “subjective rights of public law, owed to every human being”², granted by the norms of natural law and because of that they were believed to exist somehow “above” positive law, which is merely an ordinance enacted in order to exercise natural law³. This makes human rights universal, inalienable and inviolable.

Understanding human rights in this way was an act of resistance against the absolutist tendencies to entrench the power of states. From this perspective, the demand for protection of human rights was somehow directed against the state.

To say that something is universal within a certain set is to state that it refers to all possible elements of a set which is being examined. The universality of human rights has three aspects, which are a personal aspect: they are owed (due) to every human being; a territorial aspect: they are owed (due) to every human being notwithstanding his/her location in the space or norms of positive law being there in force; a content aspect: it is invariable, notwithstanding the circumstances of the time and place.

Inalienability is the impossibility of renunciation of these rights in any way, including by performance of any act of law.

Inviolability means that no one can have the competence to deprive anybody of his/her (human) rights, but also that everybody is forbidden from violating human rights owed to anybody. Nevertheless, violation of somebody’s human rights does not cause its annihilation. This right is still owed (due) to this human being, despite the violation.

The concept of relative human rights

The way of understanding what human rights are as described above does not correspond with the way in which the governments of the 18th century exercised their powers.

1 H. Waśkiewicz, *Prawa człowieka w filozofii prawa*, [in:] *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa, Materiały Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej zorganizowanej w dniach 11 i 12 czerwca 1991 roku w Katowicach*, ed. B. Czech, Katowice 1992, p. 205.

2 *Ibidem*.

3 *Ibidem*.

States in the 18th and 19th centuries generally tended to extend their power into wider and wider areas of human activity.

Because of the contrast between the growing belief that human rights originate from natural law and are owed (due) to everyone on the one hand, and the reality of the exercising of power by governments at the end of 18th century on the other hand, states and societies achieved some kind of compromise. States granted positive-law human rights to their citizens. The content of these rights were for the most part similar to the human rights recognized by the school of natural law, but there was a fundamental difference: the basis, the source of these rights. According to what the school of natural law claimed, they were granted by natural law and governments could not change them and going even further: they were obliged to respect them. Contrary to this, the concept of relative human rights stated clearly that human rights are granted by positive law and states are allowed to deprive their citizens of them; granting human rights is an act of good will by a government, nothing more. From this standpoint, human rights are relative, because they are relativized to the act of enacting the norms of positive law⁴.

This way of understanding what human rights are was not the effect of systematic reflection by philosophers or lawyers. It was merely a result of the praxis of exercising power by European governments. This can be seen, for instance, in the texts of constitutions imposed by several monarchs in the late 18th century and in the 19th century. A few case studies concerning human rights were published at that time, but they analysed contemporary legislation and the philosophical substance of the problem was not taken into consideration. Very few legal theorists' works on this subject that were published at that time were written from the positivist standpoint and did not clarify the essence of human rights: how do they bind legislators?⁵

The way of understanding human rights after World War II

The trauma of World War II and totalitarianism (communism, Nazism), which affected much of the population all over the world, helped philosophers, politicians, academics as well as regular people – the world's public opinion, to realise that people, nations and states must recognise the absolute character of human rights and guarantee their protection. This nearly universal awareness resulted in the enactment of several fundamental legal documents (The Universal Declaration of Human Rights⁶, The International Covenant on Civil and Political Rights⁷). The very fact that the system of protection of human rights is international suggests that these rights are, at least, culturally and politically intersubjective. What is more, the texts of these acts indicate unambiguously

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Further referred to as: the Declaration.

⁷ Further referred to as: the Covenant.

that human rights are objective and absolute. The most obvious reason for such a standpoint is the fact that these documents declare that the equal and inalienable rights of all members of the human family derive from the inherent dignity of the human person⁸. In this perspective, the concept of relative human rights can no longer be claimed to be adequate. It is an anachronism⁹.

This universal belief that human rights are absolute and objective cannot be omitted from the legal and philosophical discourse. Of course, the shape of current positive-law regulations cannot be a deciding argument in the discourse concerning what human rights are. This is so because positive-law regulations merely reflect what human rights ontologically are, what their ontic nature is, they only reflect what people think about human rights, but they do not necessarily show it adequately and correctly. An analysis of acts of positive law protecting human rights shows that the belief as to the ontological character of human rights, expressed in e.g. the Declaration and the Covenant, is universally shared. This belief is very important, because such a character of human rights cannot be proved in a way we used to call scientific. The universality of the belief as to the character, derivation and content of human rights can be an indicator of the accuracy of certain results of the ontic cognition of human rights. But it must be kept in mind that even a unanimous international consensus as to the nature and content of human rights cannot be treated as a basis, or a source of human rights.

It is worth realizing that the current international system of protection of human rights was not construed as an emanation of any universally accepted philosophical concept. The Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights as well as the provisions of, e.g., the German constitution were enacted as a reaction to the scale of violations of human rights during World War II, often committed in accordance with the provisions of positive law. Political and legislative actions somehow anticipated philosophical and jurisprudential reflection. They were supposed to protect mankind from the repetition of those horrible events. This attempt to protect human rights has commenced a new trend: human rights are – to some extent – recognized in the practice of political and social life and, at least partly, not perceived in philosophical and legal discourse¹⁰.

What is particularly interesting, despite the fact that according to the Declaration and the Covenant, human rights are based on natural law (this is reflected by the reference to “inherent dignity”), the role of a state is precisely the opposite to what it was thought to be according to the concept of the (rationalist) school of natural law. In the 18th century the whole idea of human rights was somehow aimed against states and governments as

8 As it is stated in the Preamble of the Covenant.

9 H. Wąskiewicz, *op. cit.*, p. 207.

10 M. Piechowiak, *Pojęcie praw człowieka*, [in:] *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, ed. L. Wiśniewski, Warszawa 1997, pp. 10–11 and literature indicated there.

a limit to their power. Now states and governments are thought to be the main guarantors of these rights.

The current paradigm of human rights

Introductory presuppositions

When reading thoroughly through the acts of international law on human rights enacted after World War II, especially the Declaration and the Covenant, it can be clearly seen that human rights are understood in a certain way which constitutes some kind of paradigm. M. Piechowiak made an attempt to describe it¹¹.

It seems that within the current legal and philosophical discourse, it can be deemed incontrovertible that human rights are “rights owed to a human being solely because of the fact that he/she is a human being, notwithstanding any acts of positive law”¹². What the precise meaning of the term “right” is will be clarified below.

M. Piechowiak noticed that “it should be recognized that a fundamental fact, which is perceived by the concept of human rights, is the relationship of each human being to good owed (due) to him/her. The existence of this relationship does not depend on anybody’s actions, including enacting a positive law, and the fundamental objective of the protection of human rights is an all-embracing protection of this relationship”¹³. This statement reveals the very heart of what human rights are. To give an example: the life of a certain human being, as a good owed (due) to him/her, stays with him/her, as a being, in the relationship of adequacy and in the relationship of being owed. This relationship exists because of the inherent dignity of a person, based upon the ontological structure of this being. It is this adequacy, the state of being owed, which is ontological, which is inalienable, inviolable, universal and equal for everyone. It is this adequacy which has normative consequences: forbiddance of the violation of human rights and, for certain groups of entities, a command to take special care of certain human beings.

Attributes of human rights

Within the abovementioned paradigm, the four following attributes can be ascribed to human rights: inherence (being inherent), universality, inalienability, equality.

11 M. Piechowiak, *Pojęcie praw...*; M. Piechowiak, *Filozofia praw człowieka*, Lublin 1999.

12 J. Hersch, *Human rights in western thoughts*, [in:], *Philosophical foundations of human rights*, ed. A. Diemerinni, Paris 1986, p. 132.

13 M. Piechowiak, *Pojęcie praw...*, p. 12.

Inherence

Inherence appears to be the most fundamental attribute of human rights which construes the whole paradigm. It means the immanence, intrinsic quality or, even better, the ontic nature of human rights. It means that human rights derive from the very nature of a human being and are owed to him/her solely on the basis of the fact that he/she is a human being. This attribute is inherited from the (inherent) dignity of a person from which human rights are derived. A human being, solely because of who he/she is, possesses the dignity of a person which makes him a subject of human rights.

The first sentence of the Declaration's preamble states: "whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world". These words must be read together with the second sentence of the Covenant's preamble, which reads as follow: "Recognizing that these rights ("equal and inalienable rights of all members of the human family") derive from the inherent dignity of the human person". On this basis it can be firmly stated that human rights derive from the dignity of a human person and are owed to a human being solely because of this dignity. And because of that, human rights share all the attributes of human dignity.

The entitlement of every human being to all human rights does not depend on any human activity, including any legislative action. These rights are what people are owed. They are universal, absolute and objective. Nevertheless, people and states are under a positive duty not to violate these rights and, what is more, to protect them. Several documents of international law (e.g. the Declaration¹⁴) require states to enact norms of positive law guaranteeing them. These norms constitute the law of human rights. The difference between human rights and the law of human rights can clearly be seen. We must be aware of this fundamental distinction between human rights and the law of human rights, yet what is more important is that this distinction must be applied in the practice of political and legal activity.

In this context it is perfectly clear that neither a social contract, nor (however understood) the will of any nation nor even the unanimously articulated will of the whole human family can be claimed to constitute a normative basis of human rights. A social contract, the will of a nation or even the whole human family can be merely a reason for stating that norms construing a positive law system for the protection of human rights are binding. They do not grant human rights which are ontic and objective.

14 The third sentence of the preamble of the Declaration: "Whereas it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law".

Universality

The universality of human rights derives from their inherence. If human rights are owed to a human being solely because he/she is a human being, then they are owed to every human being. If so, they are universal.

The universality of human rights is indicated in many provisions of, for instance, the UN Charter, the Declaration or the Covenant. Even the title of the Declaration indicates it, for it is after all, the Universal Declaration.

The content of this document also does not raise any doubts as to the universal character of human rights. The first sentence of the Declaration's preamble invokes the "equal and inalienable rights of all members of the human family"¹⁵. Then, in article 2 of the Declaration, it is stated: "Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.". It is the fact that every human being is entitled to all human rights¹⁶, which constitutes the very essence of the universality of human rights.

Inalienability

The inalienability of human rights, just like universality, derives from their inherence. If human rights are owed to everyone solely because of the fact that he/she is a human being, then until the end of his/her life a human being is a subject of these rights, notwithstanding any of his/her or anybody's else behaviour. Inalienability indicates, therefore, the impossibility of the (1) transfer (2) renunciation or (3) deprivation of human rights. No act of positive law can deprive any human being or any group of human beings of their (ontic) human rights. The only effect of enacting a law which does not recognize and protect any ontic human right or deprive an individual or group of such a right is the fact that in this particular (positive) legal system this human right is not recognized and protected. Ontologically, this right is still owed to this individual/group and he/she/they is/are still entitled to it.

Inviolability

The fourth feature of human rights is their inviolability. This is not directly indicated in documents of international law on human rights, nevertheless, in several constitutions, including the Polish¹⁷ and German ones¹⁸, human dignity is declared to be inviolable.

15 "Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world".

16 Not exactly to all the human rights because some goods are owed to people only in specific circumstances. Certain goods connected with, for instance, participation in political life are not owed to infants. Nevertheless, there are some goods (e.g. life), which are owed to everyone.

17 Art. 30: Inherent and inalienable human dignity is a source of liberties and rights of a man and a citizen. It shall be inviolable. Its respect and protection shall be a duty of public authorities.

18 Art. 1: „Human dignity is inviolable“.

The inviolability of human rights shall be understood as such an attribute which causes that they “draw the line (of violation), which cannot be crossed even if the violation would bring a significant profit to mankind or even if it were done in compliance with the will of the majority of a particular society or even the whole of mankind”¹⁹.

Interdependence and interrelation of human rights

Every human right is linked with the others. All these rights and links between them constitute the system of human rights. While looking at this system it can be seen that, as was stated in the Vienna Declaration²⁰, “all human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated”.

This interdependence and interrelation of human rights derives from their mutual normative basis, that is human dignity and the integrity of human life in all its aspects. Human rights are entitlements to certain goods connected with all aspects of human life, which is integral. Because human rights are to protect human life as a whole, in its integrity, human rights are also integral, which means that all human rights compose a system and every right is its constituent part. Therefore, it must be recognized that “for the comprehensive development of the human person it is necessary to take into consideration all the aspects of the being which it constitutes: physical, psychological, moral and spiritual, both in the individual and social context”²¹. This demands the creation of “suitable social, political, economic, cultural, ecological etc. circumstances”²². This means that human rights are interdependent and interrelated.

Integrity, interdependence and the interrelation of human rights must be taken into consideration while formulating a catalogue of human rights. This catalogue should be construed adequately, that is, it should include all the rights with the proper balance between particular aspects of human life, represented by particular families of rights and particular rights.

Equality of human rights

Introductory observations

According to M. Piechowiak, documents of international law on human rights (especially the Covenant) indicate three aspects of the equality of human rights. The parties to it declared equality before the law, equal protection of the law and equality in the law.

19 M. Piechowiak, *Pojęcie praw...*, p. 17.

20 Vienna Declaration and Programme of Action Adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993.

21 M. Piechowiak, *Filozofia praw...*, p. 123.

22 M. Piechowiak, *Pojęcie praw...*, p. 18.

What is very important is that according to the Declaration, the demand for equality refers to human rights, whereas according to the Covenant it refers to the whole legal sphere, that is to all the social relationships regulated by positive law²³. It is probably trivial, but seems to be worth mentioning: “the equality in this case does not equal the uniform treatment of everyone or allotting everyone the same. Equality is violated solely by treating, on an arbitrary basis, in a different way that which is not essentially different or, in the same way, that which is essentially different”²⁴. The meaning of the terms “arbitrariness” and, above all, “essential difference” is relativized to some external value, that is, to human dignity. The three abovementioned aspects of equality shall be discussed below.

Equality before the law

The principle of equality before the law provides that every legal norm, every time it shall be applied, shall be applied equally. The fact that this principle was violated can be stated based solely on the content of a positive-law norm, which ascertains an addressee of the norm, the scope of application and the scope of regulation. If such a norm was not applied (by the public authorities) equally in every case (in at least one case it was not applied compliant to the content of this norm) then the principle of equality before the law was violated. What must be observed is that norms of positive law constitute a criterion for this examination of whether this principle is applied²⁵.

Equal protection of the law

The principle of equal protection of the law refers to the content of the norms of a (positive) legal system. The question of whether this principle is violated is, in fact, the question of whether a particular legal norm equally protects “equal” goods or whether the same good is equally protected in “equal” circumstances. So, just as in the case of the principle of equality before the law, positive law constitutes a criterion for examination of whether a particular legal norm complies with this principle²⁶. The demand for the equal protection of law is, in fact, the demand for the axiological and praxeological coherence of a particular legal system. It would be, of course, naive to think that this demand is absolute. Reality is so complicated that in certain circumstances certain goods cannot be protected at the same time in the same manner, because they conflict and at least one of them must be sacrificed.

23 M. Piechowiak, *Filozofia praw...*, p. 129.

24 *Ibidem*, s. 130, an author refers to: B. Pieroth, B. Schlink, *Grundrechte. Staatsrecht II*, Heidelberg 1994, p. 118.

25 M. Piechowiak, *Filozofia praw...*, p. 130–131.

26 *Ibidem*, p. 131.

Equality in the law

The principle of equality in the law refers to acts of enacting law. This principle is in fact a command, addressed to a lawgiver, to enact such a law which equally protects the fundamental rights of all individuals. In other words, it results in the forbiddance of enacting a law which, “on accounts of anything, would deprive anybody of his/her fundamental rights or would protect them poorly in comparison to the way in which the same rights of other individuals are protected”²⁷.

It is important to observe that human dignity and human rights that derive from this dignity are the criterion for deciding whether there exists “an essential difference” and whether there is “an arbitrary differentiation” between “equal” subjects. This criterion is external to the legal system.

M. Piechowiak, after A. Michalska, states that the parties to the Covenant in article 26 expressed their belief that the principles of equality before the law and equal protection of the law are subordinated to the equality in the law principle (the non-discrimination principle)²⁸. Equality in the law is the reason for and the basis of equality before the law and the equal protection of the law.

The non-discrimination clause

Several provisions of many acts protecting human rights provide a catalogue of human attributes that cannot be treated as constituting an essential difference between people. It is worth realizing that it is an open catalogue. What is more, the phrase “or other status” indicates that no other “status” or attribute can be treated as constituting an essential difference and, in consequence, justifying discrimination. Every human being is entitled to all human rights solely because he/she is a human being, because of existing as a being of a human nature (essence).

The welfare (global good) of a human being as a criterion for discrimination

What must be kept in mind is the fact that the non-discrimination clauses are not strictly formal, because treating people who do and who do not have particular attributes in a different way does not necessarily mean that one of these groups is discriminated against. To state that a human being in a certain situation is discriminated against, it is necessary to take into consideration his/her welfare (the global good of a being). M. Piechowiak correctly – as the author of this article believes – states: “the fundamental determinant of discrimination is not solely the fact of differentiating (...) but the fact that this kind of behaviour endangers the human rights of a certain man or group of people”²⁹.

²⁷ M. Piechowiak, *Pojęcie praw...*, p. 24.

²⁸ *Ibidem*, s. 132, an author refers to A. Michalska, *Komitet Praw Człowieka*, Warszawa 1994, p. 110.

²⁹ M. Piechowiak, *Pojęcie praw...*, p. 23.

Of course, the absolute equality of everyone in every aspect is impossible to achieve and even not desired. Equality refers only to “taking into account, on equal footing, that everyone is intrinsically directed towards his/her personal development and his/her relation to means of realization of this development”³⁰. M. Piechowiak provides an illustration of these assertions³¹ and states that certain human rights are only owed to certain groups of people, e.g. the parents of a child are entitled to certain rights connected with raising this child and no one else is entitled to these rights. Similarly, a citizen of a country is entitled to certain rights that are not owed to anyone who is not a citizen of this country.

Human rights, norms and a legal system

Human rights as relationships

M. Piechowiak perceives human rights as “relationships of a normative character”³², relationships between (at least) two elements: an entitled subject of a human right, that is a human being, to whom those rights are owed and certain good that is due to him/her (a set of positive for him/her circumstances). Using language worked out in the Poznań school of legal theory, those elements may be called: an entitled (or competent) subject, an object of entitlement or a competence.

Treating rights as relationships is not a new concept. It originates from antiquity, when the long tradition of thinking about people’s rights (called in Latin “ius”) as a relationship commenced.

The core of Piechowiak’s understanding of what human rights are is an objectively existing two-element relationship: allocation of a man to a certain state of affairs that is owed to him/her. That is an essence of a human right, actually, that is a human right. According to Piechowiak, we may reasonably talk about human rights without determining an obliged subject and a means of protection or punishment for a breach of the right. This seems to be right.

A good example of what was stated above is an objectively existing relationship between a certain human being and his life, understood as a certain state of affairs that is owed (due) to him/her. This relationship may be called a relationship of adequacy and it is based upon the dignity of a human being, which it is derived from. The life is adequate to this human being and he/she is entitled to it. This relationship was proclaimed many times in documents of international protection of human rights, especially the Declaration and the Covenant. This proclamation was put into effect by stating that

30 M. Piechowiak, *Pojęcie praw...*, p. 23.

31 *Ibidem*.

32 M. Piechowiak, *Filozofia praw...*, p. 138.

a certain state of affairs is an object of a human right – e.g. “Every human being has the inherent right to life.”³³ In one of its meanings this sentence is an indicative sentence, based strictly on ontological grounds, so it cannot be as easily stated that it is true as in a reference to e.g. a sentence “Water boils at 100° C”. Nevertheless, the means of recognition that a sentence is true or false does not change the nature of the sentence – it still refers to reality and may be true or false. Such a sentence is not merely an opinion, the correctness of which cannot be verified. It describes reality.

In this sense we may say that human rights exist without using a metaphor, without putting the word “exist” into inverted commas, because this relationship actually exists (in the relational way of existing).

It is interesting to consider what it means when we say that a certain human being is entitled to a certain state of affairs. M. Piechowiak states that a state of affairs is “a due state of affairs (a subject of a right) when there is a relationship of adequacy between a human being and this state of affairs; such a relationship exists when the considered state of affairs realizes a globally understood good, the welfare of this human being”. So, a certain state of affairs is adequate for a human being when it is good for him/her, it realizes his/her welfare. The good of a human being is, according to Piechowiak, his/her personal development. That state of affairs is distinguished from other possible states of affairs because of the good, the welfare of a certain human being, relative to him/her. It is this human being, his/her existence and his/her dignity which is the basis of this distinction. What is more, in this context the good and welfare of a certain human being, his/her personal development, shall be treated as “a reason for and, at the same time, an aim of human rights and their protection”³⁴.

Thus, we may distinguish (1) a state of affairs that may be recognized as globally realizing a good, the welfare of a certain human being and (2) states of affairs that realize certain aspects of human existence and that, in this certain aspect, reflect this global good and the welfare of a certain human being. According to M. Piechowiak, these states of affairs realising particular aspects of a good and the welfare of a certain human being are subjects of particular human rights.

What must be observed is that a state of affairs globally realizing a good, the welfare of a certain human being is hard to recognize for human intelligence and probably will never be recognized as a whole, but we may recognize particular aspects of this global good, welfare, that is: we may recognize, as we used to call them, human rights.

Is it possible to describe “the reality of human rights” with the use of norms?

The protection of human rights is a derivative of their existence. Recognizing that a certain state of affairs is due to a certain human being we also recognize certain normative

33 International Covenant on Civil and Political Rights, art. 6.

34 M. Piechowiak, *Filozofia praw...*, p. 142.

consequences of this fact. If the life of a certain human being is recognized to be due to him/her because of his/her dignity, then, because of this dignity, other people shall not violate his/her life. Therefore, because of the fact that certain states of affairs are due to a certain human being, other people are obliged to respect this fact. These consequence-obligations can be described by the use of norms. Thus, the existence of a human being and his dignity ontologically justify that several norms guaranteeing and protecting these states of affairs are in force.

On examining these normative consequences, we may think of the following groups of subjects: subjects obliged to recognize and respect human rights (all the human beings and their organisational forms) or subjects obliged to take special actions to protect these rights. A subject that belongs to the second group may be called, after saint Thomas Aquinas, “an official who has custody of a whole multitude” or “who has custody of a community”; in our social and political context: a state).

Norms describing the normative consequences of human rights are justified ontologically. Using the existing language of jurisprudential discourse they should be treated as moral norms. They may and, in fact, should be in force on the basis of thetical justification too - after, of course, enacting a proper legal act. It seems that such a state of affairs in which the human rights of a certain human being are protected in a way that is adequate to certain cultural and civilizational circumstances in which he/she lives, is also due to him/her on the ontic basis. Therefore, we may observe that human beings have a right to legal protection of ontic human rights, protection adequate to certain civilizational conditions of existence. This right has certain obligational, normative consequences: people and their organisational forms (such as states) are obliged to strive to protect these rights, adequate to cultural and civilizational conditions. This leads to such a state in which norms protecting human rights would be at the same time in force because of the independently ontic and thetical justifications, so that the ontic and positive laws of human rights would be parallel.

The normative consequences of (ontic) human rights can be described by the use of an instrument we know well, that is, a system of norms. By norm we understood a prescriptive statement ordering certain subjects (addressees) in certain circumstances (a scope of application) to conduct themselves in a certain way (a scope of regulation). A norm binds its addressees because of certain facts justifying the fact that it is in force. On the basis of the nature of these facts, we can distinguish four groups of justification. In this case, the examined norms of laws of human rights are justified ontologically.

Every norm of this kind derives from a particular relationship between a human being and a certain state of affairs due to him/her, because they protect this relationship. These norms are in force because of this relationship.

While reconstructing these norms-consequences of a certain human right (norms that guarantee this right, actually, a certain state of affairs) we should bear in mind that

they are in force because of ontic facts, they are justified ontologically and every attempt to reconstruct them will always be an attempt – accurate or inaccurate. Inaccuracy in this field may lead to disastrous effects, because it may result in non-recognition of the ontic rights that are due to a certain human being, especially rights to life. We have clearly seen where this can lead many times in history, e.g. in the totalitarian systems of communism and Nazism.

When analysing the current paradigm of human rights, we may reconstruct norms which the system of international protection of human rights consists of. Such a reconstruction will be based on an interpretation of acts of positive law. Having recognized these norms, we will be able to analyse them by the use of instruments of legal theory, such as concepts of legal situations and legal relationships.

Human rights and positive law

The relationships between human beings and states of affairs that were described above, when they become properly and accurately deciphered, may be treated as an objective basis for formulating standards for the protection of human rights. These “standards” are now expressed in many acts of positive law, in particular international and constitutional law. As M. Piechowiak observed, the provisions of acts of international protection of human rights indicate specified states of affairs that are protected. This indication has two functions³⁵: proclamative, that is it refers to an element of objectively existing reality, and legalising (or maybe: normative), that is it expresses a specific norm of positive law.

Conclusion

Specific rights due to human beings, called human rights, must be examined in detail. The previously raised concept of human rights as relationships between a human being (a subject) and a state of affairs that is due to him (an object) because of his/her dignity seems to accurately describe reality. These objectively existing relationships have their normative consequences which may be described by the use of norms (understood in the way that has been worked out within the so called Poznań school of legal theory). These norms are ontologically binding, the fact that they stay in force is justified ontologically. A lawgiver who declares the inherency and, at the same time, the objectivity of human rights and human dignity must accurately decipher these rights and their consequences and, subsequently, provide adequate positive legal means of protecting and guaranteeing them. Thus, adequate norms (binding because of thetic justification) must be enacted, consistent as to the content of the norms of the ontic law of human rights. In conse-

35 M. Piechowiak, *Filozofia prawa...*, p. 142–143.

quence, what must be strictly differentiated is the concept of human rights and the concept of the law of human rights. The first must be understood as a set or system of ontic relationships between a certain human being and a state of affairs that is due to him/her because of his/her dignity. The second is a system of norms that protects and guarantees these relationships; they are always ontologically binding, but they should also be thetically binding because of the fact that they have been enacted in a proper form by a competent authority. What must also be observed is the fact that enacting norms of positive law does not (and cannot) violate human rights (because of the very ontology of these rights), but it must be clearly seen that the purpose of positive law of human rights, as a substantive law, is to guarantee values, in all three possible meanings of the phrase "law guarantees"³⁶. This attribute of positive law possibly justifies the pseudo-positivisation or even pseudo-constitutionalisation of human rights.

SUMMARY

Human rights and the law of human rights: a positive legal regulation of an ontic reality

The author introduces a fundamental distinction between human rights and the law of human rights which is subsequent to these rights. While examining these issues, the author follows M. Piechowiak and his way of understanding human rights. According to Piechowiak, human rights are objectively existing relationships between a human being and a global good, welfare that is due to him/her. Particular aspects of this global good are what we used to call an object of a particular human right. Therefore, human rights have an ontic nature. These relationships have their normative consequences. It may be stated that these relationships ontologically justify that the norms protecting these rights (actually these relationships) stay in force. These relationships and the norms protecting them can be recognized. Notwithstanding what was stated above, human rights shall be proclaimed and the ontic norms protecting them, adequately recognized, shall be positivised, that is, acts of positive law shall introduce these norms into legal systems.

Keywords: Human rights, theory and philosophy of law, ontic perspective

36 J. Mikołajewicz, *Zasady orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Zagadnienia teoretyczno-prawne*, Poznań 2008, pp. 98 – 100.

LATIEFA ALBERTUS

Some unresolved complexities in matters involving paternity: a South African Perspective

I would like to dedicate this article to the late Professor Francois de Villiers.

Introduction

One of the most controversial issues regarding paternity in South Africa is whether the courts are empowered to order a relevant party to submit to DNA/blood tests¹. A number of cases concerning this issue were decided either in terms of the common law or in terms of the Children's Status Act², the Constitution of the Republic of South Africa³ and/or the Children's Act⁴. The inconsistency among these decisions regarding a court's power to order an adult and a child to undergo these tests⁵ has led to major problems. Consequently, it was a matter that needed the SCA's assistance and guidance.

The article will illustrate that the long awaited SCA decision in *YM v LB*⁶ resulted in more questions than answers, and that South Africa is no closer to resolving issues pertaining to paternity. The article briefly discusses the South African common law position, the effect of the Constitution, the position regarding paternity as regulated by the Children's Act, followed by a discussion of the decision of the High Court in *LB v YD*⁷ and the SCA's decision in *YM v LB*. This will be followed by a critique of the SCA judgment, by highlighting some of the complexities in paternity matters that remain

1 T. Boezaart, *Law of Persons*, Claremont 2010, p. 102.

2 82 of 1987.

3 Of the Republic of South Africa, 1996, hereafter: the Constitution.

4 38 of 2005.

5 *Vid.* T. Boezaart, *Law of Persons*, Claremont 2010, p. 102–105 in this regard.

6 2010 (6) SA 338 (SCA). (Hereafter *YM v LB*).

7 2009 (5) SA 463 (T).

unresolved within the South African law context with the aim of paving the way for future comparative research on this topic.

Determining paternity in terms of the common law

In answering the question as to who is presumed to be the father of a child the common law distinguishes between the scenarios where the mother is married or unmarried. The importance of this distinction is illustrated by the different presumptions, which operate in respect of each scenario.

If a married woman gives birth to a child her spouse is deemed to be the father of the child. The *pater est quem nuptiae demonstrant* maxim means that marriage indicates who the father is⁸. The presumption applies if the parties were married at the time of the child's conception, birth, or at any intervening time⁹; thus even, if the child was conceived before or during the marriage but was born after its dissolution¹⁰. As this presumption is rebuttable, the husband is presumed to be the father unless he can prove otherwise¹¹. This he can do at any time, by relying on the following factors: the absence of (or inability to have) sexual intercourse¹²; his sterility¹³; the gestation period¹⁴; and DNA/blood tests¹⁵. The argument that a contraceptive was used during the relevant time cannot be used as a determining factor to adduce that a particular man is not the child's father¹⁶. This similarly applies to relying on physical features¹⁷. Furthermore, a man who

8 T. Boezaart *Law of Persons*, Juta: Claremont 2010, p. 99; J. Heaton, *The South African Law of Persons*, LexisNexis: Durban 2012, p. 54.

9 T. Boezaart *Law of Persons*, Juta: Claremont 2010, p. 99; J. Heaton, *The South African Law of Persons*, LexisNexis: Durban 2012, p. 54.

10 T. Boezaart *Law of Persons*, Juta: Claremont 2010, p. 99.

11 T. Boezaart *Law of Persons*, Juta: Claremont 2010, p. 99; J. Heaton, *The South African Law of Persons*, LexisNexis: Durban 2012, p. 55.

12 T. Boezaart *Law of Persons*, Juta: Claremont 2010, p. 100; J. Heaton, *The South African Law of Persons*, LexisNexis: Durban 2012, p. 57.

13 T. Boezaart *Law of Persons*, Juta: Claremont 2010, p. 101; J. Heaton, *The South African Law of Persons*, LexisNexis: Durban 2012, p. 58.

14 Establishing the period of gestation is relied on often to determine whether a particular man is the father of the child. There is no fixed period of gestation and South African courts make decisions on an *ad hoc* basis, at times relying on medical evidence or at others, taking judicial notice of the normal period of gestation: J. Heaton, *The South African Law of Persons*, LexisNexis: Durban 2012, p. 58.

15 T. Boezaart *Law of Persons*, Juta: Claremont 2010, p. 101–106; J. Heaton, *The South African Law of Persons*, LexisNexis: Durban 2012, p. 57–65. *Rex v Pie* 1948 3 SA 1117 (O) 1118 where the Court confirmed that blood tests could be used as a means to confirm or deny paternity.

16 T. Boezaart *Law of Persons*, Juta: Claremont 2010, p. 107.

17 T. Boezaart *Law of Persons*, Juta: Claremont 2010, p. 106–107; J. Heaton, *The South African Law of Persons*, LexisNexis: Durban 2012, p. 58–59.

admits that he had intercourse with a woman during the possible time of conception, but alleges and proves that the woman had sex with another man or other men during the relevant time cannot rely on this evidence, as the defence of the *exceptio plurium concubentium* does not form part of our law¹⁸.

In respect of an unmarried woman, once sexual intercourse *at any time* with the mother was proven or admitted¹⁹, the man was presumed to be the father, unless he could disprove paternity on a balance of probabilities by relying on the abovementioned factors²⁰.

The Children's Status Act²¹

The position in respect of children born of unmarried parents was regulated by section 1 of this Act, which provided:

If in any legal proceedings at which it has been placed in issue whether any particular person is the father of an extra-marital child it is proved by way of a judicial admission or otherwise that he had sexual intercourse with the mother of the child at any time when that child could have been conceived, it shall, in the absence of evidence to the contrary, be presumed that he is the father of the child.

This section altered the common law position, in that proof or admission of sexual intercourse with the mother at any time other than at a time material to conception no longer raised a presumption of paternity. Furthermore, the presumption operated only in the absence of evidence to the contrary²².

It was further provided by section 2 of the Act that:

If in any legal proceedings at which the paternity of any child has been placed in issue, it is adduced in evidence or otherwise that any party to those proceedings, after he has been requested thereto by the other party to those proceedings, refuses to submit himself or, if he has parental authority over that child, to cause that child to be submitted to the taking of a blood sample in order to carry out scientific tests

18 J. Heaton, *The South African Law of Persons*, LexisNexis: Durban 2012, p. 58.

19 B. Van Heerden *et al*, *Boberg's law of persons and the family*, Juta: Kenwyn 1999, p. 365.

20 T. Boezaart *Law of Persons*, Juta: Claremont 2010, p. 108–109. The onus that an alleged father bore was strict as can be seen from *Mohamed v Shaik* 1978 4 SA 523 (N) 526D where it was said that the type of evidence relied upon by the putative father to rebut the presumption must not merely prove that he is *probably not* the father, but that he could *not possibly be* the father.

21 The Children's Status Act was repealed by the Children's Act.

22 B. Van Heerden *et al*, *Boberg's law of persons and the family*, Juta: Kenwyn 1999, p. 367.

relating to the paternity of that child, it shall be presumed, until the contrary is proved, that any such refusal is aimed at concealing the truth concerning the paternity of that child.

This section merely created a presumption, and did not impose an obligation on a party to subject him or herself or the child to blood tests nor did it confer on our courts a statutory power to order that parties to a paternity dispute submit themselves or their child to such tests²³. Thus, if sexual intercourse with the alleged father at the relevant time was proven, section 2 merely created a presumption that the person's refusal was aimed at concealing the truth. The reality of the situation where a mother refused to submit herself and the child to a blood test was, consequently that a blood test could not be used to confirm the truth, nor to deny it because an unco-operative mother or alleged father could not be compelled to submit herself or himself or the child to a blood test.

The Children's Act

Section 36 of the Children's Act provides for a presumption of paternity of a child born to unmarried parents. It states that:

If in any legal proceedings in which it is necessary to prove that a particular person is the father of a child born out of wedlock²⁴ it is proved that that person had sexual intercourse with the mother of the child at any time when that child could have been conceived, that person is, in the absence of evidence to the contrary which raises a reasonable doubt, presumed to be the biological father of the child.

The presumption created in this section is of course rebuttable. However, the onus of proof of the rebuttal required by the section is a departure from the ordinary rule in civil proceedings, namely, on a balance of probabilities. To rebut the presumption, any acceptable evidence will suffice, whether direct or circumstantial, provided that it is sufficient to raise a reasonable doubt²⁵. The provision sets the bar higher than that provided in terms of section 2 of the Children's Status Act²⁶. Section 37 of the Children's Act provides further that:

23 B. Van Heerden *et al*, *Boberg's law of persons and the family*, Juta: Kenwyn 1999, p. 387–388.

24 The correct terminology for such child would be a child born of unmarried parents.

25 J. Heaton, *The South African Law of Persons*, Durban 2012, p. 57.

26 The constitutionality of this provision in respect of the onus it creates has come under scrutiny. J. Heaton, *The South African Law of Persons*, Durban 2012, p. 57 argues that the discrepancy between the onus placed on a married man as opposed to the onus placed on an unmarried man amounts to an unjustifiable infringement of the right to equality and equal protection and benefit of the law.

If a party to any legal proceedings in which the paternity of a child has been placed in issue has refused to submit himself or herself, or the child, to the taking of a blood sample in order to carry out scientific tests relating to the paternity of the child, the court must warn such party of the effect which such refusal might have on the credibility of that party.

It is argued that the motivation for submitting to blood tests in terms of this section appears to be weaker than that which operated under the Children's Status Act²⁷. In other words, whereas the earlier Act created a presumption that the mother or putative father was allegedly concealing the truth, the Children's Act merely creates a presumption in respect of either's credibility as a witness.

Section 26 of the Children's Act provides for the procedure in instances where a man wishes to be identified as the father. It provides for a man who claims paternity to either bring an application for an amendment to the registration of birth of the child so as to be identified as the father (provided that the mother consents) or to apply to court for an order confirming paternity if the mother refuses to an amendment; if she is incompetent to give consent due to mental illness; cannot be located; or is deceased²⁸. The section does not apply to the biological father of a child who was conceived through rape of or incest with the child's mother or to the gamete donor for purposes of artificial fertilisation²⁹.

Section 20 of the Act provides that the biological father has full parental responsibilities and rights if he was married to the mother at the time of birth or conception or at any intervening time. Bonthuys argues that the effect of this provision on the marital presumption is unclear and confusing as it is not apparent how the presumption of paternity would operate where a non-biological father is married to the mother during the relevant times³⁰.

Unmarried fathers may acquire automatic parental responsibilities and rights by meeting the requirements of section 21 of the Children's Act. How this section operates in respect of another man acquiring responsibilities and rights in respect of a child through the marital presumption is not clarified in terms of the Act³¹.

Relevant Constitutional Provisions

The relevant sections of the Constitution that come into play in matters involving paternity are section 14 (the right to privacy); section 10 (the right to dignity); section 12

27 J. Heaton *et. al.*, *Commentary on the Children's Act*, Juta: Wetton 2007, ch. 3, p. 40.

28 Section 26(1)(a) and (b) of the Children's Act.

29 Section 26(2) of the Children's Act.

30 E. Bonthuys, *What you don't know can't hurt you: the Supreme Court of Appeal and the presumptions of paternity*, "South African Law Journal" 2011, p. 430–433.

31 E. Bonthuys, *What you don't know can't hurt you: the Supreme Court of Appeal and the presumptions of paternity*, "South African Law Journal" 2011, p. 431.

(the right to security of the person and bodily integrity); and section 28 (the rights of children) which in terms of subsection (2) provides that in any matter involving a child, the best interests of such child is of paramount importance³². Section 36 of the Constitution is also of relevance as it provides that rights contained in the Bill of Rights may be limited in terms of law of general application if the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society.

South African Case Law

Since there were no clear legislative provisions regarding whether South African courts have the power to compel a mother and/or a child to submit to paternity tests, it was left to the courts to determine this issue³³. However, South African courts were inconsistent regarding a court's powers to compel an adult³⁴ and/or a child³⁵ to submit to blood tests. Other inconsistencies relate to maintenance³⁶ being paid for a child that could possibly not be one's own, and the question whether the courts should uphold an individual's right to privacy (and/or dignity) or seek the truth in pursuit of the proper administration of justice³⁷. Clarity was thus required, and the hope was that the SCA would assist in this regard.

32 B. Van Heerden, *et al Boberg's law of persons and the family*, Juta: Kenwyn 1999, p. 382.

33 J. Heaton, *The South African Law of Persons*, LexisNexis: Durban 2012, p. 60.

34 *Vid.* for example *M v R* 1989 1 SA 416 (O) 428D in which it was held that it fell within a court's inherent powers, as a procedural matter to compel an adult to submit to the relevant test. Compare however, *Nell v Nell* 1990 3 SA 889 (T) 895F-H and *D v K* 1997 2 BCLR 209 (N) 216E where it was held that compelling an adult to submit to a blood test is not purely procedural in nature.

35 *Vid.* for example *O v O* 1992 4 SA 137 (C) 139G-H; *M v R* 421E-F; *Seetal v Pravitha* 1983 3 SA 827 (D) 862H-863H where the Court held that it could override a guardian's refusal to consent to a minor submitting to a blood or DNA test. Compare, however, *S v L* 1992 3 SA 713 (E) 721I-722A where the Court held that it does not have the power to interfere with a guardian's decision.

36 *Vid.* for example *Seetal v Pravitha* 865G-866A where the Court acknowledged that there was a possibility that the alleged father would not show affection towards the child and continue denying paternity. Nevertheless, the Court was satisfied that the child would be maintained. However, in *M v R* 422E-H it was held that courts should not regard instances where a man is wrongly paying money for a child that is not his as a benefit that should be considered.

37 In *S v L* 860H-861F; *M v R* 423E where the Court acknowledged that compelling an adult to submit to blood tests results in a conflict between the discovery of truth and the right to privacy of the adult involved. In *D v K* 1997 2 BCLR 209 (N) 217D-G it was held that as far as the conflict involved in such matters, a Court should always strive to achieve these ideals and that one should not be maintained at the expense of the other. The correct approach would be to assist an applicant only if a Court is satisfied that justice will not be achieved unless the relief is granted.

LB v YD AND YM v LB

Facts

The case involved parties who had an intimate relationship at a time when the child was conceived. However, the relationship soured as a result of the respondent's³⁸ conduct and the appellant³⁹ remarried resumed a relationship with a previous partner, whom she later married while pregnant with the alleged child of the respondent. The respondent had on occasions denied paternity and retracted this denial. Upset by the denial, the appellant had on one occasion also informed the respondent that he was not the father of the child. In response, the respondent admitted paternity, but requested that the appellant and the child submit to a DNA test to clarify the situation. She refused to do so, which resulted in the respondent requesting a court order that she and the child submit to the test.

The decision by the High Court

The Court stated that when considering these types of applications, the need to protect the privacy and bodily integrity of those who are requested to submit to the test, is taken into account as well as a court's role in discovering the truth whenever possible through the use of scientific methods⁴⁰.

With regard to minors, the court as upper guardian has the power to authorise a blood test on such a child, despite objections by a primary caregiver. However, when granting such an order a court must act in what it considers to be the best interests of the child⁴¹.

It was also said that truth is a primary value in the administration of justice and should be pursued as where we come from and who we are fall within the realm of the sacred for most people. Furthermore, to exclude reliable scientific evidence because it would involve a minor infringement of privacy will more often than not harm the legitimacy of the administration of justice⁴².

According to the Court the discovery of truth should prevail over the idea that the rights of privacy and bodily integrity should be respected, and that it would more often than not be in the best interests of the child to have any doubts about true paternity resolved by resorting to the best available evidence⁴³. Although an adult's or child's rights to privacy and dignity should not be sacrificed to the needs of the administration of justice, they should yield to the proper administration of justice when it is reasonable

38 LB

39 YD, later YM.

40 469B-C.

41 469D.

42 469J-470A-D.

43 471A-B.

and justifiable to do so, taking into account the importance of the purpose and necessity of establishing the truth⁴⁴.

The Court then proceeded to deal with the relevant constitutional rights at stake and held that the best interests of the child should trump the rights to dignity and privacy unless there are compelling reasons to the contrary⁴⁵.

With reference to the changes brought about by the Children's Act in respect of the unmarried biological father⁴⁶, it was stated that the significant change in policy regarding the rights and responsibilities of such fathers brings added importance to the need for scientific determination of paternity, as it could result in automatic rights and responsibilities being bestowed on them.⁴⁷

According to the Court, sections 36 and 37 of the Children's Act do not detract from the fact that a court is possessed inherently and constitutionally of a jurisdiction to order parties to have blood tests when it concludes that the competing rights and interests at play require the truthful verification of paternity by scientific means⁴⁸. The adverse inference contained in section 37 of the Children's Act, does not provide the positive confirmation and reliance, and an inference would merely produce a finding that the applicant is the father, when he instead wishes to eliminate the possibility that he is not the father. Furthermore, considering the extended rights and responsibilities that have been afforded to unmarried fathers, it is important that the truth be established to avoid burdening a party with responsibilities that might not be his to bear⁴⁹.

Regarding whether or not it would be in the best interests of the minor child to determine paternity with certainty, it was found that this was indeed a case that required clarification: both parties have at one point or another admitted and denied that the applicant (respondent) was the biological father; the respondent (appellant) had been intimate with her husband during the period of possible conception; and the child was very young, thus, no established relationship would be disturbed or harmed should it be found that the applicant (respondent) was not the father. Furthermore, confirmation of paternity at this stage would remove the possibility of the dispute arising at a later stage⁵⁰. The respondent (appellant) was thus ordered to submit herself and the minor child to a DNA test in order to establish whether the applicant (respondent) was indeed the biological father of the minor child.

44 471C-

45 474F-G.

46 475G-476F.

47 476F-H.

48 477B-C.

49 477B-E.

50 478B-479A.

The SCA decision

The court *a quo* decision was subsequently taken on appeal to the SCA⁵¹. The SCA relied on the respondent's founding affidavit where he stated that he believed that he was the father of the child and wished to develop a relationship with her⁵². Furthermore the minor disputes between the parties merely related to dates and exchanges between them. The respondent had never denied paternity in his affidavit, he merely sought scientific certainty. According to the SCA, the High Court's finding that the appellant may have been intimate with her husband at a time when the child could have been conceived was unwarranted, as the only evidence was the respondent's statement in his replying affidavit that he had heard from a friend that the appellant had commenced such a relationship at a time when conception had occurred. Thus, paternity was not in dispute⁵³.

The SCA held that the issue of paternity was determinable on a balance of probabilities. What the applicant was requesting was scientific proof to which, according to the Court, he was not entitled. The Court, however, confirmed that there may be cases where there is genuine uncertainty as to paternity and a DNA test of the child in question should be ordered. As the upper guardian of children, the Court has the inherent power to order scientific tests if that would be in the best interests of the child. Furthermore, section 37 of the Children's Act anticipates the use of scientific tests to prove paternity, but this was not a case where the Court's inherent power needed to be invoked as paternity was not in dispute⁵⁴.

Regarding the constitutional rights at stake in 'genuine' paternity disputes, the SCA held that the rights to privacy and bodily integrity may be infringed by a procedure ordered by a Court in the exercise of its inherent jurisdiction, if it is in the best interests of the child to do so, as these rights, like others contained in the Constitution, may be limited where it is reasonable and justifiable to do so by applying the criteria provided in section 36(1) of the Constitution. However, the Court once again reiterated that in this case it was unnecessary, whereas in other instances it may well be justifiable to order blood or DNA tests⁵⁵.

The Court proceeded to state that whether the discovery of truth should prevail over such rights is a matter that should not be generalised, and held that it is not always in an individual's interests to know the truth. Where a court is faced with a request to order

51 An application for leave to appeal was brought by the defendant in *YD v LB* (A) 2009 (5) SA 479 (GNP). However, the appeal was dismissed and consequently resulted in the appeal to the SCA.

52 340C.

53 340H-341A.

54 341B-E. M. Buthelezi, *A missed opportunity to settle the law of DNA testing in paternity disputes: LB v YD 2010 6 SA 338 (SCA)* "Obiter" 2011, p. 480 where the author critiques the court's statement regarding section 37.

55 341G-I

a blood/DNA test, it should consider the position of the particular child and make an order consistent with its determination in respect of that child alone. According to the SCA, a court's role and its duty is to determine disputes in civil matters on a balance of probabilities: it is not the function of a court to ascertain scientific proof of the truth⁵⁶. The appeal was thus upheld.

Although the High Court's decision has been met with approval by certain legal scholars⁵⁷, the judgment was evidently overturned by the SCA. An issue that has been clarified by the SCA is that the court as upper guardian of minors may override a custodian's refusal to allow a blood/DNA test on a child if it is in the best interests of such child. The Court did not, however, directly address the question of whether it may compel an adult to undergo a blood/DNA test as the appellant's maternity was not and could not be in issue⁵⁸. However, later in the judgment, the Court mentions that in 'actual paternity' disputes, an individual's rights to privacy and physical integrity may be limited if that would be in the best interests of the child involved⁵⁹. It would then appear that the Court answered the question in the affirmative.

There are some core differences between the decisions of the High Court and the SCA. First, the High Court regarded the matter at hand as a paternity dispute, whereas the SCA did not. Secondly, the High Court regarded ascertaining the truth as being vital to the administration of justice, whereas the SCA stated that establishing the truth is not always in one's best interests.

The following are regarded as aspects of paternity, which, it is argued, should have been addressed and/or clarified by the SCA.

Unresolved Complexities

What is a paternity dispute?

Although the SCA stated that the matter did not involve a dispute regarding paternity⁶⁰, there was indeed such dispute as the *pater est quem nuptiae demonstrant* presumption came into play. By virtue of the marital presumption the appellant's husband is deemed the father of the child. It is uncertain why the SCA did not address this issue as in this

56 341A-B.

57 *Vid.* discussion of High Court decision which was met with approval by W. Banoobhai, and S. Hoor, *The Court's power to compel DNA testing in paternity disputes - LB v YD 2009 5 SA 463 (T)*, "Obiter" 2009, p. 791; C.M.A. Nicholson, *LB v YD 2009 5 SA 463 (T) / YD v LB (A) 2009 5 SA 479 (NGP): Disputed paternity, blood tests; court as upper guardian, compel blood tests for DNA testing: best interests of the child* "De Jure" 2010, p. 409.

58 341B.

59 341G-H.

60 341A.

instance there were two possible fathers. According to Nicholson, the High Court was correct in ordering the DNA tests as reliance on the presumption would have bestowed parental responsibilities and rights on the appellant's husband as a consequence of the marriage⁶¹. Whether the High Court was correct in not relying on the presumption is a matter that had to be clarified by the SCA, especially in light of the automatic responsibilities and rights that an unmarried father is afforded if the requirements in section 21 of the Children's Act are met⁶². One would have expected a comprehensive analysis of paternity by the SCA, yet one finds that the Court's decision was limited to a statement that the matter at hand was not a paternity dispute. However, the Court does not elaborate on what would constitute a 'genuine' disagreement regarding paternity. According to the SCA the application merely amounted to a 'request for scientific proof of certainty'. The Court did not acknowledge that this so-called 'request' was the result of doubt, regardless of the fact that the respondent had admitted paternity after also having denied it. What the court failed to consider as a factor in its decision was that there was a denial of paternity on the part of the appellant as well, regardless of the reasons she gave for making the statement⁶³. Furthermore, if 'uncertainty' regarding fatherhood does not result in a paternity dispute, it is unclear what does and required the SCA's clarification.

Application of the relevant presumptions

One of the concluding remarks in the note by Buthelezi is that in genuine disputes regarding paternity, the court should strive towards settling the matter on a balance of probabilities and that only in a case where this is not possible, the court should consider whether scientific tests should be resorted to⁶⁴. The fact that a man had sexual intercourse with a woman during the conception period does not mean that he is necessarily the child's father. *Ranjith v Sheela*⁶⁵ illustrates the point that, although there is a marital

61 C.M.A. Nicholson, *LB v YD 2009 5 SA 463 (T) / YD v LB (A) 2009 5 SA 479 (NGP): Disputed paternity, blood tests; court as upper guardian, compel blood tests for DNA testing: best interests of the child* "De Jure" 2010, p. 417; J. Heaton, "Juta's Quarterly Review" October – December 2009 (4).

62 E. Bonthuys, *What you don't know can't hurt you: the Supreme Court of Appeal and the presumptions of paternity*, "South African Law Journal" 2011, p. 431 argues that the Children's Act does not govern the situation where an unmarried father acquires automatic rights and responsibilities but another man is afforded these responsibilities and rights by virtue of marriage, which was the scenario in this case.

63 *Vid.* also E. Bonthuys, *What you don't know can't hurt you: the Supreme Court of Appeal and the presumptions of paternity*, "South African Law Journal" 2011, p. 428.

64 M. Buthelezi, *A missed opportunity to settle the law of DNA testing in paternity disputes: LB v YD 2010 6 SA 338 (SCA)* "Obiter" 2011, p. 487.

65 1965 3 SA 103 (D). It should be noted that the parties were married and voluntarily allowed blood samples to be taken. *Vid.* also *MN v AJ 2013 3 SA 26 (WCC)* where the test confirmed that the alleged father was in fact not the biological father of the child.

presumption which results in fatherhood, it does not always mean that the woman's spouse is indeed the father. In this case, the Court found that although it was possible that the first defendant could be the father of the child as a result of the parties having sexual intercourse at the relevant time of conception, the results of the blood tests proved otherwise⁶⁶. Thus, the presumption that operates once sexual intercourse is admitted or proved, adds nothing to the question of paternity; in fact, all it does is place the presumed father in a vulnerable position⁶⁷. Similarly, the marital presumption points to the mother's spouse and if the spouse cannot prove sterility or absence of sexual intercourse, it is unclear how else he can disprove paternity without relying on DNA/blood tests.

The role of the mother

The role of the mother in issues surrounding the relevant presumptions are also important. A mother could easily identify a particular man as the father, being aware that she had intercourse with more than one man during the conception period. However, if the alleged father admits to having intercourse with her during the relevant time, it is difficult to conceive how he could disprove paternity unless he is sterile. Our courts should reconsider the position of the *exceptio plurium concubentium* especially in light of the constitutional dispensation⁶⁸. It is impossible for a woman to not know that she had intercourse with more than one man at the possible time of conception⁶⁹ whether married or unmarried. Paternity fraud is a reality, and is especially risky for husbands who have been cheated on as well as wealthy and famous men⁷⁰. However, it seems that South African courts completely disregard this as a factor.

There is also the possibility of a maternity dispute arising. Such dispute can arise in the context of artificial fertilisation. There are cases where the incorrect eggs are implanted in the birth mother, who then believes that the child is biologically hers, when in reality the child is biologically that of another couple⁷¹. Similarly, maternity will also be

66 104D-H.

67 Although the *exceptio plurium concubentium* no longer forms part of our law, it has been argued that a woman having the right to 'choose' the father is unconstitutional as it infringes the rights of the true father. Furthermore, it could also be in contravention of the best interests of the child principle as well as the right of the child to parental care: H. Kruger, *et al The law of persons in South Africa*, Southern Africa 2010, p. 98.

68 H. Kruger *et. al.*, *The law of persons in South Africa*, Southern Africa 2010, p. 98.

69 R.K. Henry, *The innocent third party: victims of paternity fraud*, "Fam. L.Q." 2006–2007 40, p. 74.

70 R.K. Henry, *The innocent third party: victims of paternity fraud*, "Fam. L.Q." 2006–2007 40, p. 52.

71 *Vid.* A.M. Noble-Allgire, *Switched at the fertility clinic: determining maternal rights when a child is born from stolen or misdelivered genetic material*, "Missouri Law Review" 1999 64:3, p. 517.

in dispute if a baby is switched in hospital⁷². The question now follows whether a mother who disputes maternity will find herself in the same difficulty as a father who disputes paternity?

The need for the mother's sample

Buthelezi⁷³ argues that the court's pronouncement on this aspect could possibly create confusion as parties will no longer be certain as to whether or not a mother's DNA sample is needed or not. If her blood sample is not needed, then the argument regarding infringing her constitutional rights would not apply⁷⁴. However, it would remain relevant insofar as it relates to a man refusing to submit himself to the test. If the alleged father refuses to submit to such test it could mean that he has something to hide⁷⁵.

Relevance of the Children's Act provisions

Of importance is that the SCA highlighted that being certain about paternity is not a right to which an applicant is entitled. A question that comes to mind is how would uncertainty as to paternity be removed if uncertainty is not a sufficient ground to order the tests? A problem with the Court's reasoning in this regard is that the alleged father may be paying maintenance in respect of a child that is not his. If the alleged father is indeed the father, he then has a duty to perform. If he is not the father, then he should not be burdened with responsibilities that are not his to bear⁷⁶. Or should one instead be satisfied that although the particular man may not be the biological father of the child, it would still be in the interests of the child that he or she has access to maintenance?⁷⁷

72 *Vid.* A.M. Noble-Allgire, *Switched at the fertility clinic: determining maternal rights when a child is born from stolen or misdelivered genetic material*, "Missouri Law Review" 1999 64:3, p. 517.

73 485. However, *vid.* J. Heaton, *The South African Law of Persons*, Durban 2012, p. 60 where it is stated that a mother's DNA is not needed to establish paternity.

74 485.

75 D. Singh, *The power of the court to compel any person to submit to identification tests in paternity disputes: The unquestionable need for a rule*, "De Jure" 1993, p. 123 where it is argued that the mother could have something to hide when refusing to allow the test. This argument could similarly be used in the instance where a man refuses to submit to such a test. *Vid. D v K* 1997 2 BCLR 209 (N) for an example of a case where the man refused to submit to the blood test and relied on his constitutional rights to privacy and freedom of security of the person. The Court in this case refused to grant the order.

76 *Vid.* for example *M v R* 1989 1 SA 416 (O) 422H where the court stated that the fear that a child may lose the maintenance that he receives from a man who has no duty to provide therefor should not be regarded as factor when making such orders.

77 *Vid.* also D. Singh, *The power of the court to compel any person to submit to identification tests in paternity disputes: The unquestionable need for a rule*, "De Jure" 1993, p. 123 where the author argues that "the protection of the child's interest can never justify the protection of a possible falsehood simply so that the child will have a source for money at his/her disposal".

The other possibility is that a man could pay maintenance for a child that is later proven through paternity tests to not be his. It however appears that there may be a remedy in unjustified enrichment for such father, provided that he proves all the relevant requirements as stated *MN v AJ*⁷⁸.

Parental responsibilities and rights

The current position may also confer responsibilities and rights on an alleged father in respect of a child that could possibly not be his. This then brings to the fore the question of what is in the best interests of a child: knowing the truth about his or her parentage or believing that a particular man is such a child's father when there is a possibility that this may not be so? Does our law protect the best interests of a child from a legal or biological perspective or both? From a legal perspective, based on the presumptions that operate in respect of married and unmarried mothers, it could be argued that the only interest of a child that is protected is that maintenance is ensured, unless the alleged father can disprove paternity by relying on factors other than DNA/blood tests. This is more so in light of the SCA's statement that paternity was not in issue⁷⁹.

If judicial acknowledgments or admissions are all that is takes to prove paternity, as uncertainty is not the basis for such dispute, it seems that fatherhood is determined legally. That then makes one wonder why the Court did not bestow the appellant's husband with parental responsibilities and rights, if paternity is proven legally as opposed to biologically

A child's right to know his/her genetic origin

The right to know one's genetic origin is a matter that receives much attention at international level. It is accepted that a child who does not know one or both of his or her biological parents has a vital interest in identifying them⁸⁰. The right to know one's origin means the right to know one's parentage, that is, one's biological family, ascendants and conditions of birth. This right protects each individual's interest to identify where he or she comes from⁸¹.

78 2013 3 SA 26 (WCC). In this case, the test confirmed that the respondent was not the father of the child he had been maintaining for years. It should be noted that his claim on the basis of unjustified enrichment failed as his particulars of claim did not contain allegations that the mother was enriched at his expense nor that the payments were made without just cause.

79 341A.

80 S. Besson, *Enforcing the child's right to know her origins: contrasting approaches under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights*, "International Journal of Law, Policy and the Family" 21 2007, p. 138.

81 S. Besson, *Enforcing the child's right to know her origins: contrasting approaches under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights*, "International Journal of Law, Policy and the Family" 21 2007, p. 140.

The posed question is: to what extent should South African courts take into account international law and/or foreign law regarding knowing one's genetic origin in their determination of paternity and whether this is indeed possible?

In terms of section 39 (1)(b) of the Constitution, it is provided that when a court interprets the Bill of Rights, it must consider international law. As far as foreign law is concerned, section 39(1)(c) of the Constitution provides that courts may consider foreign law. Furthermore, section 233 of the Constitution provides that every court, when interpreting legislation, must prefer any reasonable interpretation of such legislation that is consistent with international law over any interpretation which is inconsistent with international law.

South African is a party to the Convention on the Rights of the Child⁸² which protects a child's right to know his or her genetic origin in terms of Articles 7 and 8⁸³. It is thus argued that our courts can in terms of the Constitution consider the relevant Articles of the Convention.

Although South African is not bound by the European Convention on Human Rights the decisions of the European Court could serve as a guideline in determining issues of paternity, especially relating to a child knowing the biological truth of his or her father⁸⁴.

Unfortunately, the SCA did not consider a child's right to know his or her genetic origin, other than providing that it is not always in the best interests of a person to know the truth. The High Court on the other hand would appear to have delved into this question by stating the following:

Where we come from and who we are, for most people, are questions within the realm of the sacred⁸⁵.

It is argued that the right to know one's origin should in future be considered by South African courts since the Constitution⁸⁶ further provides that a child has the right to 'parental' care. The term 'parental' means the care that is ordinarily associated with or similar in nature to care provided by a biological parent or the biological parents in

⁸² 1989 ratified by South Africa on 16 June 1995.

⁸³ *Vid.* S. Besson, *Enforcing the child's right to know her origins: contrasting approaches under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights*, "International Journal of Law, Policy and the Family" 21 2007, p. 142–143.

⁸⁴ *Vid.* also L. Schäfer, *Child Law in South Africa: domestic and international perspectives*, Durban 2011, p. 233.

⁸⁵ 470B.

⁸⁶ S28(1)(b).

respect of their offspring⁸⁷. The Children's Act further provides that the best interests of the child require that the child maintain a connection with *inter alia*, his/her family⁸⁸.

Section 7(d)(i) of the Children's Act also takes into account the likely effect on the child of any change in such child's circumstances, including the effect on the child of any separation from both parents or either parent. There is a possibility that the child's biological father may not want to acknowledge the child, but the same can be said of the legal father. This is the more so in those instances where the man is uncertain of his paternity. Erasmus J for example, in *S v L* commented in his minority judgment as follows:

Fathers who accept their illegitimate children are far more likely to fulfil their duty of support, than are men who are in doubt as to whether the child is theirs. The psychological benefits to the child of certainty as to the identity of its biological father are obvious⁸⁹.

South African courts look at the interests of the child at a particular moment, failing to take into account various possibilities, for example, paternity remaining an issue long after an order requesting a test has been denied⁹⁰. It is unclear how refusing an order that the parties submit to the tests will remove the dispute that resulted in the party requesting a test in the first place.

One has to consider the SCA's statement that knowing the truth is not always beneficial to individuals and/or children. It is not always in one's interest to find out the truth, but how is not knowing any better? DNA/blood tests should not be regarded as the 'ends' which the administration of justice seeks. Instead, it should serve as the 'means' to attain the 'end', the end not only being truth and justice⁹¹ but a decision which will be

87 A. Louw, *The constitutionality of a biological father's recognition as a parent* "Potchefstroom Electronic Law Journal" 2010 (13) 3, p. 188.

88 Section 7(f)(ii). *Vid.* also E. Bonthuys, *What you don't know can't hurt you: the Supreme Court of Appeal and the presumptions of paternity*, "South African Law Journal" 2011, p. 435 where she states that this factor could be used in favour of paternity testing.

89 *S v L* 1992 3 SA 713 (E) at 723I, where the judge refers to the study conducted by the South African Law Reform Commission, and comments made by the judge in *M v R* 1989 1 SA 416 (O).

90 *Vid. YD v LB* (A) 2009 5 SA 479 (GNP): "As matters presently stand, the child's paternity is contested. Without scientific verification it is likely to remain contested for some time. That truth (the contested nature of her paternity) may or may not be revealed to or concealed from the child, but the ongoing contested nature of the paternity will result in the possibility of stigma and the inability of any court to decide on the nature and extent of any financial or other responsibilities owing by the applicant to the child. The ongoing uncertainty will be in neither the applicant's nor the child's best interests." 482D-H.

91 J.L. Taitz, P. Singh, *Does the Supreme Court enjoy the inherent power to order the relevant parties to submit to blood tests to establish paternity?* "Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg" 1998 58, p. 95.

in the best interests of the particular child. The truth will reveal that the alleged father is or is not the biological father of the child and provide the child with certainty regarding his or her genetic origin. Justice would be served by ensuring that a particular relationship is not built between a child and a man that may not be his or her biological parent and fulfilling duties that are not his. Furthermore, the best interests of a child cannot be served by perpetuating a possible fraud. Instead, the best interests of a child in establishing paternity should only lie in finding such child's biological parent⁹².

Benefits of knowing one's genetic origin

McRae⁹³ argues that children who are deprived of knowing a biological parent or having a relationship with such a parent could grieve that parent's loss even if he/she has never met or been in contact with such parent. There are several potential consequences that could arise in respect of children who go through this process: such a child could become angry, argumentative, oppositional, and exhibit disruptive and disturbing behaviour. She further states that until such a child is able to at least identify his/her biological parent(s), he/she will be unable to complete the grieving process and will continue to display these symptoms. These children may also experience genealogical bewilderment, which is regarded as the feeling of being deprived of one's heritage, religious background, culture and/or race. Thus, knowing one's biological history would enable children to build their self-identities⁹⁴.

According to the SCA it is apparently not a court's duty to ascertain scientific proof of the truth. However, *it is* its duty to act in the best interests of a child which will be best achieved, it is argued, by relying on the scientific methods available⁹⁵. If the child is young and no relationship has formed, then there is no risk that the interests of the child will be harmed⁹⁶. If a relationship has formed between the child and the alleged father and the test is negative, the mother should inform the child as to 'who' his or her father possibly is⁹⁷ and assist him or her in building a relationship with his or her biological

92 R.K. Henry, *The innocent third party: victims of paternity fraud*, "Fam. L. Q." 2006–2007 40, p. 68.

93 D. McRae, *Evaluating the effectiveness of the best interests marital presumption of paternity: is it actually in the best interests of children to divorce the current application of the best interests marital presumption of paternity*, "Whittier J. Child and Fam. Advoc" 2005–2006 5, p. 345.

94 D. McRae, *Evaluating the effectiveness of the best interests marital presumption of paternity: is it actually in the best interests of children to divorce the current application of the best interests marital presumption of paternity* "Whittier J. Child and Fam. Advoc" 2005–2006 5, p. 378–379.

95 As acknowledged by the *court a quo*. DNA can confirm whether a particular man is the father of a child with almost 100% accuracy: W. Banoobhai, and S. Hoctor, *The court's power to compel DNA testing in paternity disputes - LB v YD 2009 5 SA 463 (T)*, "Obiter" 2009, p. 794.

96 As considered by court *a quo*.

97 *M v R* 1989 1 SA 416 (O) 422G.

father, if possible. If not possible, justice cannot be served by simply imposing duties on a man who is not the father of the child. It appears as if the SCA attempted to hide behind its statement that the matter is not a paternity dispute to avoid all the complications that come with paternity.

Knowing one's genetic origin is also important for medical purposes as it assists in diagnosing and treating genetically based diseases. A lack of a parent's medical history may place persons who are not in possession thereof at a disadvantage in diagnosing and treating disorders which are genetically linked⁹⁸, such as, heart diseases; diabetes; hypertension; Alzheimer's; multiple sclerosis; schizophrenia; breast cancer; etc⁹⁹. An examination of a person's family medical history can predict such person's immediate and future health and will assist in detecting such disorders at an early stage¹⁰⁰. However, one can only acquire an accurate family medical history through one's biological parents. Thus, a child who does not know his or her biological father is denied the right to know such important information¹⁰¹.

A lack of not knowing one's genetic origin could also result in death¹⁰². For example, with organ replacements, genetic relatives are the best donor candidates and, thus a child who is not aware of his or her father's identity could lose out on life saving transplants as their pool of potential donors will be restricted¹⁰³.

Knowing your genetic origin also assists in matters, such as, procreation and marriage. A woman who is not aware of her genetic origin may choose to have children, yet had she known the truth would have opted otherwise. Or, as a consequence of not knowing her genetic origin, could choose to not bear children being under the false impression that she carries a genetic illness¹⁰⁴.

Uncertainty regarding paternity may furthermore give rise to the possibility of persons who are too closely related marrying one another, or possibly not entering into

98 D.C. Hubin, *Daddy dilemmas: untangling the puzzles of paternity*, "Cornell Journal of Law & Public Policy" 2003–2004 13, p. 32–33.

99 D. McRae, *Evaluating the effectiveness of the best interests marital presumption of paternity: is it actually in the best interests of children to divorce the current application of the best interests marital presumption of paternity*, "Whittier J. Child and Fam. Advoc" 2005–2006 5, p. 374.

100 D. McRae, *Evaluating the effectiveness of the best interests marital presumption of paternity: is it actually in the best interests of children to divorce the current application of the best interests marital presumption of paternity*, "Whittier J. Child and Fam. Advoc" 2005–2006 5, p. 374.

101 D. McRae, *Evaluating the effectiveness of the best interests marital presumption of paternity: is it actually in the best interests of children to divorce the current application of the best interests marital presumption of paternity*, "Whittier J. Child and Fam. Advoc" 2005–2006 5, p. 374–375.

102 D.C. Hubin, *Daddy dilemmas: untangling the puzzles of paternity*, "Cornell Journal of Law & Public Policy" 2003–2004 13, p. 34.

103 D.C. Hubin, *Daddy dilemmas: untangling the puzzles of paternity*, "Cornell Journal of Law & Public Policy" 2003–2004 13, p. 33.

104 D.C. Hubin, *Daddy dilemmas: untangling the puzzles of paternity*, "Cornell Journal of Law & Public Policy" 2003–2004 13, p. 34.

what would be a valid marriage because of the belief that they fall within the prohibited degrees of marriage¹⁰⁵.

It is evident that the SCA did not consider this in *YM v LB* and failed to provide an informed and well reasoned judgment. It is argued that there are obvious benefits to knowing one's genetic origins and that considering this factor in paternity cases will give effect to the best interests of the child.

Conclusion

A recommendation that legislation should be enacted to govern these scenarios has been made bearing in mind the relevant constitutional rights at stake in a paternity matter¹⁰⁶. Whether this is possible is yet to be seen. The current reality is that the SCA judgment has resulted in more questions than answers. When will a particular matter amount to a paternity dispute? How does the marital presumption operate in respect of situations similar to the case at hand? How should the constitutional rights involved in such cases be balanced?¹⁰⁷ What is the effect of section 20 of the Children's Act in such matters?¹⁰⁸ What approach should be followed and which factors should be taken into account in such matters?¹⁰⁹ Should a child's right to know his or her genetic origin be considered? Another interesting aspect is Part 3 of the Children's Act. It allows minors who fall within a certain age bracket to consent to not only medical treatment and/or operations, but HIV tests as well. Is consent of the guardian really needed for a minor to submit to a DNA test when such a minor (who is of the specified age) has capacity to consent to, for example, an HIV test?

It has been noted that the South African legislature considers blood tests accurate enough to merit the state bearing the costs of the tests in maintenance matters, and thus the courts should be prepared to take judicial notice of the technique and reliability of such tests¹¹⁰. In those instances where a man cannot prove sterility for example, it would be difficult to disprove the presumptions that come into play merely because of marriage

105 D.C. Hubin, *Daddy dilemmas: untangling the puzzles of paternity*, "Cornell Journal of Law & Public Policy" 2003–2004 13, p. 34–35.

106 B. Van Heerden, *et al Boberg's law of persons and the family*, Juta: Kenwyn 1999, p. 382.

107 C.M.A. Nicholson, *LB v YD 2009 5 SA 463 (T) / YD v LB (A) 2009 5 SA 479 (NGP): Disputed paternity, blood tests; court as upper guardian, compel blood tests for DNA testing: best interests of the child* "De Jure" 2010, p. 417; E. Bonthuys, *What you don't know can't hurt you: the Supreme Court of Appeal and the presumptions of paternity*, "South African Law Journal" 2011, p. 434.

108 *Vid.* E. Bonthuys, *What you don't know can't hurt you: the Supreme Court of Appeal and the presumptions of paternity*, "South African Law Journal" 2011 in this regard.

109 434.

110 J. Heaton, "Juta's Quarterly Review" October – December 2009 (4).

or because sexual intercourse at the relevant time was proven or admitted, without the use of the tests¹¹¹.

The SCA failed to do justice to the controversies regarding paternity. The only facet of paternity that has been clarified in the South African context is that a court has inherent power to override a primary care-giver's refusal to submit the child to blood tests. It would appear that a court may also order an adult to submit to DNA/blood tests. However, should the ordering of such tests be the exception that it currently is, rather than the rule? It is argued that it should not. As the SCA did not concern itself with whether blood/DNA tests should be compulsory or not, this question is left unanswered. In any event, this question can only be answered once the other issues regarding paternity have been clarified.

SUMMARY

Some unresolved complexities in matters involving paternity: a South African Perspective

A controversial aspect regarding paternity in South African law is whether or not South African Courts are empowered to compel an adult or a minor to submit to DNA/blood tests. The High Courts were not unanimous in this regard, and thus the issue required clarification by the Supreme Court of Appeal (SCA). An opportunity presented itself for the SCA to not only address the issue of the use of DNA/blood tests in paternity matters, but several other issues surrounding paternity. The judgment by the SCA has, it is argued, unfortunately resulted in more questions than answers.

Keywords: paternity; cases; parental rights and responsibilities; genetic origin.

111 *Vid.* R.W. Darrol, *We be of one blood, ye and I* "South African Law Journal" 1965, p. 318; *vid.* also Ph.J. Thomas, *Paternity; legal or biological concept?*, "South African Law Journal" 1988, p. 247 where the author says that proof to rebut the presumption is difficult and sometimes impossible to adduce, which results in a man being considered the father even if this is not the case.

TATYANA N. TROSHKINA

Reform of Russian Education and the New Law on Education of 2012

Introduction

In the Russian Federation the state of education directly impacts both public social policy and the national strategy for economic development. In modern society, virtually all aspects of public life and social development, namely, the economy, public security, science and technology, culture and the environment, depend on the level and quality of education.

Clearly, such a significant segment of social life should have an adequate legal base. However, for years there was a mismatch between the socio-political significance of education, its special role in the process of economic modernization in Russia, on the one hand, and the state of the normative-legal base regulating relations in the sphere of education, on the other hand.

The Law of the Russian Federation “On Education”¹ adopted in 1992 needed serious reform by the late 90s. An ever-increasing number of amendments made the Russian legislation on education unsystematic and self-contradictory. Perhaps the single greatest reason that forced the government to start the development of the new basic law on education was the fact that the previous law had been adopted to regulate the Soviet model of education. A series of education reforms in the late 1990s and the beginning of the 2000s led to a radical change in the focus of normative-legal regulation, and it was necessary to pass the new basic law in order to adapt educational legislation to the new educational environment in Russia².

1 The Law of the Russian Federation of July 10, 1992, No. 3266–1 “On Education”.

2 Confirmed by the following studies: V. V. Spasskaya, *Legal regulation of educational relations: theoretical and legal research*, Moscow 2007; V. M. Syryh, *Legal education: Myths and Realities*, „Yearbook of the Russian educational legislation” vol. 3, 2008, p. 31–50; A. N. Kozyrin., D. V. Korf, A. A. Yalbulganov, *Education Management: Comparative Analysis of Russian and foreign legislation*, “Reforms and Law” vol. 3 2010, p. 17–31; A. N. Kozyrin, *School and modern problems of systematization of educational legislation*, „Reforms and Law” vol. 1, 2009, p. 27–41.

Initially, the authors of the new law went the way of codification and started to elaborate upon the Education Code of the Russian Federation³. On the initiative of the Government of the Russian Federation, the draft code was developed and then submitted for public discussion. However, it was decided later to refuse enactment of the Code. The draft Federal Law “On Education in the Russian Federation” was developed, providing foundations and general principles for regulating educational relations, and therefore norms regulating relations in the individual subsystems of education, namely, pre-school, general, secondary vocational and higher education.

The new law on education attracted greater attention from the public and political parties than had ever been paid to any other draft law. The number of amendments proposed during the course of public discussion was estimated at thousands.

Finally, the new law on education was adopted⁴ at the end of 2012. The Federal Law of December 29, 2012 “On Education in the Russian Federation”⁵, starting from its enforcement on September 1, 2013, has become the foundation for formatting the reformed education legislation in conformity with the social and economic environment of the XXI century, and the obligations assumed by Russia in the process of integrating into the European educational space, particularly by joining the Bologna process.

The Law on Education of 2012 and Reforming Education Legislation

The supreme position in the hierarchy of the sources of Russian education law belongs to the Constitution of the Russian Federation. The supreme legal force of the Constitution in legal regulation of education is determined by, firstly, the constitutional provision, according to which

the Constitution of the Russian Federation shall have the supreme juridical force, direct action and shall be used on the whole territory of the Russian Federation; laws and other legal acts adopted in the Russian Federation shall not contradict the Constitution of the Russian Federation⁶.

3 The problems of the educational law are investigated in the following researches: A. P. Berdashkevich, A. V. Kalinin, *Codification of legislation in the field of education: problems and prospects*, Moscow 2007; A. N. Kozyrin, *Modern problems of systematization of educational legislation*, „Yearbook of the Russian educational legislation” vol. 8, 2008, p. 28–36.

4 Federal Law of December 29, 2012, No. 273-FZ, Collection of legislation of the Russian Federation, 2012, No. 53, Article 7598.

5 Hereinafter: the Law on Education of 2012.

6 Article 15 of the Constitution of the Russian Federation.

Secondly, the force of the Constitution is conditioned by the goals and objectives of education legislation, which are determined in the Law on Education of 2012.

The aim of education legislation is the establishment of state guarantees and mechanisms for the realization of human rights in education, and the enforcement and protection of the constitutional right of citizens of the Russian Federation to education is among its main objectives.

The constitutional basis of education law is determined in Article 43, which provides for the right of every Russian citizen to education; Article 72 referring general education issues to the joint jurisdiction of the Russian Federation and the constituent entities of the Russian Federation; as well as Article 114 defining that the Government of the Russian Federation shall ensure implementation of uniform state policy in the sphere of education.

The constitutional provisions of education law may be elaborated upon through the decisions issued by the Constitutional Court of the Russian Federation.

The fundamental law, on the basis of which education legislation is being designed, is the Federal Law “On Education in the Russian Federation” adopted in 2012. According to the Preamble, the Law:

- Establishes the legal, organizational and economic basis of education in the Russian Federation;
- Establishes the basic principles of state policy of the Russian Federation on education;
- Determines general rules for the functioning of the education system and implementation of educational activity;
- Defines the legal status of participants in educational relations.

The Law on Education of 2012 is not a single legal source regulating relations in the sphere of education at the federal level.

Besides the abovementioned law, the core federal laws adopted in order to regulate relations in education (for example, the Federal Law on the Moscow State University and Saint-Petersburg State University⁷), as well as a whole number of non-core laws are related to the sources of Russian educational law.

“Non-core” laws shall be adopted in order to regulate various relations and may contain separate provisions concerning education issues. These laws may be grouped as follows:

- Federal laws regulating fundamental organizational matters in the sphere of education: “On Languages of the Peoples of the Russian Federation”, “On the Freedom of Conscience and Religious Associations”, “On National Cultural Autonomy” and other laws;

⁷ Federal Law of November 10, 2009, No. 259-FZ “On the Moscow State University named after M. V. Lomonosov and the Saint Petersburg State University”, Collection of legislation of the Russian Federation, 2009, No. 46, Article 5418.

- Federal laws, which contain provisions regulating specific types of education: military education (“On Military Duty and Military Service”), sports training (“On Physical Training and Sport in the Russian Federation”), professional education of persons sentenced to imprisonment (the Criminal Executive Code of the Russian Federation) and other federal acts;
- Federal laws, which set the incentives for participants in educational relations: “On Additional Guarantees of Social Support to Orphaned Children and Children Left without Parental Care”, “On the Social Protection of Disabled Persons in the Russian Federation”, “On the Alternative Civil Service” and others;
- Federal laws regulating labor relations and determining the procedure for social maintenance of participants in educational relations: “On the Procedure for Establishing the Amounts of Grants and Social Payments in the Russian Federation”, the Labor Code of the Russian Federation and others;
- Federal laws regulating relations in the sphere of the economy and education finances: the Civil Code of the Russian Federation; the Tax Code of the Russian Federation, the Budget Code of the Russian Federation and others;
- Federal laws determining criminal and administrative offences in the sphere of education: the Criminal Code of the Russian Federation, the Code on Administrative Infractions.

In addition to federal laws, the composition of education legislation also includes subordinate legal acts, to which the decrees of the President of the Russian Federation and decisions of the Government of the Russian Federation are attributed. They develop, complement and concretely define the provisions of education legislation.

The largest group of subordinate acts regulating educational relations is comprised of the orders of the Ministry of Education and Science of the Russian Federation and orders issued by other ministries engaged in educational matters (the Ministry of Health of the Russian Federation with regard to medical education).

The education legislation of the Russian Federation includes not only federal acts, but also acts of the constituent entities of the Russian Federation regulating educational relations on the territory of the respective constituent entity. Currently, regional legislation on education is undergoing significant changes due to the adoption of the Federal Law on Education of 2012. This law (Article 108), particularly, indicates that the constituent entities are to bring their regional legislation into conformity with the Law on Education of 2012 by January 1, 2014.

Education legislation is one of the largest branches of Russian legislation, which consolidates hundreds of normative acts adopted both at federal and regional levels. In order to ensure the internal integrity of legislation, and the consistency of all its constituent acts, Article 3 of the Law on Education of 2012 establishes an important legal principle,

according to which provisions of other federal, regional and municipal acts regulating educational relations shall, firstly, conform to provisions of the Law of 2012, and, secondly, may not restrict the rights and lower the level of guarantees provided in comparison with the standards established by the Federal Law of 2012.

Thus, the norms contained in the Law of 2012 are the primary basis for all acts included in the legislation on education. They shall prevail over all other sources of educational law, except for the Constitution of the Russian Federation and international treaties ratified by the Russian Federation⁸.

Numerous acts constituting Russian education law and adopted prior to the Law on Education of 2012 entering into force will continue to act in the areas in which they do not contradict the provisions of the Law on Education, and will be gradually updated to comply with the innovations of the Law of Education of 2012. The abovementioned innovations are considered in the subsequent part of the present article.

Innovations of the Law on Education of 2012 and Reform of the Education System in the Russian Federation

Definitions used in the Law on Education

Article 2 of the act contains a glossary of concepts used in the law. Definitions of the 34 terms, including the concepts of “Inclusive education”, “Conflict of interest of a pedagogical employee”, “Special needs pupil”, “Supervision and child care” and other definitions are provided by the law.

It should be noted that there are changes in the wording of some definitions applied earlier, for example, the concept of an “Educational establishment” was changed to the concept of an “Educational organization”⁹.

Realization of the principle of general access and free education

In accordance with Federal State Education Standards, the Law on Education establishes access to public and free pre-school, primary general, basic general and secondary general education, secondary vocational education, and, on a competitive basis, to free higher education should the citizen be receiving education at this level for the first time (Article 66)¹⁰.

8 *Vid. A. N. Kozyrin, T. N. Troshkina, Legal regulation of relations in education: scientific and practical commentary of Article 4 of the Federal Law „On Education in the Russian Federation”, „Year-book of the Russian educational legislation” vol. 8, 2013, p. 7–28.*

9 This obliged educational institutions to introduce appropriate amendments into their Charters within three months of their entry into the force law.

10 Receiving paid education must not replace education, which is financed from the budget. Otherwise educational organization is obliged to refund the amount paid to the student or his parents

Article 11 defines the content of the “Federal State Education Standards” concept, namely, procedures for elaboration, endorsement and amendment of the standards. These standards establish the structure of the basic educational syllabi, conditions of implementation and other norms, and, respectively, the list of subjects compulsory for studying and the volume of tuition load of students to be provided for free.

The innovation following the above-mentioned principle is that now, according to Article 67 Part 4, the local education administration shall determine a school in each district, which shall provide education to children living in the given territory. The administration of an educational organization may refuse to accept a child into the first grade only in the case of a complete absence of vacancies¹¹.

Forms of acquiring education

In Article 17, the lawmaker stipulates that education shall be acquired in educational organizations, as well as outside of them, in the following forms:

- in educational organizations: on a full time basis, by part-time study, on a basis of a combination of full time and part-time education;
- outside of organizations: home education and self-education¹².

According to Article 34 part 3 of the Law on Education, persons acquiring education through the form of home education and self-education have the right to pass intermediate and state final assessments in educational organizations.

It is permitted to combine the various forms of acquiring education.

New concepts are also introduced by the law, namely, “Experimental activity”¹³, which means the opportunity to introduce new educational technologies, and “Innovative activity”¹⁴ which means activity aimed at the improvement of personnel, legal, training and other support activities for the system of education.

Levels of education

The Law on Education is expected to be a fundamental act covering in detail all levels of the education system¹⁵.

(Part 2, Article 101).

11 In this case an education authority body shall inform parents on vacancies in other schools located in the district.

12 Previously, when defining education outside of an educational organization, the term “external studies” was applied (Paragraph 9, Article 6 of the Federal Law On the Higher and Post-Graduate Vocational Education). Regulations on external studies in state, municipal higher educational institutions of the Russian Federation approved by the Order of the Ministry of Education of Russia of October 14, 1997, No. 2033, have not been abolished and still apply.

13 Article 20.

14 Article 20.

15 In connection with its adoption, the following federal laws are to be recognized as expired: “On Education”, “On the Minimum Wage”, “On Higher and Post-Graduate Higher Vocational

Article 10 of the analyzed act divides education into general, vocational, further general education and professional training. This gradation is established to ensure the realization of the right to education throughout life (continuous education)¹⁶.

General education and vocational training will now be implemented on different levels.

The following levels belong to general education:

- pre-school education;
- primary general education;
- basic general education;
- secondary general education.

Accordingly, pre-school education has become the first level in the system of continuous education. The pre-school level does not stipulate any final exams or other forms of assessment of children's knowledge. Learning in pre-school educational organizations will be totally free, but the supervisory care, as before, will be paid for by parents (persons acting in loco parentis) (Part 2, Article 65)¹⁷.

The founders of pre-school educational organizations are allowed to set the level of tuition fees to be charged from parents (persons acting in loco parentis). But the inclusion of expenditures connected with the implementation of the pre-school curriculum, as well as expenses related to the maintenance of the property of educational organizations in the amount of payment for supervisory care is not allowed.

The same article provides for compensation for parents (persons acting in loco parentis) at an amount to be established by normative legal acts of the constituent entity of the Russian Federation, but not less than 20% of the average size of parental payment for the first child, not less than 50% for the second child, and not less than 70% for the third and subsequent children.

As we have already noted, organizations providing general education, basic general education and secondary general education, implement educational syllabi within the framework of the state's standards free of charge. However, for implementation of supervision and care of pupils in extended-day groups, the founder of an educational organization is entitled to set a fee charged to the parents, and its size. The same applies to educational organizations with boarding schools.

Education". In addition, certain sample provisions issued in the form of governmental decisions are no longer in force, and those that have not expired were brought into compliance with the new law.

16 The system of education creates conditions for continuous education through implementation of the general educational curricula and additional educational programs, providing the opportunity for simultaneous development of several educational curricula, and accounting for a possessed level of education, qualifications, experience during acquisition of education (part 7, Article 10).

17 The system of benefits is saved (for example, benefits for children from poor families).

The following levels of vocational training have been established in the Russian Federation (Item 5, Article 10):

- secondary vocational training;
- higher education: baccalaureate;
- higher education: the specialist system and the master's degree;
- higher education: preparing highly-qualified staff.

It should be noted that vocational schools refer to the system of secondary vocational education as the first stage of preparing highly-qualified staff. According to the Law on Education, secondary vocational education is to be generally accessible.

The changes also affected higher education with regards to the number of persons acquiring such education at the expense of budget allocations (Article 100): it is enlarged and will constitute not less than eight hundred students per ten thousand people in the age range from 17 to 30 years¹⁸.

One innovation is the fact that post-graduate study is included in the number of educational programs of higher education (sub-item “b”, par. 2, part 3, Article 12; parts 4–6, Article 69) ¹⁹. Due to this change, the Regulations on the terms and conditions of admission to studies can also be applied to post-graduate training²⁰.

Further education includes further education for children and adults and further professional education.

The procedure for awarding academic degrees

The Law on Education includes no provisions regulating the awarding of academic titles (previously regulated by Article 22 of the Law on Higher and Postgraduate Professional Education). Currently, the legal regulation is based on the Provisions on the procedure for awarding academic degrees, approved by the Decision of the Government of the Russian Federation of March 29, 2002, No. 194.

Norms of the Law on Education related to postgraduate vocational training, are not applied to the procedure of awarding scientific degrees, and are not included in the concept of “educational relations”, and therefore the provisions of Article 4, 41 of the Federal Law of August 23, 1996, No. 127-FZ “On the Science and the State Policy in Science and Tech-

18 In comparison with the previous standards, the numbers have increased more than four times (was: not less than 170 students per every 10 thousand people residing in the Russian Federation)

19 The old law referred post-graduate studentship to post-graduate vocational education (Item 2, Article 25 of the Law on Education of 1992, item 4, Article 11, Item 2, Article 19, Article 21 of the Law on Higher and Post-Graduate Professional Education).

20 For example, according to part 4, Article 78 of the Law on Education, foreign citizens who are compatriots living abroad have the right to acquire post-graduate vocational education on the same terms as Russian citizens, provided they comply with requirements established by Article 17 of the Federal Law of May 24, 1999, No. 99-FZ “On the State Policy of the Russian Federation towards Compatriots Living Abroad”.

nology” are used, as well as the Provisions adopted in accordance with the abovementioned norms, namely, “On the procedure for awarding academic degrees” approved by the Decision of the Government of the Russian Federation on January 30, 2022, No. 74; “On the specifics of awarding academic degrees to persons using information in their work which is classified” approved by the Decision of the Government of March 3, 2012, No. 185.

Implementation of educational programs using various techniques

According to the Law on Education, for implementing educational programs it is permissible to use various methods and techniques, including distance-learning and e-learning, as well as online collaboration (networking) between educational organizations²¹.

Article 16 defines the content of the “Electronic learning” and “Distance educational techniques” concepts and grants educational organizations the right to use these methods²².

Disciplinary responsibility of trainees

Earlier legislation did not specify the list of disciplinary punishments that could be applied to trainees, only mentioning expulsion from the higher educational organization (Item 9, Article 16 of the Law on Higher and Postgraduate Professional Education).

The Law on Education (Part 4, Article 43) contains a full list of disciplinary punishments that may be imposed on the trainees: 1) notification, 2) reproof and 3) expulsion from the educational organization.

The procedure for application and remission of the disciplinary actions is set by the Ministry of Education and Science of the Russian Federation (part 12, Article 43)²³.

When applying a disciplinary punishment, an opinion of the council of students should be taken into consideration (part 7, Article 43). The student (parents, legal representatives of juveniles) may appeal against the imposition of the disciplinary action not only to a court, but also to the Commission for the settlement of disputes between participants in educational relations (part 11, Article 43).

Commission for the settlement of disputes between participants in educational relations

Part 3, Article 45 of the law envisages the creation of commissions in educational organizations for the settlement of disputes between participants in educational relations²⁴.

21 Persons acquiring education may assimilate educational curricula with the use of resources of several educational and other organizations.

22 Organizations are entitled to provide education via the use of various databases, and through distance learning.

23 The Procedure for enforcement and remission of disciplinary punishment approved by the Order of the Ministry of Education and Science of March 15 2013, No. 185 currently applies.

24 The possibility of the creation of separate commissions in the branches of educational organizations is not settled by the Law on Education.

In accordance with part 6, Article 45, of the Law on Education, the procedure for creation, organization of work, making decisions and their execution by the commission for the settlement of disputes between participants in educational relations, shall be established by a local normative act of the educational organization. Such a local normative act must take into account the opinions of the students' councils and representative bodies of the employees of the organization.

The Law on Education does not determine the order which should be applied to appeal of the commission's decisions (action proceedings or proceedings in cases arising from public legal relations).

The definition of the competence of such a commission provided in the law is quite vague: it is possible to appeal against decisions on impositions of disciplinary punishments (Part 11, Article 43) and to consider issues concerning the establishment of the presence (absence) of a conflict of interests of a pedagogical employee (Item 2, Part 1, Article 45). Hence, it follows that they consider disputes over relations that can be attributed to public law relations, and, respectively, a judicial appeal against the commission's decisions is also a dispute arising from public legal relations. The court's code of practice has not been accumulated yet, however, if the courts follow the foregoing considerations, cases of appeal against decisions of the commissions for the settlement of disputes between participants in educational relations will come within the auspices of Chapters 23 and 25 of the Civil Procedure Code of the Russian Federation²⁵.

Rules for obligatory consideration of appeals

The innovation of the Law on Education provided in Item 1, part 1, Article 45, is the rule prescribing obligatory consideration of appeals from trainees (parents, legal representatives of juvenile trainees) on enforcement of disciplinary punishments against the staff of educational organizations, who infringe and (or) encroach upon the rights of students (parents, legal representatives of juvenile pupils). Such appeals are subject to review by the administration of an educational organization with the involvement of trainees (parents, legal representatives of juvenile trainees).

The possibility of application (even subsidiary) of the Federal Law of May 02, 2006, No. 59-FZ "On the Procedure for Consideration of Appeals from the Citizens of the Russian Federation" to consideration of such appeals is not determined. This eliminates the possibility of direct application of the procedure and terms established by the above-mentioned law. However, it is not ruled out that courts and other state bodies (including public prosecution bodies) will apply such provisions by further analogy.

²⁵ A special three-month period for applying to a court (Article 256, the Civil Procedure Code of the Russian Federation); the burden of proof lies on the interested person (Article 249 of the Civil Procedure Code of the Russian Federation); the court is not bound up with the arguments of the application and shall have the right to check the legality of the contested decision in full.

Special status of the pedagogical employee

For the first time, the legal status of the pedagogical employee has been secured legislatively (Article 47). It includes a complex of rights and freedoms (including academic rights and freedoms), rights of labor, social guarantees and compensations, limitations, obligations and responsibilities, which are established by the legislation of the Russian Federation and legislation of the constituent entities of the Russian Federation. Teachers are given the right to receive further vocational training in their primary specialization not less than once in a three year period. According to the document, they have the right to annual general extended paid leave, durational leave of up to one year not less than every ten years of continuous pedagogical experience, and early old age retirement. Rural teachers have the right to compensation for expenses for housing and communal services.

It has been institutionalized that the salaries of teachers cannot be less than the average salary for their respective regions of the Russian Federation.

It is also determined that a pedagogical employee of an educational organization is not entitled to provide paid educational services to trainees acquiring education in the given organization if it leads to a conflict of interests of the pedagogical employee²⁶ (part 2, Article 48).

Education credit

Article 104 of the Law on Education regulates such a service as “Education credit”. The parents (legal representatives) of a juvenile trainee or the trainee himself, having attained the age of 18 years, may receive credit from a bank or other credit institution to pay for tuition, meals, accommodation, purchase of textbooks and other daily living needs for the period of tuition.

Change of conditions for granting accommodation in a dormitory

Part 1, Article 39, of the Law on Education prescribes educational organizations, if they have an appropriate specialized housing fund, to provide for every trainee assimilating with the general educational curriculum who needs accommodation, living space in a dormitory²⁷.

Some categories of persons are endowed priority in receiving dormitory accommodation (part 5, Article 36; part 4, Article 36).

²⁶ Conflict of interests of a pedagogical employee is determined as a situation where, during implementation of the professional activity of the employee, a personal interest occurs in obtaining financial and other benefits that affects or may affect proper performance of professional duties by the pedagogical employee due to a conflict between his personal interests and the interests of trainees or parents (legal representatives) of juvenile trainees.

²⁷ Rental agreements for dormitory accommodation provided for in Article 105 of the Housing Code of the Russian Federation shall be concluded with the student.

The Law on Education does not bind the provision of dormitory accommodation with the fact of the trainee's residing outside of the settlement, in which an educational organization is located.

Performance monitoring of higher educational organizations

Performance monitoring of universities becomes annual and mandatory for both public and private higher educational organizations (Article 97).

Monitoring of the education system is a systematic standardized observation of the state of education and the dynamics of its results, conditions of implementation of educational activity, student bodies, academic and other achievements of trainees, professional achievements of graduates from organizations engaged in educational activities, the state of a network of educational organizations.

The monitoring of the education system is carried out by federal state bodies and executive bodies of the constituent entities of the Russian Federation performing public administration in the sphere of education as well as local self-government bodies administering education.

The procedure for implementation of the monitoring of the education system, as well as the list of information mandatory for monitoring shall be established by the Government of the Russian Federation.

In the autumn of 2012, the Ministry of Education and Science carried out its first monitoring of higher educational organizations. The 541 state universities and their 994 branches participated in the observation. Based on its results, about 30 universities and 262 branches were recognized as inefficient and in need of reorganization²⁸.

Informational openness of educational organization

Educational organizations create open and public informational resources containing information about their activity, and ensure access to such resources by placing them in the information and telecommunication networks, including the official Internet web-sites of educational organizations.

Article 29 of the Law on Education contains the updated list of information to be disclosed on the web-site of an educational organization. So, now, in addition to information on the structure of teaching staff with an indication of the level of education and qualifications, the professional experience of pedagogical employees should also be posted.

Special rights for admission to education

Article 71 establishes the rule concerning special rights that can be granted to citizens for entering education on baccalaureate and specialist curricula: admission without tak-

²⁸ The information is available at the official web-site of the Ministry of Education and Science: <http://минобрнауки.рф/>

ing an entrance examination; enrollment within the limits of a settled quota under the conditions of successfully passing entrance tests; the priority right to be enrolled under the condition of successful passing of entrance exams and *ceteris paribus*; admission to preparatory departments of federal state higher educational organizations for acquiring education at the expense of federal budget allocations; other special rights.

The same article contains the list of persons enjoying special rights to enter educational organizations for baccalaureate and special programs, as well as the procedure and basis for granting the rights.

The innovation is the legislative confirmation of the following features:

- a citizen is able to enjoy the special right to admission to preparatory departments of federal state higher educational organizations only once;
- the establishment of quotas on the enrollment of disabled children, invalids of the I and II groups, invalids since childhood, disabled persons due to war injuries or diseases obtained during military service, who, according to the conclusion of the federal establishment of medical and social examination, are not contraindicated to study in the respective educational organizations, to baccalaureate and specialist curricula for being educated at the expense of budget allocations.

Individual approach to trainees

The Law on Education is focused on different educational needs and sets an individual approach to every child's learning.

In support of this we could state the rules determining the right of trainees to individual learning schemes and academic freedoms (Article 34).

The Law gives priority to inclusive education, which supposes educating special needs children in general educational organizations, not in specialized ones. At the same time, they have the equal right to be trained in specialized organizations.

The Law contains a number of provisions concerning acquiring education by gifted (talented) children, for example, special rules for admission to higher educational organizations (Article 71).

Competencies of educational organizations

The competency of an educational organization includes the establishment of clothing requirements for trainees: the organization may introduce a school uniform of a certain model (part 1, Article 38).

General education organizations in rural areas

It is prohibited to make decisions concerning the restructuring or closing of general education organizations in rural settlements, if the decisions are not based on the accounted opinion of the inhabitants of the given settlements (Article 22).

Testing of schoolchildren

Attention should be drawn to the fact that certain rules for the testing of schoolchildren are determined now by legislation. So, the state testing of year 9 pupils becomes compulsory (Article 59), and this was not introduced spontaneously, but based on the results of a long-term experiment conducted in certain regions since 2002. Regional authorities are responsible for the organization and conducting of tests, as well as for the processing of results. Elaboration of control and measurement materials takes place at the federal level.

There are also changes in the validity term for the certificate giving the results of the uniform state examination. The certificates are valid for four years following the year of their obtainment (Item 2, Article 70).

Conclusion

Adoption of the Federal Law “On Education in the Russian Federation” does not mean the end of the reform of the Russian system of education, which has lasted for over ten years. The Law on Education passed in 2012 marks the beginning of the new stage of education legislation development, during which the hundreds of normative legal acts currently in force at federal, regional and municipal levels must be brought into compliance with the new legal regulations²⁹. A significant number of normative regulations must be adopted by the Government of the Russian Federation and the Ministry of Education and Science to elaborate upon the rules of the Law of 2012 and eliminate emerging gaps in the legislation.

Obviously, this stage of modernization of the Russian legislation on education and bringing it into compliance with the basic Law of 2012 will last several years, during which an additional burden will fall on the legal service of the Ministry of Education and Science, which has already begun to explain and comment on the provisions of the new Law on Education.

29 Vid. V. M. Syryh, *Federal Law „On Education in the Russian Federation” as a forerunner of the Russian Code of education: a step forward, three back*, „Yearbook of the Russian educational legislation” vol. 8, 2013, p. 67–97; O. I. Selivyorstova, *Federal Law „On Education in the Russian Federation”: positive trends of the legal regulation*, „Yearbook of the Russian educational legislation” vol. 8, 2013, p. 98–109.

SUMMARY

Reform of Russian Education and the New Law on Education of 2012

The article analyses the innovations of the Law on Education adopted in 2012, which is expected to become the basis for creating modernized education legislation that will allow the needs of the social and economic environment of the XXI century and the obligations engaged by Russia during the process of integration with the European educational space to be met.

Keywords: Education law; sources of education law; legal regulation of relations in the sphere of education; education legislation

ALEXANDER A. YALBULGANOV

The novelties in the legislation of the Russian Federation on public financial control

Introduction

In 2013, the Russian legislation on state financial control underwent significant changes. However, legislative reform was launched in 2001 with the adoption of the Federal Law No. 6-FZ “On General Principles of Organization and Activities of the Control and Accounting Institutions of Constituent Entities of the Russian Federation and Municipal Entities”¹. Prior to that, the issues of organization and activity of control and accounting bodies remained unregulated at the federal level in the Russian Federation. The picture of regional financial control was “colorful”, and in a number of cases it even had a negative impact on the effectiveness of control measures².

The Russian Federation is a federal state, and in conformity with Article 65 of the Constitution of the Russian Federation³ (hereinafter the Constitution of RF), it includes the following constituent entities: republics, territories, regions, cities of federal importance, autonomous region, autonomous areas - 83 constituent entities of the Russian Federation (hereinafter, regions) in total. In compliance with Part 2 of Article 76 of the Constitution of RF on issues of joint jurisdiction of the Russian Federation and the regions, a framework of federal laws shall be issued and the laws and other normative acts of the regions shall be adopted according to them. In addition to that, the laws and other normative acts adopted in conformity with the abovementioned constitutional

1 Collection of legislation of the Russian Federation, 2011, No. 7, Art. 903.

2 See more detail: A. N. Kozyrin. *Legal regulation of the organization and activities of control and audit bodies: scientific and practical commentary of Article 2 of the Federal Law On General Principles of Organization and Activities of the Control and Accounting Institutions of Constituent Entities of the Russian Federation and Municipal Entities*, “Reforms and the Law” vol. 4, 2011; A. A. Yalbulganov, *Control counting bodies and the implementation of the external state and municipal financial control*, “Reforms and the Law” vol. 1, 2012

3 The Constitution of the Russian Federation (adopted at National Voting on December 12, 1993), Collection of legislation of the Russian Federation, 2009, No. 4, Art. 445.

provision may not contradict the federal laws. In the case of a contradiction between a federal law and a normative act issued in the Russian Federation, the federal law shall be applied (Part 6 of Article 76 of Constitution of RF). According to Part 5 of Article 101 of the Constitution of RF, in order to execute control over the implementation of the federal budget, the Council of the Federation and the State Duma⁴ created the Accounts Chamber of the Russian Federation, the composition and rules of work of which are fixed by federal law.

The new Federal Law of April 5, 2013 “On the Accounts Chamber of the Russian Federation”⁵ significantly expanded the powers of the control agency. This Federal Law clearly indicates the mechanisms of legal influence on the participants in financial control relations, with the purpose of executing the rights⁶ delegated to the Accounts Chamber. The Federal Law of May 7, 2013 “On Parliamentary Control”⁷ indicates the Accounts Chamber as a parliamentary control body and lays down its status as a constitutional body executing state financial control.

And, finally, Section 9 of the Budget Code of the Russian Federation (hereinafter, BC of RF) “State and Municipal Financial Control”⁸ was adopted with new wording and establishes a new conceptual approach to the organization of budgetary control. The amendments apply to organizational and legal fundamentals of exercising state and municipal financial control (hereinafter, public financial control) with incrementing anti-corruption tasks, and to the issue of vesting the regional financial bodies with the authority to exercise internal public financial control in the area of budgetary legal relationships, etc.

The Russian scholarly community accepted the ambiguous legislative reform of state and municipal financial control. For example, Prof. V. P. Belyaev considers that there are no differences between the concept of control and supervision. Consequently, the distinction between control and supervision of financial activities remains problematic. Supervisory activities are conducted by the prosecution office and in his opinion it is not included in any of the branches of power. He emphasizes that the public prosecutor’s supervision, in comparison with state control, covers all the areas of public relations⁹.

4 According to the Constitution of RF, the parliament of the Russian Federation is the Federal Assembly that is the representative and legislative body of the Russian Federation. The Federal Assembly consists of two chambers – the Council of the Federation and the State Duma.

5 Collection of legislation of the Russian Federation, 2013, No. 14, Art. 1649.

6 The Federal Law of January 11, 1995, No. 4-FZ, Collection of legislation of the Russian Federation, 1995, No. 3, Art. 167.

7 Collection of legislation of the Russian Federation, 2013, No. 19, Art. 2304.

8 The Federal Law of July 23, 2013 No. 252-FZ “On amending the Budget Code of the Russian Federation and certain legislative acts of the Russian Federation”, Collection of legislation of the Russian Federation, 2013, No. 31, Art. 4191.

9 V. P. Belyaev, *Control and supervision legal activity: about distinction of notions*, „Law and politics” vol. 2, 2014, p. 248.

Prof. A. N. Kozyrin writes that the relevant legislative changes should not remain merely on paper but should be put into action. In this case they will contribute to the optimization of public financial control and improve its effectiveness¹⁰.

In support of the reform, Prof. R. E. Artyukhin notes that the issues of improvement of the legal framework and the methods of state financial control are very important. This is determined by active implementation of measures against corruption in the public sector and procurement, as the prevention of violations in these areas depends on the effectiveness of internal and external state financial control. According to him, the strengthening of control is justified due to the transition of the Russian Federation to a programmed budget, and is consistent with the objectives of public policy¹¹.

The main objectives of the Federal Law No. 6-FZ “On General Principles of Organization and Activities of the Control and Accounting Institutions of the Constituent Entities of the Russian Federation and Municipal Entities”

The Federal Law No. 6-FZ determines the peculiarities of the status of regional control and accounting bodies as implementing agencies of state financial control.

A regional control and accounting institution of the Russian Federation is an independent state body of a region of the Russian Federation, as evidenced by certain provisions of the Federal Law No. 6-FZ, vesting the mentioned bodies with organizational, functional, financial and administrative autonomy.

The independence of a regional control and accounting body shall be guaranteed by the system of norms governing the procedure for appointment and termination of the authorities of the Chairman, Deputy Chairman and auditors of the body. The organizational and functional independence of the control and accounting body of a region is determined by the nature of its objectives and the scope of its representative powers. One of the most important guarantees of independence of a regional control and accounting body is its financial autonomy, determined in the Federal Law No. 6-FZ.

The funds intended for financial support of a regional control and accounting body shall be provided for in a regional budget as a separate source.

The control and accounting body of a region, being a permanent body of external public financial control, exercises control over the execution of the regional budget and the budget of public extra-budgetary funds of a territory, over the legality and efficiency of use of inter-budget transfers allocated from regional budgets to the budgets of municipal entities, as well as over local budget execution in cases determined by the BC of RF.

10 A. N. Kozyrin, *Legal basis of state and municipal financial control*, „Reform and law” vol. 1, 2014, p. 75.

11 R. E. Artyukhin, *State financial control: contemporary legal regulation*, Moscow 2014, p. 3.

Along with that, a control and accounting institution of a constituent entity of the Russian Federation exercises control over the legality and efficiency of use of regional budgetary funds, the public extra-budgetary funds of territories and other sources determined by the legislation of the Russian Federation. It is also authorized to audit the effectiveness of taxes and other exemptions and privileges, budgetary credits funded by the means of regional budgets, the legitimacy of issuing state guarantees and other forms of securing the performance of obligations on transactions conducted by legal entities and individual entrepreneurs involving the funds of regional budgets and property in the state ownership of a region.

In the course of executing its expert and analytical powers, the control and accounting institution of a region performs:

- Expertise of draft laws on the budgets of a region and draft laws on the budgets of territories' extra-budgetary funds ;
- Financial and economic expertise of the draft laws of a region and normative legal acts of regional public bodies of the Russian Federation (including the validity of financial and economic justifications) in relation to the expenditure obligations of a region, as well as the state programs of regions;
- Analysis of the budget process of a region and the development of proposals aimed at its improvement;
- External audit of the annual budget execution report of a region, the annual report on the execution of a state territorial extra-budgetary fund.

Within the framework of exercising informational powers, the control and accounting institution of a region prepares information on the course of regional budget performance and execution of the state's territorial extra-budgetary funds, on the results of the control and expert and analytical activities, as well as submitting this information to the legislative (representative) state regional authority and to the supreme authority of the region (Head of the supreme state executive body of the constituent entity of the Russian Federation).

Based on the results of the executed control measures, control and accounting institutions have the right to deliver to the state and regional authorities, inspected organizations and their heads, representations for undertaking measures for the elimination of revealed violations and discrepancies, the prevention of damage to a region of the Russian Federation, the taking of legal steps against officials found to be violating legislation, as well as measures on restraining, eliminating and preventing violations.

It should be noted that the heads of inspected objects must create appropriate conditions for the work of the officials of the control and accounting bodies conducting inspections. They are to provide them with the necessary office accommodation, requested information and documentation, and they should prepare necessary notes and references, ensure free access to the workplace and the inspected property.

Representation of the control and accounting institution of a region is a document containing binding requirements of the control and accounting body, addressed to the heads of the inspected objects for consideration and the undertaking of measures to eliminate revealed violations and prevent damage to the constituent entity of the Russian Federation, municipal entity, or compensate for the damage done, take legal steps against the officials found to be violating legislation and measures to deter, eliminate and prevent violations.

Should any breaches at the inspected objects be revealed which need to be immediately eliminated and prevented, the control and accounting institutions have the right to issue a mandatory ordinance. An ordinance shall also be issued in cases where control measures exercised by the officials of the control and accounting bodies are impeded. The control and accounting institutions can issue an ordinance to federal and regional executive bodies, local self-governance bodies and municipal authorities, and to the management of the inspected enterprises, institutions and organizations.

An ordinance of a control and accounting institution shall indicate specific grounds for its issuance, specific violations committed, requirements for undertaking measures to eliminate them, and the term of an order fulfillment. In accordance with the Federal Law No. 6-FZ, an ordinance of a control and accounting institution must be fulfilled within the term stated in the document. Non-compliance or improper compliance with an ordinance of a control and accounting institution shall entail responsibility prescribed by the legislation of the Russian Federation and (or) regional legislation. For execution of the ordinance, the time period shall be determined as reasonable for the inspected entity to execute prescribed activities or terminating activities depending on the circumstances that served as grounds for the issuance of an ordinance.

Representations and ordinances are the apogee of the control activities of the control and accounting institutions. They are both the result of the institutions' activity and an opportunity to enforce violators of financial discipline to eliminate the revealed breaches. It seems to us that the existence of an effective system of control and accounting institutions is an important guarantee of facilitation of regional reforms in the Russian Federation.

The new Federal Law “On the Accounts Chamber of the Russian Federation” and development of external public financial control

Compared to the previous Federal Law on the Accounts Chamber of 1995, the new law obtained solid legal and technical characteristics. The subject of regulation is relations arising in the process of implementation by the Accounts Chamber of its authorities. The Accounts Chamber of the Russian Federation is the standing supreme body of external public audit (control). Within its competence it has the right to exercise control

over the formation, administration and disposal of funds of the federal budget, extra-budgetary funds, the federal property (hereinafter, federal resources) and other resources.

The new law has been developed from the years of experience gained by the Accounts Chamber of the Russian Federation and is aimed at elaborating new approaches to the performance of external public auditing (control) in the Russian Federation, taking into account the need to enhance the role of the Chamber as a tool of parliamentary and public control and to strengthen anti-corruption measures.

Considering the necessity of bringing the norms of law into the sphere of external public auditing (control), in compliance with international norms and definitions, the law includes a number of new concepts conforming to the powers of the Accounts Chamber of the Russian Federation. This is aimed at ensuring effective implementation of auditing, expertise, analysis and provision of information, along with other activities of the Chamber. The mentioned activities are being carried out in the form of financial audits, strategic audits, performance audits, audits of federal programs (projects), audits of national and international investment programs, federal information technologies (projects and systems) and contract audits.

For instance, a financial audit (control) is exercised with the purpose of examining the validity of financial operations, budget accounting, budgetary and other reporting, the targeted use of federal and other resources, while a performance audit is applied in order to determine the effectiveness of the use of resources .

To ensure due implementation of the abovementioned auditing activities, the scope of objectives of the Accounts Chamber was significantly expanded, including, namely:

- Support for the accomplishment of the strategic goals of the socio-economic development of the Russian Federation in terms of efficiency and effectiveness;
- Development of the auditing (control) capacities and methods for assessing the performance of procedures of formation, administration and use of federal and other resources, including the selection and evaluation of key national indicators, and indicators of the socio-economic development of the Russian Federation, and their compliance with the provisions of the normative legal acts of the Russian Federation;
- Analysis, within its competence, of the efficiency of administration and use of federal and other resources;
- Ensuring, within its competence, the execution of anti-corruption measures.

This expanded list of objectives requires, in turn, a significant increase in the functions and powers of the Accounts Chamber.

The Accounts Chamber of the Russian Federation is endowed with 25 functions, and the list is open-ended. All the functions of the Accounts Chamber are important in view of achieving objectives. Some of them, in our opinion, should be mentioned specifically:

- To exercise external public financial control over the budget sphere;

- To examine draft federal budget laws and draft laws on federal extra-budgetary funds for the next financial year and planning period, to examine and analyze the validity of the indicators, based on examination of draft laws on the federal budget and federal extra-budgetary funds, to prepare and submit conclusions to the chambers of the Federal Assembly of the Russian Federation;
- To exercise control over regional and local budgets, which are recipients of intra-budgetary transfers from the federal budget;
- To carry out operational performance analysis and control of the organization of the federal budget's execution in the current fiscal year;
- To conduct audits and specific inspections to examine the execution of individual sections (subsections), target items and types of expenditures of the federal budget and federal extra-budgetary funds at the location of inspected entities;
- To conduct auditing in the field of goods, works and services procurement undertaken by inspected entities, and other functions.

An important mechanism for ensuring the effectiveness of the Accounts Chamber as a body, which plays a key role in the implementation of parliamentary control, has become the provision requiring law enforcement agencies to provide information to the Accounts Chamber on the progress of consideration and decisions made on the relevant materials submitted to them by the Chamber.

Another interesting innovation is a norm, according to which, the Accounts Chamber of the Russian Federation, on the basis of enquiries from regional and municipal control and accounting bodies, regional legislative authorities and local self-governance institutions, conducts assessment (analysis) of the activity of these control and accounting institutions and provides an independent opinion on the compliance of the activity with the legislation on external public financial auditing, as well as preparing recommendations on the improvement of effectiveness.

The Accounts Chamber consists of the Chairman of the Accounts Chamber, the Deputy Chairman of the Accounts Chamber, auditors of the Accounts Chamber and the Office of the Accounts Chamber. To execute the vested powers, the Chairman of the Accounts Chamber issues orders and directives. Decisions of the Chairman of the Accounts Chamber and the Deputy Chairman of the Accounts Chamber can also be issued in the form of written orders (instructions).

Internal operational matters of the Accounts Chamber, the division of functions among the auditors of the Accounts Chamber, the content of the areas of works headed by the auditors of the Accounts Chamber, the functions of and interaction between the structural units of the office thereof and the procedures of operation are determined by the Regulations of the Accounts Chamber. The Regulations provide the legal basis for governing the procedural and internal operational matters of the Accounts Chamber.

The Accounts Chamber independently develops and approves, in the established order, the standards of the Accounts Chamber – internal normative documents, defining the characteristics, rules and procedures of planning, organization and implementation of the various activities of the Chamber and (or) requirements resulting from the results of the activities. The Accounts Chamber works with two types of standards: activity arrangement standards and external public audit (control) standards.

Based on the results of the executed control measures, the Accounts Chamber has the right to deliver to public authorities, other state bodies and the heads of inspected organizations, representations for undertaking measures to eliminate revealed violations, to compensate the state for damage done and to take legal steps against officials found to be violating the legislation of the Russian Federation.

Should any breaches in the business, financial, commercial or other activity of the inspected entities be revealed in the process of control measures which cause damage to the state and, in connection with this, need to be immediately eliminated, as well as in cases of non-observance of the procedure and dates for consideration of representations of the Accounts Chamber, in cases of impeding control, expertise and analytical measures, the Accounts Chamber has the right to issue mandatory ordinances to the management of the inspected objects.

It is important that the improvement of financial control in Russia is based on the clearly defined principles set forth in compliance with international legal principles of independent auditing (control), in particular, those set out in the Lima Declaration.

The Budget Code of the Russian Federation and the new approaches to public financial control

According to the new wording of Section IX, Chapter 26 of the BC of RF “Principles of State and Municipal Financial Control”, the mentioned types of control are conducted with the purpose of ensuring the observance of budget legislation of the Russian Federation and other normative legal acts, regulating public relations in the budget sector.

In conformity with the new classification, public financial control is subdivided into external and internal, preliminary and follow-up. All these forms of control are exercised by the state and municipal legislative (representative) bodies at the federal, regional and local levels.

The legislator defines external public financial control in the budget sphere as a control activity of the Accounts Chamber, regional control and accounting institutions and municipal entities accordingly, that is the control conducted by the bodies of external public financial control.

In turn, internal public financial control in the budget sphere is a control activity of the Federal Service of Financial and Budgetary Supervision and public financial control institutions.

Accordingly, at the regional level, internal control is exercised by the regional executive bodies and local administrations. They all are bodies of internal public financial control, including the Federal Treasury and financial bodies¹² of the constituent entities of the Russian Federation and municipal entities.

Preliminary control is exercised with the purpose of preventing and restraining violations in the course of execution of a budget of the budgetary system of the Russian Federation¹³ (this definition resembles the concept of current financial control).

The previous wording of Part IX of the BC of RF provided for the exercising of preliminary control at the stage of discussion and approval of draft laws or decisions on the budget and other draft laws or decisions on fiscal matters that corresponded to the essence of this form of control.

Preliminary financial control should be conducted prior to the adoption of administrative decisions which are important for the prevention of financial violations. It prescribes assessment of the financial soundness of budget indicators with the purpose of preventing the wasteful and inefficient spending of budgetary funds.

Follow-up control is carried out based on the results of the budget's execution in order to ascertain the legitimacy of its performance and the reliability of accounting and reporting. In this case the concept of subsequent control is substantial, and the norm itself appears to be comprehensive and reflects the objectives of the budgetary legislation.

The new wording of the reviewed section provides for a clear definition of the control elements and mechanisms for the implementation of control powers. This applies, for example, to the concept of entities subject to public control. The drawback of norms on the entities subject to control is their definition through the simple listing of the entities with the establishment of terms under which they become subject to control.

So, the entities subject to control are financial bodies in terms of observance by them of the purposes and terms of granting inter-budgetary transfers and budget credits allocated from another budget of the budgetary system of the Russian Federation; adminis-

12 According to the BC of RF, financial bodies mean the Ministry of Finance of the Russian Federation and executive power bodies of constituent entities of the Russian Federation engaged in forming and arranging the administration of budgets of constituent entities of the Russian Federation (financial bodies of constituent entities of the Russian Federation), bodies (officials) of local administrations of municipal entities engaged in forming and arranging the administration of local budgets (financial bodies of municipal entities).

13 According to the BC of RF, the budgetary system of the Russian Federation means the totality of the federal budget, budgets of constituent entities of the Russian Federation, local budgets and budgets of state extra-budgetary funds, based on economic relations and the state structure of the Russian Federation and regulated by rules of law.

tration bodies of the federal extra-budgetary funds; legal entities-recipients of resources of the federal extra-budgetary funds for financing obligatory medical insurance; lending agencies carrying out certain operations with budgetary resources in terms of their compliance with agreements (contracts) on resources allocation from the respective budget of the Russian budgetary system; public (municipal) institutions; state (municipal) unitary enterprises; state corporations, companies etc.

Thus, entities subject to control are recipients of budget resources, while Russian financial law determined the totality of public funds, both budgetary and extra-budgetary, as subject to control. In turn, the recipients of budgetary funds were considered as controlled entities of the state and municipal financial control. Unfortunately, there are certain differences between the approaches of the scholarly community and the legislation in the understanding of the elements of control. It is obvious that the appropriate legal regulation is a prerequisite of the effective execution of public financial control.

Another important and required element of control is the method of its implementation, which was understood as techniques and procedures for exercising financial control.

The new wording of the respective section and the chapter of the BC of RF on public financial control refers inspection, auditing, surveying and authorization to operate to the methods of public financial control. For the first time the BC of RF provides not only a list of methods, but their definitions as well.

The Federal Law “On the Accounts Chamber of the Russian Federation” determines inspection, auditing, analysis, surveying and monitoring as the methods of control and expert and analytical activity. As we can see, the Accounts Chamber of the Russian Federation applies relatively new methods in Russian legal practice, which are analysis and monitoring that correspond to the controlling powers of the Accounts Chamber.

Inspection refers to the performance of control actions with regard to the activity of an entity during a certain period, including documentary and actual examination of financial and economic operations for legality, budget accounting and budget reporting for reliability. Inspections can be divided into cameral and field (on-site), including cross-examination inspections. The same is applied in exercising tax checks in compliance with the Tax Code of the Russian Federation. Apparently, such structuring of inspection was perceived by Russian lawmakers based on the positive experience of tax bodies in the area of performing tax control.

According to Chapter 26 of the BC of RF, a cameral inspection is an examination conducted in the office of the public financial control body based on budgetary (accounting) statements and other documents received under its request. Field checks shall be conducted at the location of an audited entity with the purpose of examining performed operations for correspondence with the data of budgetary (accounting) statements and bookkeeping entries .

Cross-examination inspections shall be conducted within the framework of field and (or) cameral inspections to ascertain and (or) confirm facts related to the activity of the audited entity.

Chapter 26 of the BC of RF defines an audit as a comprehensive inspection of an entity, including the performance of control actions such as documentary and actual examination of the entirety of the financial and economic operations for legality and the correct recognition thereof in the entity's accounting book and budgetary reporting. Results of inspections and audits are documented in the form of an audit certificate. The audit is generally performed with a view to checking the legality of using resources allocated from the budget.

A Survey, for the aims of the BC of RF, refers to analysis and assessment of the status of a certain type of activity of an entity subject to control. The results of surveys are documented as final reports.

Authorization to operate refers to an endorsement which is made after examination of documents submitted for the purpose of financial operations to confirm that the aforementioned documents exist and (or) contain information that meets the requirements set forth in the budget legislation of the Russian Federation and other normative acts regulating budgetary legal relations.

The reviewed chapter of the BC of RF determines the powers vested in external public financial control institutions to exercise external public financial control. Article 268.1 of the BC of RF refers to inspections, audits and surveys as methods of control which only partially conform with the provisions of the Federal Law "On the Accounts Chamber of the Russian Federation".

However, Article 268.1 of BC of RF contains a norm, according to which, control in the areas not listed in the BC of RF shall be exercised by the institutions of external public financial control in compliance with the provisions of the Federal Law "On the Accounts Chamber of the Russian Federation" and the Federal Law "On General Principles of Organization and Activity of the Control and Accounting Institutions of the Constituent Entities of the Russian Federation and Municipal Entities", as well as regional laws and municipal legal acts of representative bodies of municipal entities.

Article 269.1 of the BC of RF determines the authority of the Federal Treasury. The Federal Treasury (the Treasury of Russia) is a federal executive body (federal service) responsible for exercising, in accordance with Russian legislation, law-enforcement functions to ensure implementation of the federal budget, providing cash for the implementation of other budgets of the Russian budgetary system, conducting preliminary and current control of transactions involving federal budget funds by chief administrators, administrators and recipients of federal budget funds.

The powers of the Federal Treasury in the area of control are significant and specific. It shall exercise control to ensure that: operations with federal budget resources do not

exceed the approved limits of budget obligations and (or) budgetary appropriations; the content of an operation being conducted matches the code of the budgetary classification of the Russian Federation stated in the payment document submitted to the Federal Treasury by the recipient of the federal budgetary resources; documents confirming the occurrence of monetary obligations payable by the budgetary funds are available.

The same chapter of the BC RF was amended by the article on representations and ordinances of public financial control institutions, which are the documents to be prepared and forwarded based on the results of control and in instances when violations of the budget legislation of the Russian Federation and financial discipline were revealed.

Conclusion

According to the Russian legislator and representatives of controlling and financial agencies, most cases of abuse related to the use of budgetary funds occur at the stage of order placement for procurement of goods, works and services for public and municipal needs at the expense of budgetary and extra-budgetary funds. Order placement in Russia is carried out through the organization of competitive bidding in the form of a tender or an auction, including those organized in electronic form, and without competitive bidding (by a quotations request, through a single supplier (executor, contractor), through trade exchanges). The Federal Law of July 21, 2005, No. 94-FZ “On Placement of Orders to Supply Goods, Carry out Works and Render Services for Meeting State and Municipal Needs” regulated relations associated with the procurement of goods, works and services for the state and municipal needs, and the needs of budget-funded organizations. The given law is to be abolished on January 1, 2014 in connection with the adoption of the new Federal Law of April 5, 2013 “On the Contract System in the Sphere of Goods, Works and Services Procurement for the State and Municipal Needs” (comes into force on January 1, 2014). The state lays its high hopes on the new law. Along with the new laws on state financial control, as suggested by the Russian Parliament and the Government, it will support the solving of systemic problems, and most importantly, restrain corruption and all kinds of criminal schemes, designed by the representatives of public authorities and officials for misappropriating budgetary resources. The Federal Law of April 5, 2013 “On the Contract System in the Sphere of Goods, Works and Services Procurement for the State and Municipal Needs” is aimed at ensuring the publicity and transparency of the public procurement process, preventing corruption and other abuses in the sphere of the procurement of goods, works and services.

Russian society, the active part of which is called civil society, expects and hopes for the effectiveness of the contract system. What is required from the leaders of the state, is the political will and a strong focus on handling by means of law the problems accumu-

lated in the financial sphere. The state must rely on political parties, public associations of citizens and the whole of Russian society, the people, to effectively resolve Russia's painful problems. The main goal of the adopted federal laws is the prevention of budgetary violations by means of countering corruption, accomplishment of which will depend on the effective work of external and internal public control. One of the essential tasks of the state is to promote the development of public control.

SUMMARY

The novelties in the legislation of the Russian Federation on public financial control

The article studies the new legislation of the Russian Federation on public financial control. The author justifies the idea of reforming financial control through the need to fight corruption, which has obtained a warning scale in Russia and threatens the state's foundations. The article contains an analysis of the powers vested in external and internal state financial control institutions, of entities subject to control and methods of control. The author notes that representations and ordinances issued by control and accounting institutions, based on the results of control activities, are designed to force the violators of financial discipline to eliminate the revealed violations. The author concludes that the necessary condition for effective implementation of public financial control is its clear legal regulation. The article stresses that the improvement in financial control in Russia is based on clearly stated principles, in accordance with international legal principles of independent auditing (control).

Keywords: budget legislation, state financial control, public financial control, the Accounts Chamber of the Russian Federation.

DMITRY L. KOMYAGIN

Budget reforms in Russia: results and perspectives

The beginning of the budget reforms in the Russian Federation was connected with the USSR's transformation to the Russian Federation¹. Budget reform is not independent but is a core of a more extensive program of reforms, directly connected with administrative reform and other transformation processes.

For example, such areas of budget reform as implementation of the result-oriented method of budget planning and inventory of expenditure obligations of the state completely correspond to the program documents of administrative reform. They specify that the executive authorities shall implement the principles and procedures of management according to the results² that can be achieved by implementation of the budget reforms. The development of key measured indexes of effectiveness and the productivity of the executive authorities is referred to as a main direction of the administrative reform that corresponds to the objectives of budgetary and military reform.

It is impossible to prognosticate the end of the budget reforms as after the implementation of immediate tasks and achievement of goals, new tasks are bound to recur in the budget sphere. These tasks are connected, firstly, with the internal needs of the Russian Federation and, secondly, with global challenges, for which it is necessary to provide adequate answers. Processes of harmonization of rules and procedures in the world (mainly under the influence of the International Monetary Fund) require changes in the approach to budgetary control, accounting and reporting. And the appearance of new inter-state integrational relations³ raises the question of the regulation of budgetary

1 Legal succession of the Russian Federation in respect of the USSR is confirmed by a variety of circumstances including membership of the UN Security Council, assumption of the USSR's external debts, responsibility for many claims against the USSR from ex-union states and other subjects of international law.

2 Conception of administrative reform in the Russian Federation 2006–2010 and the Action Plan for administrative reform in the Russian Federation 2006–2010 approved by the order of the Government of the Russian Federation dated October 25, 2005 No 1789-r.

3 Union of Belarus and Russia, Eurasian Economic Union (EEU) and Customs Union created within its framework.

relations at supranational (supra-state) level. The constant motivating factors of Russian budget reform are the accumulation of national experience and the need to adopt and implement new technologies.

In this article the following issues concerning budget reform in Russia are examined:

- Analysis of changes in budget legislation. The key changes affecting the main financial law – the Budget Code of the Russian Federation and other laws which regulate budgetary relations.
- Analysis of reforms in the budget system. The budget system includes some groups of relations: between the Russian Federation as a whole and its parts (members of the Russian Federation); between the Russian Federation and municipalities; between the members of the Russian Federation and municipalities as well as internal relations between members of the Russian Federation and municipalities. All these relations are problematic in Russia and the history of decisions taken in this sphere can be instructive and useful for the foreign observer.
- Analysis of budgetary process reforms.
- Historical review of budget reforms in Russia from the period of Peter the Great's reign (17th century) to the end of the Soviet period (1991). Budget reforms are interconnected with the history of state administration and with Russian history in general and this explains the uniqueness of Russian budget legislation.
- Review of budget reforms in contemporary history (since 1991) which can be divided into several clear stages.

There has been no specific research carried out by Russian scholars which has focused on all budget reforms in Russia though some aspects and historical reviews were analyzed in the works of Bescherevnikh V.V., Sinitsin N.A.; Artiukhin R.E.; Nesterenko T.G. along with other scholars in the fields of law and economics.

What is budget reform in Russia? Reforming in the budget sphere (since 1991) should be divided into some coherent categories: changes in legislation, reform of inter-budgetary relations and reform of the budgetary process, which can be considered separately. Within these transformations, budgetary control, budget classification, budget accounting and reporting were reformed. The directions of budget reform stated above are interconnected as changes in budget legislation appear as a result of enhancement of the budget structure, budgetary process and other institutions of budgetary law.

Reform of budget legislation is ongoing⁴. Generally, the budget legislation of the Russian Federation can be characterized as consisting of two parts: the permanent law on public finance, which is now a codified act and is referred to as the Budget Code of the Russian Federation (hereinafter referred to as the BC RF) and yearly laws on bud-

⁴ The text of the official acts of the legislation is available on the official web-portal of legal information <http://pravo.gov.ru/>.

gets in the budget system adopted in accordance with it. The standards for regulating budgetary relations are included in a variety of other laws that shall be considered as the sources of budget law.

It is noted that only three articles from the original version of the BC FR are in force: Art. 4 “Budget Legislation and Standards of International Law”, Art. 37 “Principle of Budgetary Reliability”, Art. 307 “Enforcement of the Present Code”. The BC FR contains a lot of articles which have been cancelled and reenacted, leading to a difficult numbering system which leads to the question whether a new version of the BC would be preferable to more changes⁵.

It is interesting that measures were taken for protection of the BC RF against non-systemic and chaotic changes. In 2013, the BC RF and the Tax Code of the Russian Federation were included in a regulation according to which changes in these codes and suspension, cancellation and recognition of certain provisions as being invalid are made by separate federal laws and cannot be included in the texts of the federal laws changing the other legal acts⁶.

Changes and additions to the BC FR, first of all, are connected with the development of all categories of budget activities, and the enlargement of the BC RF to cover a greater range of legal relationships.

For example, in the BC RF was included:

- in 2004 – a new chapter 19.1 “Exercise of budget powers of public authorities of the subjects of the Russian Federation and local authorities during the introduction of temporary financial administration”⁷;
- in 2005 – a new chapter 24.1 “Execution of judicial acts for applications for recovery of public funds of the budget system of the Russian Federation”⁸;
- in 2007 – a new section 25.1 “Fundamentals of preparation, external inspection, consideration and approval of budget reporting” which consists of two chapters: 25.1 “Fundamentals of preparation, external inspection, consideration and approval of budget reporting” and 25.2 “Preparation, external inspection, consideration and approval of the budget reporting of the Russian Federation”⁹.

In addition, the federal law dated August 15, 1996 No. 115-FZ “On budget classification of the Russian Federation” with simultaneous transfer of its content to chapter 4 of the BC RF since January 1, 2008¹⁰.

5 R.E. Artyukhin, *Problems of Budget Law Development*, “Public Finance and Financial Law” 2012. p. 183.

6 Federal Law dated 07.05.2013 No 104-FZ.

7 Federal Law dated 20.08.2004 No 120-FZ.

8 Federal Law dated 27.12.2005 No 197-FZ.

9 Federal Law dated 26.04.2007 No 63-FZ.

10 Federal Law dated 26.04.2007 No 63-FZ.

The prospect of the expansion of the legal regulations of the BC RF connected with its coverage of all subjects included in the public management sector is noticeable. In accordance with the International Monetary Fund's recommendations (hereinafter referred to as the IMF), according to the statistics of public finance it is necessary to include all state units and all non-market non-profit organizations (hereinafter referred to as NPO's) controlled and generally financed by state units in the reporting for transactions of the public management sector. From the legal point of view, such NPO's are non-state structures, however, it is considered that they pursue a state policy and actually are a part of the state's administrative bodies. When carrying out some measures of state policy the state administrative bodies can use non-profit organizations instead of public institutions. Examples of such fields are research and engineering development, health care, safety, environmental protection and education. According to the IMF recommendations, an NPO is under state control if the state bodies determine its general policy or the program of activities, for example, through the right to appoint heads or the use of financial leverage. An indicator of a controlled NPO is the sale of its goods, works or services at non-market prices¹¹.

But the inverse process also takes place: – clarification of the BC RF from legal norms not connected with the budgetary legal relations, with the exception of conflicts. The striking example of such a process is the long-expected changes and additions made in 2013 to the fourth section of the BC RF with a new title “Budget Violations and Budget Enforcement Measures”¹².

A new version of the fourth section of the RC RF eliminated the contradictions connected with the application of criminal and administrative liability for violations in the budget sphere. In particular, the former version of the BC contained 18 references to the RSFSR Code of Administrative Offences which have been invalid since 2002. A version of the Code of Administrative Offences of the Russian Federation (hereinafter referred to as the CAO), effective from 2002 to 2013, only determined responsibility for three of 18 types of violations of the budget legislation specified in the BC RF¹³. Today this situation has been corrected, the CAO includes all missing norms which are at the same time excluded from the BC RF.

After the changes to the fourth section of the BC RF, there are no obvious collisions and gaps, and its contents are quite adequate for the systemic requirements of the legislation and do not contradict other laws and normative legal acts.

11 . Manual on government finance statistics. – Washington. 2001. Available at <http://www.imf.org/external/pubs/ft/gfs/manual/rus/pdf/allr.pdf>.

12 Federal Law dated 23.07.2013 No 252-FZ.

13 *Vid.* D. L. Komyagin, *Grounds to apply enforcement measures for violations of the budget legislation and offences in the budget sphere*, “Financial Law” No. 2, 2007; D. L. Komyagin, *Commentary for the fourth section of the Budget Code of the Russian Federation*, [in:] *Commentary for the Budget Code of the Russian Federation*, 2002.

Of the other laws (excluding the BC RF and laws on budgets in the budgetary system of the Russian Federation), it is necessary to refer to several of the most important laws reflecting the reforms made in the budget sphere.

First of all, the next stage of the reform of budgetary control came to an end with the adoption of a new federal law dated April 5, 2013 “On the Chamber of Accounts of the Russian Federation” which replaced the federal law which had existed before, dated January 11, 1995 No. 4-FZ “On the Chamber of Accounts of the Russian Federation”. The reenacted law was developed together with the federal law dated June 23, 2013 No. 252-FZ “On Changes to the Budget Code of the Russian Federation and Separate Legislative Acts of the Russian Federation”. Earlier, the federal law dated February 7, 2011 No. 6-FZ “On General Principles of the Organization and Activity of the Bodies of Control and Accounts of the Subjects of the Russian Federation and Municipalities” was adopted. With the exception of these laws, the elements of budgetary control under the powers of parliament are regulated by the recently adopted federal law dated May 7, 2013 No. 77-FZ “On Parliamentary Control”. Generally, the provisions of the above-mentioned laws included the contents of the Lima Declaration of Leading Principles of Control accepted in 1977 by the 9th Congress of the International Organization of Supreme Audit Institutions (INTOSAI). Generally, the development of budgetary control is characterized by a transition from inspection of the legitimacy and reliability of the performed operations to inspection (audit) of the efficiency of budgetary funds use, where the achieved result is checked and evaluated.

The issues of formation of budget expenditure and its subsequent execution are directly connected with the reform of procurements of goods, works and services for public needs. The legislation of the Russian Federation on public procurements is based at the same time on the provisions of the BC RF and the Civil Code of the Russian Federation (hereinafter referred to as the CC RF). The results of reform in this sphere were reflected in the adoption of the federal law dated April 5, 2013 No. 44-FZ “On the Contract System in the Sphere of Procurements of Goods, Works, Services for State and Municipal Needs” (hereinafter referred to as the Law on the Contract System) which replaced an earlier federal law dated July 21, 2005 No. 94-FZ “On Placement of Orders for Deliveries of Goods, Performance of Work, Rendering of Services for State and Municipal Needs” (hereinafter referred to as the Law on Procurements).

The fundamental difference of the reenacted law from the law that was effective earlier is that all stages of public procurements are settled now: planning; definition of suppliers (contractors); conclusion of the contract on behalf of the Russian Federation, subject of the Russian Federation or municipality; specifics of execution of these contracts; monitoring, audit and control in the sphere of procurements. The problems which should be solved in the near future are the integration of the budgetary process and the procedure of government procurements, ensuring the mutual optimization of these processes.

The end of the next stage of the reform of the sector of public institutions is connected with the adoption of the federal law dated May 8, 2010 No. 83-FZ “On Changes to Separate Legislative Acts of the Russian Federation in Connection with Improvement of Legal Status of the Public (Municipal) Institutions” which changed the Civil Code of the Russian Federation, the federal law “On Non-profit Organizations” and several other laws regulating structural features of public institutions. The federal law dated November 3, 2006 No. 174-FZ “On Autonomous Institutions” was adopted earlier.

Public institutions, being participants in the budgetary process, directly carry out budget activities both in terms of implementation of expenditures and mobilization of budget revenues. Originally (at the beginning of the budget reforms), there was only one type of institution founded on public (state or municipal) property – budgetary institutions. After the reforms were carried out there were three types of public institution: state institutions, budgetary institutions and autonomous institutions. Thus, the state institutions correspond to those budgetary institutions which had existed earlier, prior to the transformations, and new budgetary institutions represent a transitional form for those institutions which do not quite fit the image determined for state or autonomous institutions.

The difference between the three types of organization consists, mainly, in the degree of autonomy in relation to the founder – the Russian Federation, a subject of the Russian Federation or a municipality. An autonomous institution, which has the right to open settlement accounts independently with commercial banks and to perform accounting according to the rules established for organizations in the production and economic spheres, has the greatest freedom. The founders do not bear subsidiary responsibility for the obligations of autonomous and budgetary institutions. The budgetary institutions are not vested with the right to open bank accounts and carry out their activities using personal accounts opened by them in bodies of the Federal Treasury. However, there is no strict control of budgetary institutions, they have the right to maneuver expenditures within a general remaining balance on a personal account. The subsidiary responsibility of the founder remains for the obligations of state institutions. The state institutions carry out activities using personal accounts opened by them in bodies of the Federal Treasury based on the budget estimate, which is the code of limits for assumption of liabilities in terms of the codes of budget classification.

State institutions, as a rule, are public authorities, and budgetary and autonomous institutions are institutions of science, culture, art, education and health care.

The planned result of the reform of public institutions was to increase their competitiveness and eliminate the situation where the founder becomes indebted because of the obligations of public institutions. It is difficult to talk about the results of this reform as it is ongoing.

One more element of the budget reforms which can be seen through a prism of legislative activity is the reform of state strategic planning. Inherently, the budget is a financial plan which is devised as part of the implementation of the general state strategic plan (economic plan, plan of social and economic development) and plays a secondary role in relation to the strategic plan. In the absence of a strategic planning system, the budget carries out unusual functions¹⁴. An understanding of this problem was reflected in the Decree of the President of the Russian Federation dated May 7, 2012 No. 596 "On Long-term State Economic Policy" which provides the preparation and introduction of the federal law draft about state strategic planning entering into the State Duma of the Russian Federation. This law shall provide for coordination of strategic management and measures of budget policy¹⁵. One of the basic documents of state strategic planning in the draft law is called a long-term budget strategy.

Changes in the budget legislation, as a rule, are consequences of implementation of the budget policy carried out by the President of the Russian Federation and the Government of the Russian Federation which is described hereinafter.

The Budget system

After changes in the legislation, the following aspect of budget reform is enhancement of inter-budgetary relations. The budget system of the Russian Federation, owing to its federal territorial structure, has a difficult nature¹⁶. The subjects of the Russian Federation are not uniform; the Russian Federation consists of national republics, areas, regions, autonomous regions and autonomous areas which differ territory by territory, and there are cities which have special status – Moscow and St. Petersburg. Also, owing to historical and geographical reasons, the subjects of the Russian Federation are economically unequal. Some of them have sufficient or even excessive profitable bases to cover their own expenditures, and can even serve as donors for other subjects of the Russian Federation, while other budgets cannot cover their own expenditures without the aid of the federal budget. Equalization of the level of profitable security for all budgets, ensur-

14 *Vid.* D. L. Komyagin, *Budget as an element of strategic planning*, "Financial Law" No 9, 2012; D.L. Komyagin Legal form of the budget policy, [in:] *Outlines of budget and legal science of modern time*, Moscow – Kharkov 2012, p. 27 – 44.

15 At the moment of writing the draft law "On state strategic planning" is under the consideration of the State Duma of the Assembly of the Russian Federation and is available on the official website of the State Duma URL: [http://asozd.duma.gov.ru/main.nsf/\(Spravka\)?OpenAgent&RN=143912-6](http://asozd.duma.gov.ru/main.nsf/(Spravka)?OpenAgent&RN=143912-6) , date of address 23.11.2013.

16 Subjects of the Russian Federation are listed in article 65 of the Constitution of the Russian Federation.

ing stability and balance in the budget system as a whole are tasks which are constantly on the agenda. All the above mentioned issues also concern local budgets, which have difficult relations with authorities as subjects of the Russian Federation in the territory where they are located, and with the federal authorities. Besides, the budget system of the Russian Federation includes independent elements: the Pension Fund of the Russian Federation, the Federal Fund of Compulsory Medical Insurance, the Federal Fund of Social Insurance and territorial social funds.

During the Soviet period there was a state budget for the USSR which included the state budgets of the union republics, the union (central) budget and the budget of social insurance. This system had a hierarchical nature and was strictly deficit-free. After the break-up of the Soviet Union, the balance of the budget system was destroyed, and it had to be recreated anew but on the condition of considerably greater independence of each budget than in the USSR¹⁷.

The experience of the reform of inter-budgetary relations in the Russian Federation represents a valuable source of information for such activity and was reflected in the following program documents:

For the period from 1999 to 2001 - in the Concept of reforming inter-budgetary relations in the Russian Federation in 1999 – 2001, the order of the Government of the Russian Federation dated July 30, 1998 No. 862 was approved. This document marked the transition from individual coordination of financial assistance for the subjects of the Russian Federation to unified rules for its distribution. Work on the fixing of account powers for each level of the budget system was begun.

For the period from 2002 to 2005 – in the Program of budget federalism development in the Russian Federation for the period till 2005, approved by the order of the Government of the Russian Federation dated August 15, 2001 No. 584. During this period, reform was concentrated on elimination of the contradiction between the high decentralization of budget resources and excessive centralization of tax and budget powers. The incompleteness of local self-government formation was noted. In the course of the program's implementation, the differentiation of account powers between the federal authority, regions and regional authorities was completed. The practice of federal powers delegation to the subjects of the Russian Federation and municipalities was considerably reduced without provision of adequate resources for their financial coverage.

For the period from 2006 to 2008 — in the Concept of increasing the efficiency of inter-budgetary relations and management of the quality of public and municipal finances in 2006–2008, approved by the order of the Government of the Russian Federation

17 *Vid.* D. L. Komyagin, *System of the Budget Law Principles (Russian Legislation and Scientific Dogmatics)* "Reforms and Law" No. 4, 2012; D. L. Komyagin, *Budget Law in Russia: Budget Structure and Budget System*, "Public Legal Investigations" No. 3/4, 2011, p. 115–135.

dated April 3, 2006 No. 467-r. During this period there was a further improvement in the quality of management of public finances and the efficiency of budget expenditures.

It is significant that for this and the following periods the inter-budgetary relations were reformed together with the budgetary process. Such integration happened within the Concept of reforming the budgetary process in 2004–2006, approved by the order of the Government of the Russian Federation dated May 22, 2004 No. 249 “On Measures for Productivity Increase of the Budget Expenditures”. Reforms were implemented at federal, regional and local levels.

For the period from 2010 to 2013 – in the Concept of the inter-budgetary relations and organization of the budgetary process in the subjects of the Russian Federation and municipalities till 2013, approved by the order of the Government of the Russian Federation dated August 8, 2009 No. 1123-r. It is obvious from the title of this program document that reform “went down” to the sub-federal level, enhancing the rendering of services by public authorities.

The listed program documents formed the basis for adoption of regional documents. Also, the development of the Russian code of best practice for the subjects of the Russian Federation and municipalities was commenced in the sphere of regional and municipal financial management, which includes the most efficient tools for regional and municipal financial management. The reforms were based not only on the Russian experience, but also the experience of different countries with both federal and unitary state structures and both Romano-Germanic and Anglo-Saxon legal systems. The experiences of the following countries were studied: Austria, Australia, India, Canada, Argentina, Mexico, the USA, Belgium, Germany, Switzerland, France, Italy, Spain, Denmark, Norway, Sweden, the countries of Central and Eastern Europe, Great Britain, Japan and New Zealand¹⁸.

The budgetary process

One more aspect of the budget reforms can be seen in the changes to the budgetary process. Reform of the budgetary process was mainly concentrated on increasing the efficiency (productivity, parsimony) of budget expenditures, and also the enhancement of budget planning. Within the reforms of the budgetary process, the following new instruments of budget planning appeared: account liabilities, target programs, sovereign funds; reorganisation of budget classification and a transition to a three-year budget. The experience of reforming the budgetary process was also based on processing the best world practices, taking into account domestic conditions, and this is reflected in the following program documents:

18 See official site of the Ministry of Finance of Russia http://www.minfin.ru/ru/budget/regions/best_practices/.

The concept of a single treasurer account was approved by the order of the Government of the Russian Federation dated January 23, 2000 No. 107-r. This document is connected with the creation of a single treasurer account for budgets.

The above mentioned concept of reforming the budgetary process covered the period 2004–2006.

The program of the Government of the Russian Federation for increasing the efficiency of budget expenditures for the period till 2012, was approved by the order of the Government of the Russian Federation dated June 30, 2010 No. 1101-r. Based on the achieved level of budget management, more complex tasks are set: coordination of strategic planning with budget planning, use of all tools (budget, tax, customs, tariffs, etc.) applied to the goal of achievement of state policy.

The concepts of the creation and development of the state integrated information system of public finance management – “Electronic budget” – was approved by the order of the Government of the Russian Federation dated July 20, 2011 No. 1275-r within which the creation of the “Electronic budget” system is ongoing.

Historical budget reforms

Modern budget reform is a continuation of the long evolution of the budget in Russia. Every time a reform of the public finances has happened in Russia, it was a reaction to external challenges, a kind of adaptation to changing conditions.

Noticeable budget reforms in Russia can be tracked from Peter the Great’s era. In 1708 the territorial structure of Russia was changed – it was divided into provinces¹⁹ headed by a Governor-General, and in 1717 new central authorities were founded to replace a mixed system of orders: nine boards, three of which were engaged in finance. A share of state expenditures for the army, fleet, and diplomacy was assigned to each province. For this purpose the revenues and expenditures were centralized at the level of governors, that is, the revenues collected in provinces were directly used there²⁰. It was probably an attempt to achieve fiscal unity at the regional level, “to merge state revenues and expenditures”²¹. State lists were drawn up but this activity was not systematic. Peter’s reforms can be as an extensive modernization, initiated by military requirements.

The problems of the unity of the state list (budget) were resolved during the following significant reforms dated 1801 – 1811²². In 1802, the Cabinets of ministers and ministries were founded, among which there was a Ministry of Finance, which had to, inter alia,

¹⁹ Originally there were 8 very big provinces.

²⁰ N.A. Sinitsyn, *Budget Law of Pre-revolutionary Russia*, Moscow 1998, p. 18.

²¹ *Vid.* O. V. Boltinova, *Budget Law*, Moscow 2013.

²² N.A. Sinitsyn, *op.cit.* p. 20

regularly prepare the state list of revenues and expenditures. This reform is connected with the name of the outstanding statesman of that era, Mikhail Mikhailovich Speransky, who created such a written monument as the 'Plan of Finance' representing the plan of state transformations in the financial sphere.

Budget rules, fiscal unity and the publicising of the budget appeared in Russia along with the extensive state transformations in approximately 1862. The budget reform of this period is connected with the name of the state controller, Valerian Alekseevich Tatarinov. The commission headed by him developed the Rules for preparation, consideration, approval and execution of the state list and financial estimates of the ministries and general departments, approved in 1862. The decision on the general publicising of the state list of revenues and expenditures was made in the same year. The plan of financial system transformations developed by Tatarinov included control of the strict execution of state estimates and achievement of fiscal unity. For this, all state revenues were concentrated in public cash offices, from where the expenditures were incurred²³.

The next period of significant changes in the budgeting of Russia also passed within the general reform of the state system. In 1906, the first representative institution was elected: the State Duma having legislative powers. The State Duma was entrusted with the powers to discuss and approve budget items (except for military and some other expenditures). From this moment the budget in Russia should be referred to as 'the budget' rather than the state list of revenues and expenditures.

During the Soviet period of budget development a new element was added to the results of the previous reforms: the budget's inclusion into the system of state planning. The ratio of state planning and market competition can be evaluated differently in economic terms. However, it is impossible to deny the nature of planning, that the budget itself is a plan of financial activity of the state (public legal education). The USSR state budget was based on indicators of the economic plan which were annually approved and had natural expression. Budgetary and economic planning represented two closely connected and mutually causal processes which proceeded at the same time. From 1956 discussion and approval of the economic plan and the budget took place at one of the sessions of the USSR Supreme Council²⁴. It was possible to predict that there would be a process of state strategic planning and a budgetary process to which the procedures of public procurements were integrated.

23 A.A. Yalbulganov, *State Controller and the Reform of Financial Control in Russia (1850 - 1860)*, "Public Financial Control in Russia: History, Theory, Practice" Kursk 2006, p. 6; Y. V. Ginzburg, *Legal Status of Province Treasuries in the Second Half of the 19th Century - Beginning of the 20th Century*, "Financial Law", No. 11, 2009.

24 V. V. Bescherevnykh, *Development of the Soviet Budget Law*, Moscow 1960, p. 6.

Stages of the modern reforms.

During the post-Soviet period, budget reform was subdivided into several chronologically consecutive stages connected with the achievement of different purposes.

Originally, after the period of general disorder of public management and financial economics connected with the revolutionary transformation of the state system (after 1991), there was a purpose to establish an elementary order or to reconstitute the system of public finances. It was necessary to considerably reduce budget deficits, to order the budgetary process, to balance the budget system and to regulate inter-budgetary relations. These problems were solved by the adoption of necessary laws and regulatory acts concerning budgetary relations, by the approval of the principle of fiscal unity and the creation of an infrastructure for bodies of the Federal Treasury²⁵. It is possible to say that the first stage of the budget reform came to an end in 2000 after the entry into force of the general financial law: the Budget Code of the Russian Federation accepted two years earlier in 1998. The BC RF was the foundation on which it was possible to continue with further development.

The BC RF approved the general principles of the budget system and the organization of the budgetary process including the principles of fiscal unity. It is necessary to mention fiscal unity separately, owing to its value as a basis for any budget activity.

The principle of fiscal unity is determined today in article 38.2 of the BC RF and means the entry of all receipts and all payments from a single budget account. Fiscal unity in the Russian Federation is expressed today in the existence of a single account for each budget in the budget system opened in the Bank of Russia. The revenues from all budgets in the budget system are originally credited to a single account of the Federal Treasury and then they are distributed into single budget accounts.

Fiscal unity reflects the constitutional principle of state unity in the budgetary process. World practice confirms the need for fiscal unity. The following main advantages can be referred to:

- up-to-date (daily) information on the condition of state cash (accounts) available to the government;
- available information on the movement of the funds of budget accounts, reliable knowledge of the amount of budget revenues received during any period, and, for a federal state - the amount of revenue entered for future budgets;

²⁵ Today, the Federal Treasury is an independent federal service, at the moment of creation and until the administrative reform in the Russian Federation in 2004 the General Department of Federal Treasury was a structural subdivision of the Ministry of Finance and led the system of bodies of the Federal Treasury by the subjects of the Russian Federation, cities and city districts.

- possibility of the government to predict cash flow in advance while executing the budget;
- complete transparency of financial flows arising while executing the budget.

The principle of fiscal unity began to be implemented in our country in the 19th century for the purposes of “greater safety of money and correctness of their issue” as “the less cash the less cases of plundering”²⁶. I.Kh. Ozerov considered three stages for establishing fiscal unity²⁷. The first stage is characterized by the creation of cash offices for the collection of revenues and expenditures in separate departments; the second stage is the centralization of all cash offices in one department: the Ministry of Finance; the third stage (the most perfect) is the creation of a banking system for the state’s cash offices²⁸. Development of the cash structure in imperial Russia stopped at the second stage, that is, on centralization of all cash offices in a single department.

In the early 1990s in Russia, public finances actually moved out of governmental control, mainly because of the destruction of fiscal unity. After abolition of the USSR State Bank, the execution of the state budget was made through numerous commercial banks via settlement accounts opened by the budgetary organizations independently. The consequence of such decentralization was the absolute non-transparency of the budget’s execution and many abuses regularly leading to non-execution of the planned expenditures.

The scheme for budget execution was such that when transferring funds to the bank accounts of budget beneficiaries at the beginning of a year (or in process of the revenue receipt), the Ministry of Finance of Russia no longer had access to these funds. As a result the financial body was forced to take credit from commercial banks to cover the cash rupture while executing the budget. Such credit generated enormous debts payable by the state. At the same time, budgetary loans were widely granted, and these loans were reflected in the public debt for many years. At the same time, certain beneficiaries of budget funds, taking advantage of newly granted freedoms, allocated these funds not to the stated purposes and “forgot” to pay according to the concluded agreements. As a result, huge debts appeared which turned into judgments of recovery of these amounts from the budget.

Today, the condition of public finances in the Russian Federation essentially differs from the situation described above: fiscal unity is fully implemented, budget funds are

26 *On transformation of State control and certain parts of financial administration in Russia*, [in:] “Maritime Collected Articles” No. 12, 1859, p. 2.

27 *Vid. I.Kh. Ozerov, Financial Law: Course of lectures given at the Moscow University*, Moscow 1905, p. 38.

28 *Vid. ibidem*.

transparent and under control throughout the whole budgetary cycle, and the most modern technologies are used in the budgetary process²⁹.

After reconstruction of the Federal Treasury, the establishment of fiscal unity and acceptance of the BC RF, it is necessary to refer to the confirmation of liabilities of public and legal institutions (of the Russian Federation, subjects of the Russian Federation, municipalities) with their financial opportunities.

The third stage is transition to medium-term budget planning; reporting of the financial position of the state based on an accrual method; implementation of procedures of internal control and audit, reorganization of the budget sector, program budget³⁰.

In general it is necessary to note that all the reforms carried out in Russia (after Peter the Great) differed in terms of depth and thoroughness. There was a clear vision of goals and objectives, preliminary studying of the best practices of other countries, subsequent adoption of laws and carrying out of the planned transformations based on these laws³¹. Thanks to such an approach, the main results of the reforms did not disappear completely during social cataclysms and the stage of higher level organization followed after a short-term period of disruption of public finances .

The striking example here is the principle of fiscal unity. In 1862 the decision on fiscal unity was made, and then execution of the state budget was transferred to the State Bank. The revolutionary events in 1917 caused chaos in the financial sphere. However, in just approximately ten years (1927 - 1928) the decision on the creation of the RSFSR State Bank was made, the principle of fiscal unity was approved by law, and its implementation was assigned to the State Bank instead of financial bodies. The principle of fiscal unity was consistently and strictly implemented up to 1991. The following social and economic shock (in the 1990s), was characterized by disruption of the public finances and abolition of the budget on a single account. However, in approximately ten years fiscal unity was approved by law (BC RF) and was implemented using the most up-to-date technologies. While executing the budget, fiscal powers are divided between the Central Bank of the Russian Federation and the Federal Treasury which today is becoming a full participant in a single payment system of the Bank of Russia³².

Generally, the budget reforms in Russia are the answers to the challenges of the time. They are based on studying the best world practices, but as a result the Russian Federation has a particular, and unique course of development.

29 On Fiscal Unity in Russia *vid.* D.L. Komyagin, *The Principle of Fiscal Unity: Experience of Comparative and Legal Research*, "Administrative and Financial law" vol. 1, 2007.

30 T.G. Nesterenko, *Prerequisites and General Directions of the Budget Reform in the Russian Federation*, "Reforms and Law" No. 1, 2007.

31 N.A.Sinitsyn, *op.cit.*, p. 48.

32 Concepts of payment system development of the Bank of Russia for the period till 2015 was approved by the decision of the Board of Directors of the Central Bank of the Russian Federation on 16.07.2010.

SUMMARY

Budget reforms in Russia: results and perspectives

The article covers budget reforms in Russia which have been taking place since 1991. It presents both a mutli-perspective and retrospective glance at the modern reforms, and their continuity with regard to other Russian reforms from the historical past is discovered. Changes in the Russian legislation regulating budgetary relations and changes to inter-budgetary relations and the budgetary process are analyzed in details. The article contains a review of program documents describing the course of reform and a prediction of future changes.

Keywords: Public finance, budget, budget reform, budgetary process, budget system, inter-budgetary relations

List of Authors

Prof. Dmitry L. Komyagin National Research University - Higher School of Economics,
Russian Federation

Prof. Anna Mikulska Rice University in Houston, United States of America

Prof. Tatyana N. Troshkina National Research University - Higher School of Economics,
Russian Federation

Prof. Alexander A. Yalbuganov National Research University - Higher School
of Economics, Russian Federation

Lathiefa Albertus M.A. University of Western Cape, Republic of South Africa

Aleksander Gadkowski M.A. Adam Mickiewicz University Poznań, Republic of Poland

Michał Ilski M.A. Adam Mickiewicz University Poznań, Republic of Poland

Mateusz Karciarz M.A. Adam Mickiewicz University Poznań, Republic of Poland

Michał Krotoszyński M.A. Adam Mickiewicz University Poznań, Republic of Poland

Sławomir Marciniak M.A. Adam Mickiewicz University Poznań, Republic of Poland

Kalikst Nagel M.A. Adam Mickiewicz University Poznań, Republic of Poland

Marcin Rejmus M.A. Nicolaus Copernicus University, Republic of Poland

Piotr Alexandrowicz Adam Mickiewicz University Poznań, Republic of Poland

Mateusz Kotowicz Adam Mickiewicz University Poznań, Republic of Poland

Jakub Terlega Adam Mickiewicz University Poznań, Republic of Poland

Justyna Zygmunt Jagiellonian University, Republic of Poland

